



*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 2017 / N° 156

CARACAS / VENEZUELA

# *Academia de Ciencias Políticas y Sociales*

## *Junta Directiva 2016-2017*

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

## *Individuos de Número*

Luis Ugalde, S.J.	René De Sola
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 (e)
Jesús María Casal	Cesar Augusto Carballo
Pedro Nikken	Alberto Baumeister Toledo
Allan Randolph Brewer-Carías	Emilio Pittier Sucre +
Eugenio Hernández-Bretón	Alfredo Morles Hernández
Carlos Acedo Sucre	Enrique Lagrange
Luis Cova Arria	Carlos Leáñez Sievert
Humberto Njaim	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 (e)	Luis Napoleón Goizueta H.

*Revista de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*

Nº 156 / enero - diciembre 2017

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]

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](mailto:academiadecienciaspoliticas@gmail.com)

Página web: [www.acienpol.org.ve](http://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

Las Academias Nacionales se dirigen a todos los venezolanos con ocasión de los actos vandálicos ocurridos en el Palacio de las Academias. 18 de enero de 2017 .....	3
Pronunciamiento de la Academia ante la actual situación de la controversia con la República Cooperativa de Guyana. 7 de febrero de 2017.....	9
Declaración de la Academia acerca del Decreto Misión Justicia Socialista. 10 de marzo de 2017 .....	15
Declaración de las Academias Nacionales ante las sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional. 31 de marzo de 2017 .....	21
Declaración de la Academia sobre la posición de la Fiscal General de la República y las aclaratorias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. 4 de abril de 2017 .....	27
Pronunciamiento de las Academias Nacionales en relación a la inconstitucionalidad de hechos ejecutados por el Estado venezolano contra los ciudadanos. 14 de abril de 2017 .....	33
Declaración de la Academia sobre la politización de la Fuerza Armada Nacional y la amenaza del uso desproporcionado de la fuerza pública. 18 de abril de 2017.....	39
Pronunciamiento de la Academia sobre la inconstitucional e ilegítima denuncia realizada por el Presidente de la República respecto de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). 4 de mayo de 2017.....	45

Pronunciamiento de las Academias Nacionales ante la convocatoria presidencial a una Asamblea Nacional Constituyente. 6 de mayo de 2017.....	51
Pronunciamiento de la Academia sobre la inconstitucionalidad e inconveniencia de la aplicación de la justicia militar a civiles. 16 de mayo de 2017 .....	57
Pronunciamiento de la Academia sobre el derrame de petróleo ocurrido en la Isla de Trinidad y la afectación ocasionada a las áreas costeras e insulares venezolanas. 6 de junio de 2017 .....	65
Pronunciamiento de la Academia sobre la inconstitucionalidad e inconveniencia de las bases comiciales decretadas para la elección de la Asamblea Nacional Constituyente. 20 de junio de 2017.....	71
Las Academias Nacionales a los venezolanos y a la comunidad internacional. 30 de junio de 2017.....	79
The National Academies address to the venezuelan populations and the international community. June 30, 2017 .....	85
Las Academias Nacionales llaman a suspender la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. 5 de julio de 2017.....	91
Pronunciamiento de las Academias Nacionales ante la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente. 15 de agosto 2017.....	95
Pronunciamiento de la Academia ante la “Ley Constitucional contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia” dictada por la Asamblea Nacional Constituyente. 5 de diciembre de 2017 .....	101

## EVENTOS

**FORO: APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO. 20 AÑOS DE LA MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA CONJUNTAMENTE CON EL INSTITUTO DE DERECHO “TATIANA DE MAEKELT”.  
23 de febrero de 2017.**

Palabras de bienvenida a cargo del Dr. Eugenio Hernández-Bretón, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	111
--	-----

**SESIÓN SOLEMNE CON OCASIÓN DE LA TOMA DE POSESIÓN  
DE LA DIRECTIVA PARA EL PERÍODO 2017-2018.**

**21 de marzo de 2017.**

Discurso del académico Dr. Eugenio Hernández-Bretón al entregar la Presidencia de la Corporación.....	117
Discurso del académico Prof. Gabriel Ruan Santos, Presidente electo para el nuevo período.....	131

**PRESENTACIÓN DE LA OBRA: “COMPENDIO DE NORMAS  
Y ESTÁNDARES NACIONALES E INTERNACIONALES  
SOBRE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD”.**

**28 de abril de 2017.**

Palabras del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	149
--	-----

**PRESENTACIÓN DE LA OBRA: “ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL  
TRIBUTARIO VIVO” (EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA) DEL  
PROFESOR ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO.**

**16 DE MAYO DE 2017.**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	155
Presentación a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Primer Vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	161
Exposición “El garante de la libertad: El Juez”. Prof. Alberto Blanco-Uribe Quintero.....	171

**JORNADA SOBRE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:  
GÉNESIS Y PERSPECTIVAS.**

**13 DE JUNIO DE 2017**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	181
Consideraciones generales sobre los procesos constituyentes en Latinoamérica. Dra. Hildegard Rondón de Sansó, Individuo de Número de la Corporación ....	187
Régimen jurídico del proceso constituyente en la Constitución de Venezuela. Dr. Rafael Badell Madrid, Individuo de Número de la Corporación.....	205

Texto de la video-conferencia dictada por el Dr. Allan R. Brewer-Carías, Individuo de Número de la Corporación: Sobre la inconstitucionalidad del Decreto 2.830 del 1 de mayo de 2017, por medio del cual se convocó la Asamblea Nacional Constituyente .....	293
La convocatoria de una supuesta Asamblea Nacional Constituyente y los límites del poder constituyente. Dr. Jesús M. Casal, Individuo de Número de la Corporación .....	305
Noción de pueblo en las bases comiciales y en la sentencia n° 378 de la Sala Constitucional. Dr. Ramón Escovar León, Individuo de Número de la Corporación .....	331
Génesis y perspectivas de cierta Asamblea Nacional Constituyente. Una mirada politológica. Dr. Humberto Njaim, Individuo de Número de la Corporación .....	351
<b>FORO: “LAS MEDIDAS ECONÓMICAS TOMADAS POR EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS Y LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL”.</b> <b>4 de octubre de 2017.</b>	
Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	367
Sanciones económicas contenidas en la Executive Order 13808 de 24.08.2017 dictada por el Presidente de los Estados Unidos de América y las Listas OFAC: Contenido y Aplicación Extraterritorial. Dr. Eugenio Hernández-Bretón, Individuo de Número de la Corporación .....	373
Carácter imperativo de las medidas tomadas por el gobierno de Estados Unidos en relación con el gobierno de Venezuela y la contratación internacional. Dra. Claudia Madrid Martínez (UCV-UCAB).....	387
<b>PRESENTACIÓN DE LA OBRA: “CONTRIBUCIONES DEL DERECHO PARA EL CRECIMIENTO ECONÓMICO” DEL DR. FRED AARONS P.</b> <b>17 de octubre de 2017.</b>	
Apertura del acto a cargo del académico Julio Rodríguez Berrizbeitia, Individuo de Número de la Corporación .....	401
Presentación a cargo del Dr. Rafael Badell Madrid, Individuo de Número de la Corporación .....	405
Palabras del autor Dr. Fred Aarons P. ....	423

**I ENCUENTRO IBEROAMERICANO DE ACADEMIAS  
DE CIENCIAS MORALES, POLÍTICAS Y ECONÓMICAS,  
CONVOCADO POR LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES  
Y POLÍTICAS DE MADRID, REALIZADO, BAJO EL TÍTULO GENERAL  
“DEMOCRACIA, EDUCACIÓN Y ESTADO DE BIENESTAR.  
APORÍAS Y ALTERNATIVAS TRAS LA CRISIS,  
EN LA DOBLE PERSPECTIVA ÍBERO-AMERICANA”,  
durante los días 16, 17 y 18 de octubre de 2017.**

El secuestro del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela. Dr. Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales .....	441
Desinstitucionalización y desigualdad desde el Estado: el caso venezolano. Dr. Humberto Romero-Muci, Primer Vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	461

**JORNADA SOBRE DERECHO DE SEGUROS.  
“EN HOMENAJE AL PROF. ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO”.  
Jueves 9 de noviembre de 2017.**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	483
El seguro dejó de ser un contrato. La distorsión del contrato de seguro en el proceso de transición de sistemas económicos. Dr. Alfredo Morles Hernández, Individuo de Número de la Corporación.....	489
El control de cambios y el sector seguros. Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre, Individuo de Número de la Corporación .....	531
Sobre la deducibilidad del resultado monetario deudor (pérdida monetaria) por inflación: el caso de las entidades de seguro y palabras de clausura. Dr. Humberto Romero-Muci, Primer Vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	557

**IV JORNADA DE ARBITRAJE  
“EN HOMENAJE AL DR. PEDRO J. MENTELLINI”.  
16 de noviembre de 2017.**

Palabras de reconocimiento al Dr. Pedro J. Mantellini. Dr. Carlos Sarmiento Sosa .....	583
---	-----



Derogatoria de la definición legal de contrato de adhesión y alcance de la exigencia legal de una manifestación de voluntad expresa e independiente para someterlo a Arbitraje. Dr. Carlos Eduardo Acedo, Individuo de Número de la Corporación ..... 605

Aspectos jurisdiccionales en la Ley de Arbitraje Comercial. Prof. Luis Alfredo Araque..... 637

**JORNADAS EN CONMEMORACIÓN AL V ANIVERSARIO DE LA REVISTA VENEZOLANA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. PRESENTACIÓN DEL LIBRO CURSO DE DERECHO CIVIL III OBLIGACIONES DE MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN. Jueves 23 de noviembre de 2017.**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales..... 661

Daños punitivos. ¿Una quiebra del sistema de responsabilidad civil? Dr. Enrique Urdaneta Fontiveros, Individuo de Número de la Corporación..... 667

Palabras de presentación del libro de María Candelaria Domínguez Guillén: Curso de Derecho Civil III Obligaciones. Dr. James Otis Rodner S., Individuo de Número de la Corporación ..... 703

Palabras de la autora Dra. María Candelaria Domínguez Guillén..... 713

**PRESENTACIÓN DE LA OBRA DEL DOCTOR JESÚS MARÍA CASAL: “ASAMBLEA NACIONAL: CONQUISTA DEMOCRÁTICA VS DEMOLICIÓN AUTORITARIA”. 28 de noviembre 2017.**

Palabras de presentación por parte del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales..... 723

**FORO: “EL EMPODERAMIENTO DE LA MUJER VENEZOLANA Y EL 70 ANIVERSARIO DEL RECONOCIMIENTO DE SUS DERECHOS POLÍTICOS CONSTITUCIONALES” 29 de noviembre 2017.**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales..... 733

**ACTO DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD VENEZOLANA  
DE DERECHO MERCANTIL.**

**7 de noviembre 2017.**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos,  
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales  
y Miembro Fundador SOVEDEM..... 741

La importancia de promover, proteger y actualizar al Derecho Mercantil.  
Prof. Julio Rodríguez Berrizbetia, Individuo de Número de la Academia  
de Ciencias Políticas y Sociales y Miembro Fundador SOVEDEM ..... 749

**SESIÓN ORDINARIA CON OCASIÓN DE LA ENTREGA  
DE LOS PREMIOS: “DR. HUGO MÁRMOL MARQUÍS”,  
“DR. JOAQUÍN SÁNCHEZ-COVISA”**

**Y “DON RAFAEL MARTÍNEZ MENDOZA”**

**DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES 2016-2017.**

**20 de junio 2017.**

Palabras de apertura a cargo del Dr. Eugenio Hernández-Bretón,  
Individuo de Número de la Corporación.  
Los Premios de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2016-2017 ..... 759

Palabras del Dr. Luis Alberto Petit Guerra, ganador del Premio  
“Dr. Hugo Mármol Marqués”, Mención Profesionales por su trabajo  
“Las pruebas para la procedencia de las medidas cautelares en el proceso civil.  
Reconduciendo el debate sobre el periculum in mora” ..... 767

Palabras del Prof. Francisco Suárez Schanely, ganador del premio  
“Dr. Joaquín Sánchez-Covisa”, Mención Tesis de Post-grado  
y Trabajos de Ascenso en el Escalafón Universitario por su trabajo  
“El rol de la nacionalidad en el derecho procesal civil internacional  
venezolano contemporáneo” ..... 771

Palabras del bachiller Kenyer J. Amaiz Rojas, ganador del premio  
“Don Rafael Martínez Mendoza”, Mención Estudiantes por su trabajo  
“Responsabilidad penal de las personas jurídicas.  
Una aproximación al Derecho Penal venezolano” ..... 777

Palabras con ocasión de la conmemoración de los cien años  
de la sesión inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales  
del 19 de abril de 1917. Orador: Dr. Eugenio Hernández-Bretón,  
Individuo de Número de la Corporación ..... 783

**SESIÓN ORDINARIA CON OCASIÓN DE LA ENTREGA DEL PREMIO:  
“PEDRO MANUEL ARCAYA”  
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES 2016-2017.  
7 de noviembre de 2017.**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	809
Lectura del Veredicto, por el Dr. Humberto Romero-Muci, Primer Vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	817
Palabras del abogado Pedro Mezquita Arcaya, miembro del jurado calificador	821
Palabras del Dr. Eduardo Meier García, ganador del premio, por su trabajo “Pedro Manuel Arcaya: La vocación del jurista” .....	825

**DISCURSOS DE INCORPORACIÓN**

**SESIÓN SOLEMNE CON MOTIVO DE LA INCORPORACIÓN  
DEL DR. CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE  
COMO INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N° 12.  
23 de marzo de 2017.**

Discurso de incorporación del Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales .....	841
Discurso de contestación del académico Dr. James Otis Rodner, Individuo de Número de la Corporación .....	875

**SESIÓN SOLEMNE CON MOTIVO DE LA INCORPORACIÓN DEL DR.  
JESÚS MARÍA CASAL COMO INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N° 8.  
18 de julio de 2017.**

Discurso de incorporación del Dr. Jesús María Casal a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales .....	897
Discurso de contestación del académico Dr. Padre Luis Ugalde s.j., Individuo de Número de la Corporación .....	925

**SESIÓN SOLEMNE CON MOTIVO DE LA INCORPORACIÓN  
DE LA DRA. CECILIA SOSA GÓMEZ COMO INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N°24.  
21 de noviembre de 2017.**

Discurso de incorporación de la Dra. Cecilia Sosa Gómez a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales .....	937
Discurso de contestación del académico Dr. Rafael Badell Madrid, Individuo de Número de la Corporación .....	1049

**SESIÓN SOLEMNE CON MOTIVO DE LA INCORPORACIÓN  
DEL DR. CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA COMO INDIVIDUO  
DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N° 29.  
5 de diciembre de 2017.**

Discurso de incorporación del Dr. Cesar Augusto Carballo Mena a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales .....	1099
Discurso de contestación del académico Dr. Ramón Escovar León, Individuo de Número de la Corporación .....	1123

**TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN**

La justicia penal en Venezuela bajo el Estado Dual y el derecho penal del enemigo. Análisis de una realidad que afecta los derechos humanos. Prof. Fernando M. Fernández .....	1143
Perspectiva crítica de la valoración judicial de la conducta de la parte en el proceso. Jorge Isaac González Carvajal .....	1205
Las Tarjas. Prof. Salvador Yannuzzi .....	1291
El sentimiento moral en Adam Smith (1723-1790) y Jacques Maritain (1882-1973). Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia .....	1337
Derechos humanos y determinación tributaria. Prof. Serviliano Abache Carvajal.....	1421
La Reforma del Código Civil francés de 2016. Principales innovaciones en materia de responsabilidad precontractual y formación de los contratos. Dr. Luciano Lupini.....	1451

El sistema tributario de la democracia liberal. Prof. Mauricio A. Plazas Vega .....	1505
La globalización del derecho al olvido: el precedente europeo. José G. Salvuchi Salgado.....	1535
La corrupción en la contratación internacional: Más allá del Derecho Penal. Dr. Eugenio Hernández-Bretón.....	1583
NÓMINAS .....	1599

# **PRONUNCIAMIENTOS**

**LAS ACADEMIAS NACIONALES SE DIRIGEN  
A TODOS LOS VENEZOLANOS CON OCASIÓN  
DE LOS ACTOS VANDÁLICOS OCURRIDOS  
EN EL PALACIO DE LAS ACADEMIAS.  
18 DE ENERO DE 2017.**

En horas de la noche del día viernes 13 y en la madrugada del sábado 14 de enero del presente año, el Palacio que es sede de las distintas Academias Nacionales, ubicado en el centro de Caracas, en la Avenida Universidad, entre las esquinas de Bolsa y San Francisco, vecino de los edificios sede de la Asamblea Nacional, la Alcaldía del municipio Libertador, los Tribunales del Área Metropolitana de Caracas, el Consejo Nacional Electoral y de la sede de varios ministerios ubicados en el Centro Simón Bolívar, fue objetivo de la delincuencia, la cual es notorio que de manera generalizada e impune afecta a todos los sectores de la sociedad venezolana.

La acción criminal se concretó principalmente en el hurto de una gran cantidad de equipos de computación, donde se almacena información científica, jurídica, histórica, estadística, literaria y administrativa de incalculable valor, además de objetos electrónicos, tales como, video-beams y otros instrumentos de trabajo, propios de las actividades desempeñadas por las Academias Nacionales. Así mismo, se produjeron destrozos materiales en las instalaciones del Palacio de las Academias, que es un edificio de importante valor histórico. Sin embargo, no se dañaron objetos culturales o la vasta existencia de libros y publicaciones científicas y literarias que se conservan en el Palacio. En virtud de lo anterior, las Academias Nacionales se dirigen a todo el país en la oportunidad de denunciar la gravedad del hecho y repudiar estos actos vandálicos concretados contra el Palacio de las Academias y los bienes allí resguardados.

Tan pronto como fueron conocidos los graves acontecimientos, se procedió a informar a las autoridades del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, las cuales se apersonaron inmediatamente en el Palacio de las Academias en horas del mediodía de ese día, levantando las pruebas y haciendo el reconocimiento del caso.



Asimismo, se formuló denuncia ante la Fiscalía del Ministerio Público, en particular la Fiscalía Octava del Área Metropolitana, la cual diligentemente ha iniciado las averiguaciones correspondientes.

Consideran su deber las Academias denunciar la inmensa magnitud de la situación de inseguridad que afecta a todos los sectores del país. Lamentan las Academias que el Estado venezolano no esté cumpliendo su primera y más elemental obligación con sus habitantes y sus bienes, que es la de brindarles seguridad y paz, antes y por el contrario, observan las Academias que con cada vez mayor frecuencia y violencia se llevan a cabo actos contra la vida y bienes de las personas, que se hallan indefensas y sin protección alguna contra una delincuencia que parece actuar con comodidad, complicidad e impunidad. Esta vez le correspondió la desgracia al patrimonio cultural y científico de todos los venezolanos.

Las Academias Nacionales quieren ratificar, no obstante el ultraje del que ha sido objeto sus oficinas y sus bienes y la amenaza que de ello puede deducirse, que su compromiso con la sociedad venezolana permanece inalterable y en ese sentido reiteran que continuarán cumpliendo la misión que el ordenamiento jurídico y la conciencia patria les impone a cada una de ellas. Las Academias Nacionales ya están operativas nuevamente, aunque las huellas de la violación del recinto son todavía visibles.

Además, exigen y esperan las Academias que las autoridades nacionales competentes lleven adelante las acciones e investigaciones pertinentes a fin de someter a la justicia a los autores de los hechos punibles, determinar el móvil de los delitos, recuperar los objetos hurtados y establecer responsabilidades por los daños causados. En virtud del valor arquitectónico e histórico del Palacio de las Academias, las Academias Nacionales exigen al gobierno nacional realizar las actuaciones pertinentes a fin de garantizar su preservación e inviolabilidad.

Finalmente, consideran oportuno las Academias exigir a las autoridades que se haga efectiva, con carácter general, urgente y de máxima prioridad, una política nacional de seguridad dirigida a garantizar los derechos personales y patrimoniales de todos los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela.

Las Academias Nacionales están al servicio de todos los venezolanos, a quienes invitan a valerse de los recursos y colecciones científicas, históricas y culturales que se albergan en el Palacio de las Academias.

En Caracas, a los 18 días del mes de enero de 2017.

Horacio Biord Castillo  
Presidente Academia Venezolana de la Lengua.

Por Inés Quintero  
Directora  
Edgardo Mondolfi  
Secretario  
Academia Nacional de la Historia.

Por Alfredo Díaz Bruzual  
Presidente  
Otto Rodríguez Armas  
Vicepresidente  
Academia Nacional de Medicina.

Eugenio Hernández-Bretón  
Presidente  
Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

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

Humberto García Larralde  
Presidente  
Academia Nacional de Ciencias Económicas.

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

**PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA  
ANTE LA ACTUAL SITUACIÓN  
DE LA CONTROVERSIAS CON LA REPÚBLICA  
COOPERATIVA DE GUYANA.  
7 DE FEBRERO DE 2017.**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha realizado una serie de pronunciamientos, especialmente desde el año 2011, en relación con la reclamación territorial de la zona del Esequibo bajo el Acuerdo de Ginebra y con la exploración y explotación de recursos naturales ubicados en las áreas marinas y submarinas que le pertenecen en derecho a Venezuela por la proyección de la fachada atlántica de su territorio continental.

En esta oportunidad esta Academia observa que, desde el año 2015, el nuevo Gobierno de la República Cooperativa de Guyana ha expresado públicamente su pretensión de que la disputa de la reclamación venezolana sobre el territorio Esequibo sea sometida a la Corte Internacional de Justicia. En diciembre del año 2016, con ocasión del fallecimiento del señor Norman Givan, anterior representante personal del Secretario General de las Naciones Unidas (ONU) en el procedimiento de buenos oficios para la solución de la controversia entre Venezuela y Guyana, los medios de prensa recogieron la información de la oficina del Secretario General conforme a la cual éste designaría un nuevo representante personal para encargarse del proceso de buenos oficios. No obstante, en esa misma ocasión, la oficina del Secretario General anunció públicamente que si para finales del año 2017 no se había logrado un “avance significativo” hacia un acuerdo completo para la solución de la controversia, elegiría la Corte Internacional de Justicia, a menos que Guyana y Venezuela, de manera conjunta le solicitaran que se abstuviera de hacerlo.

Este anuncio del Secretario General de la ONU de judicializar la solución de la controversia mediante el envío de la misma a la Corte Internacional de Justicia debe ser rechazado de manera pública y categórica por el Gobierno de Venezuela, en virtud de que tal decisión unilateral por el Secretario General es contraria al Acuerdo de Ginebra,

cuyo objeto y propósito explícitos consisten en la búsqueda de una solución satisfactoria para el arreglo práctico de la controversia en forma 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 en forma aceptable ellas.

Al mismo tiempo, esta decisión, equivaldría 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, si alguno de esos medios, como podrían ser los actuales buenos oficios, no ha 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, esos medios mencionados 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.

De tal manera, pretender que con el solo consentimiento del Gobierno de Guyana, el Secretario General de la ONU podría escoger remitir el asunto a la Corte Internacional de Justicia, constituye una infracción del objeto y fin del propio Acuerdo de Ginebra que establece que las partes del mismo deben “buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia” de manera que ésta sea “amistosamente resuelta en forma que resulte aceptable para ambas partes”.

En consecuencia, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales considera que Venezuela, como Nación y su Gobierno, deben hacer valer, sin temores y con Derecho, los términos del Acuerdo de Ginebra, tanto frente al Gobierno de Guyana como en sus gestiones ante el Secretario General de la ONU, de modo que el asunto se mantenga siempre dentro del ámbito de las negociaciones diplomáticas para la búsqueda de soluciones prácticas “mutuamente aceptables”.

En virtud de la gravedad del asunto aquí planteado, que afecta a los intereses nacionales de Venezuela, la Academia de Ciencias Políticas y

Sociales considera oportuno hacer público este nuevo Pronunciamiento y enviarlo a la Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, exhortándola para que de manera responsable se adopten oportunamente todas las medidas necesarias, tanto jurídicas como de otro carácter, a fin de que los derechos de Venezuela en esta reclamación histórica sean debidamente salvaguardados.

En Caracas, a los siete días del mes de febrero de 2017.

Eugenio Hernández-Bretón  
Presidente.

Julio Rodríguez Berrizbeitia  
Secretario.

**DECLARACIÓN DE LA ACADEMIA ACERCA  
DEL DECRETO MISIÓN JUSTICIA SOCIALISTA.  
10 DE MARZO DE 2017.**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, con ocasión de la publicación del Decreto No. 2.718 en la Gaceta Oficial No. 41.090 de 7 de febrero de 2017, emanado del Ejecutivo Nacional en esa misma fecha, mediante el cual se crea la “Misión Justicia Socialista”, se dirige a la sociedad venezolana para alertar acerca de las inconstitucionalidades del mencionado Decreto por cuanto con él se pretende implantar un sistema de “justicia y democracia socialista”, contrario a los valores y principios que inspiran el sistema constitucional venezolano.

En efecto, el Decreto No. 2.718 expresamente señala como algunos de los objetivos más importantes de la “Misión Justicia Socialista”: i) Direccionar una definitiva revolución en el sistema de administración de justicia; ii) Contribuir en la consolidación y expansión del Poder Popular y la democracia socialista; iii) Impulsar la Justicia de Paz Comunal, para favorecer la resolución amistosa y pacífica de los conflictos entre las personas; y iv) Continuar la profundización de la igualdad en el acceso a la justicia, a través de diversas acciones, entre ellas, “la transformación de la ética profesional” “promoviendo una transformación de la concepción de la profesión del abogado a partir de una nueva ética profesional que supere la mercantilización capitalista, para construir un verdadero referente de profesional al servicio de la justicia y la paz social (...)”.

Expuesto lo anterior, corresponde a esta Academia dejar claro que el Derecho Constitucional venezolano se construye sobre los valores del Estado de Derecho, democracia, separación de poderes y respeto a los derechos humanos. De esta manera, el artículo 2 de la Constitución establece que Venezuela es un Estado Democrático, y Social de Derecho y de Justicia. Estos conceptos no se encuentran ni pueden estar vinculados a ideologías político-partidistas, sino que por el contrario deben ser lo más amplios posibles para garantizar que todos los ciudadanos,



independientemente de su tendencia política, se vean representados por gobiernos que respeten el pluralismo político y democrático.

De esta forma, debe esta Academia rechazar categóricamente la pretendida “justicia socialista” que el Decreto analizado pretende establecer en nuestro sistema jurídico de manera soterrada al abrigo de un mecanismo de resolución de controversias comunales, atentando contra el sistema de justicia dispuesto en la Constitución. En efecto, el artículo 136 de la Constitución establece que “cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias” y en sus artículos 253 y 254 establece que la potestad de administrar justicia corresponde al Poder Judicial, el cual es autónomo e independiente. Además, de conformidad con los artículos 178.7 y 258 de la Constitución, la justicia de paz es una competencia municipal que la ley organizará en las comunidades.

Las normas constitucionales mencionadas son la base y fundamento de la organización del sistema de justicia del Estado, el cual no se encuentra al servicio de parcialidad política alguna -por lo que no puede ser justicia “socialista”- sino que por el contrario persigue la resolución de controversias con fundamento en el Derecho y por jueces independientes del Ejecutivo Nacional. Es así como la administración de justicia se organiza teniendo por norte servir a todas las personas, sometiendo el Estado a la Constitución, a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y a la ley, con la finalidad de procurar los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico: 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.

Esta Academia debe resaltar al país que nuestra Constitución se inserta en las corrientes modernas del constitucionalismo que excluyen al Estado y en concreto a su Poder Judicial de la sujeción a cualquier político-partidista, a fin de garantizar su autonomía e independencia. Adicionalmente, nuestro texto fundamental reconoce los mecanismos alternativos de solución de controversias (negociación, mediación y arbitraje) y la justicia de paz en las comunidades, lo cual constitucionalmente es una competencia a desarrollar por la Asamblea Nacional, impidiendo de esta manera al Poder Ejecutivo intervenir activamente en la organización de una llamada “justicia comunal, popular o socialista”.

De todo lo antes expuesto se desprende además la inconstitucionalidad del Decreto No. 2.718, por cuanto mediante actos de rango sub legal se pretende modificar el diseño del sistema constitucional de justicia venezolano, no ya desconociendo únicamente el principio de la reserva legal, cuya violación sería motivo suficiente para que esta Academia se manifestara asertivamente en defensa de la institucionalidad, sino soslayando y pretendiendo derogar virtualmente la Constitución vigente mediante actos que por su contenido, no pueden ser calificados ni siquiera como jurídicos, por no respetar los principios básicos de la democracia, base del constitucionalismo moderno y del Estado de Derecho (artículo 2 de la Carta Democrática Interamericana). El Decreto en análisis viola además las obligaciones internacionales válidamente asumidas por la República, y que no solo el Poder Ejecutivo, sino todos los Poderes Públicos del Estado, están obligados a respetar y garantizar, a fin de que el Poder Judicial cumpla su función de garante de la protección de todos los derechos de todas las personas.

En suma, el Decreto No. 2.718 emanado del Ejecutivo nacional mediante el cual se crea la “Misión Justicia Socialista” es un acto anti-jurídico que no solo viola varias normas constitucionales aisladas sino que al atacar sus valores fundamentales viola toda la Constitución, es decir, no solo es un acto que viola el Derecho sino que su arbitrariedad manifiesta viola el Estado de Derecho configurado constitucionalmente como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

Por otro lado, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales reitera una vez más la obligación del Estado venezolano de cumplir con sus obligaciones constitucionales e internacionales de garantizar un sistema de justicia y en especial un Poder Judicial independiente y autónomo, que garantice los derechos de todas las personas sin discriminación ni exclusión alguna por motivo de su ideología política o cualquier otro motivo. Para ello, el Estado debe comenzar por dar inmediato e incondicional cumplimiento de las sentencias y recomendaciones sobre el Poder Judicial emanadas de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

Concluimos sosteniendo que a lo largo del proceso civilizatorio de la humanidad la deontología de las profesiones, es decir su ética, ha sido un proceso fruto del esfuerzo de insignes personalidades y de

una labor colectiva de las sociedades profesionales que los han agrupado y de las universidades que los han formado. Ha surgido y se ha desarrollado dentro de la libertad del ejercicio profesional y si alguna reforma es necesaria mal puede provenir de acciones gubernamentales que, a menudo, no sólo la han impedido sino que, han perseguido propósitos contrarios a los que estentóreamente proclaman. En el caso de la abogacía, su deontología está encaminada a la defensa de valores de justicia, seguridad, paz, respeto a los derechos humanos y del Estado de Derecho y no puede, por lo tanto, menos que suscitar reservas y alarma la pretensión de promover mediante instituciones oficiales de precaria base legal y constitucional “un verdadero referente de profesional al servicio de la justicia y la paz social”.

En virtud de lo anterior la Academia de Ciencias Políticas y Sociales exhorta a los órganos competentes del Estado venezolano y en especial al ciudadano Presidente de la República a dejar sin efecto, de inmediato, el referido Decreto No. 2.718 y hace un llamado a las más altas autoridades del Estado a respetar los valores y principios contenidos en nuestra Constitución.

En Caracas, a los diez días del mes de marzo de 2017.

Eugenio Hernández-Bretón.  
Presidente.

Julio Rodríguez Berrizbeitia.  
Secretario.

**DECLARACIÓN  
DE LAS ACADEMIAS NACIONALES  
ANTE LAS SENTENCIAS 155 Y 156  
DE LA SALA CONSTITUCIONAL.  
31 DE MARZO DE 2017.**

Las Academias Nacionales, ante el grave quebrantamiento de la estabilidad institucional democrática planteado por las sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, publicadas en fechas 27 y 29 de marzo de 2017, respectivamente, consideran indispensable manifestar su posición del modo siguiente:

1) En dichas sentencias, 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 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.

2) La Sentencia 155 desconoce el rango de norma constitucional que tiene la Carta Democrática Interamericana, suscrita por Venezuela, por lo que es absolutamente inadmisibles pretender criminalizar la conducta de cualquier venezolano que decida invocarla en su defensa,

con independencia del lugar y circunstancias en que lo haga. Asimismo, desconoce su valor y el contenido, que exige a todos los Estados miembros, tener un gobierno efectivamente representativo, con plena separación y respeto de poderes, y confiere a los ciudadanos el derecho a la democracia y al disfrute de las garantías inherentes a ella, preceptos básicos de la Constitución.

3) La Sentencia 156 impone limitaciones ilegítimas a la inmunidad parlamentaria, garantía fundamental de la independencia de la Asamblea Nacional consagrada en el artículo 200 de la Carta Magna, para someterla a la discrecionalidad de otros poderes que pudieran calificar como ilícitos constitucionales o penales cualesquiera actuaciones de los diputados a conveniencia, bajo el alegato parcializado de un supuesto “estado de desacato” de los diputados opositores, con la finalidad de impedir el funcionamiento de la Asamblea.

4) Con evidente extralimitación de sus competencias y desbordamiento de la función jurisdiccional, la Sala Constitucional conmina al Presidente de la República a “garantizar la gobernabilidad del país, y tome las medidas civiles, económicas, militares, penales, administrativas, jurídicas, políticas y sociales, que estime pertinentes y necesarias para evitar un estado de conmoción”, prevaleciéndose de un estado de excepción espurio. Con ello le confiere un poder absoluto y autocrático para actuar, con independencia del principio de competencia legal que limita y encauza el ejercicio de toda función pública, y que exige el respeto de las competencias de los demás poderes.

5) Por último, ambas sentencias han sido dictadas sin el debido proceso y sin permitir el ejercicio del derecho de defensa de las partes e interesados ni la participación obligatoria de los organismos públicos competentes, en el lapso de tres días la primera y de un día la segunda, omitiendo el procedimiento legalmente establecido e invocando un pretendido “control innominado de la constitucionalidad”, hechos que por sí solos revelan una gravísima anomalía jurídica y la violación de las más elementales garantías constitucionales de todo proceso.

Las Academias Nacionales consideran muy desacertadas las sentencias 155 y 156, sobre todo en momentos en el que el pueblo venezolano está reclamando el respeto de la Constitución, de los derechos ciudadanos y de las instituciones republicanas. Con estas decisiones la

Sala Constitucional, contrariando el papel de garante de la legalidad, distorsiona la Constitución y atenta contra la soberanía popular.

Consecuentemente, al imponer criterios que no están establecidos en ninguna norma ni son reconocidos como valores superiores del sistema legal venezolano y de la actuación del Poder Público, la Sala Constitucional se coloca ilegítimamente por encima de la Constitución y la voluntad de los venezolanos.

En Caracas, a los 31 días del mes de marzo de 2017.

Horacio Biord Castillo  
Director de la Academia Venezolana de la Lengua.

Inés Quintero Montiel  
Directora de la Academia de la Historia.

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

Alfredo Díaz Bruzual  
Presidente de la Academia Nacional de Medicina.

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  
SOBRE LA POSICIÓN  
DE LA FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA  
Y LAS ACLARATORIAS  
DE LA SALA CONSTITUCIONAL  
DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.  
4 DE ABRIL DE 2017.**



La Academia de Ciencias Políticas y Sociales considera su deber manifestar su posición jurídica acerca de los hechos derivados de las Sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del modo siguiente:

Las Academias Nacionales, en declaración conjunta del 31 de marzo de 2017, expresaron su condena ante las decisiones 155 y 156 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, publicadas en fechas 27 y 29 de marzo de 2017, respectivamente, mediante las cuales -formalmente- se anula el Acuerdo de la Asamblea Nacional sobre la Reactivación del Proceso de Aplicación de la Carta Interamericana de la OEA, como Mecanismo de Resolución Pacífica de Conflictos para Restituir el Orden Constitucional en Venezuela, la primera, y se interpreta el artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la segunda.

En esta declaración conjunta se denunció la violación del debido proceso en la cual incurrieron estas sentencias, pretendiendo ejercer un “control innominado de la constitucionalidad” y se destacó la usurpación de funciones de la Asamblea Nacional, dado que la Sala Constitucional se atribuye a sí misma competencias legislativas de la Asamblea Nacional y la facultad de delegarlas en quienes y cuando lo considere conveniente, atribuyendo competencias legislativas al Presidente de la República, ordenándole ejercerlas por encima de la reserva de las competencias del órgano legislativo y limitando la inmunidad parlamentaria. Todo ello, mientras permanezca lo que ha llamado “situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional”.

Los vicios de inconstitucionalidad que afectan estas sentencias, especificados en dicha declaración, condujeron a diversos pronunciamientos de las escuelas de derecho del país, así como a la expedición de la opinión de la Conferencia Episcopal Venezolana, según la cual, tales decisiones son moralmente inaceptables.

Como fue oportunamente advertido por esta Academia, ya la inconstitucional elección de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia en diciembre de 2015 por la Asamblea Nacional que precedió a la actual, había creado de hecho un solo poder, una confusión entre el poder de juzgar y el poder de ejecutar las leyes, condenado por la doctrina jurídica por su capacidad de convertirse en un poder opresor. La opresión creada por la actuación concertada entre el Poder Ejecutivo Nacional y el Poder Judicial, representado especialmente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha conducido a una situación antijurídica intolerable, desde el 5 de enero de 2016: sistemáticamente la Sala Constitucional ha declarado nulos los actos jurídicos emanados de la Asamblea Nacional, de modo que ésta ha quedado de hecho privada de sus potestades.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha hecho varios pronunciamientos a través de los cuales ha precisado que tanto el Poder Ejecutivo Nacional, como el Tribunal Supremo de Justicia se han empeñado en adoptar decisiones que coliden con los elementos configuradores de un estado constitucional y democrático de derecho, como son la soberanía popular, la división de poderes, la independencia de jurisdicción, las garantías de los derechos fundamentales, la constitución del país alrededor de un contrato social, la garantía de los derechos sociales y la dignidad humana. Dentro del marco descrito, esta Academia observa con preocupación que los acontecimientos posteriores al dictado de las sentencias mencionadas, no hacen más que confirmar que estamos en presencia de una grave ruptura del hilo constitucional.

En efecto, la Fiscal General de la República reconoció, en el acto de presentación del informe anual de su gestión, el día 31 de marzo del corriente año, que las sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia evidencian “varias violaciones del orden constitucional y el desconocimiento del modelo de Estado consagrado en la Constitución”. Vale decir, la Fiscal General reconoce que por virtud de dichas sentencias se produce una infracción del orden constitucional.

Estas declaraciones públicas, generaron la inmediata reacción del Ejecutivo quien, afectando desconocimiento de la posición de la Fiscal y del contenido de las sentencias 155 y 156, convocó al Consejo de

Defensa de la Nación para resolver un presunto “impasse” que se habría producido entre la Fiscalía y el Tribunal Supremo de Justicia. Con celeridad inusual, en la madrugada del 1 de abril de 2017, el Presidente de la República presentó las conclusiones del Consejo de Defensa de la Nación ante la “controversia” relacionada con las sentencias Nro. 155 y 156 de la Sala Constitucional. Entre otros acuerdos, se comunicó que el Consejo de Defensa de la Nación decidió “exhortar” a la Sala Constitucional a “revisar” las sentencias Nro. 155 y 156, con el propósito de mantener la estabilidad institucional y equilibrio de poderes. Con lo cual, según se dijo, el “impasse” quedó superado.

Advierte esta Academia que, con este comunicado, el Consejo de Defensa de la Nación violó el artículo 323 de la Constitución, dado que lo acordado por él, excede claramente de sus competencias consultivas en materia de defensa. Incorre, además, en una clara injerencia en las competencias constitucionales del máximo organismo del Poder Judicial al “exhortar” la revisión de las sentencias 155 y 156. Estas sentencias no pueden ser objeto de revisión alguna, en derecho. En lo que atañe a las aclaratorias de sentencias, cabe advertir que ellas sólo proceden para corregir errores materiales y no para alterar el fondo de una decisión.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo solícitamente al llamado del Consejo de Defensa de la Nación, procuró “aclarar” el contenido de estos fallos, mediante las sentencias 157 y 158, las cuales pretenden remendar algunos de los excesos cometidos, sin realmente corregir los vicios estructurales que las afectan. Lo único que quedó realmente aclarado, es la falta de independencia del Poder Judicial, en este caso.

Ante esta situación, la Academia se ve obligada a alertar a la Nación y a los Poderes Públicos sobre la confusa situación que se ha generado con las declaraciones de la Fiscal General de la República, la convocatoria del Consejo de Defensa de la Nación, el exhorto que éste realizó a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y, finalmente, las “aclaratorias” que ella ha pretendido hacer, cumpliendo tal exhorto.

La conciencia jurídica y republicana no puede considerarse satisfecha ante tales hechos, pues éstos lo que hacen es patentizar el desorden

institucional que afecta al país. En efecto, las declaraciones de la Fiscal, quien tiene a su cargo las facultades que le confiere el artículo 285 de la Constitución, si son de tal gravedad como el señalamiento de la ruptura del orden constitucional, exigen el ejercicio de las correspondientes acciones. De no ocurrir así, aumenta la perplejidad de los ciudadanos y su escepticismo ante la eficacia del derecho.

En verdad, no se trata de rectificaciones, sino de remiendos que en nada alteran las más de 46 sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que han conculcado las facultades constitucionales de la Asamblea Nacional, sin contar el inconstitucional proceso de renovación de nómina de los partidos, ni la decisión de la Sala Electoral que facilitó la suspensión del referendo revocatorio.

Se ha generado una situación de opacidad jurídica y política donde se ha decidido lo que no se debió decidir y no se decide lo que se debe decidir. Exigimos, por lo tanto, a los poderes constituidos, subsanar prontamente esta situación y no considerar como su enemigo a la sociedad que reclama sus derechos, sino que se inicie la verdadera rectificación que exige el orden democrático.

Sobre la base de todo lo anterior, esta Academia exige, nuevamente, la devolución inmediata y plena de las facultades constitucionales que le corresponden a la Asamblea Nacional. Asimismo, la Academia pide que la Fiscalía General de la República inicie el proceso legal correspondiente, para establecer las responsabilidades de los magistrados que participaron en la ruptura del orden constitucional, señalada por la Fiscal General ante el país.

En Caracas, a los cuatro días del mes de abril de 2017.

Gabriel Ruan Santos  
Presidente

Luciano Lupini Bianchi  
Secretario

**PRONUNCIAMIENTO DE LAS ACADEMIAS  
NACIONALES EN RELACIÓN  
A LA INCONSTITUCIONALIDAD  
DE HECHOS EJECUTADOS POR EL ESTADO  
VENEZOLANO CONTRA LOS CIUDADANOS.  
14 DE ABRIL DE 2017.**

Las Academias Nacionales, conscientes de su responsabilidad hacia el país, consideran su deber pronunciarse al respecto de los acontecimientos en desarrollo en los actuales momentos.

La ruptura del hilo constitucional, provocada por las sentencias 155 y 156 emitidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fechas 28 y 29 de marzo de 2017, respectivamente, que concentran el poder del estado en el Ejecutivo, seguidas por las sentencias 157 y 158 del 01/04/2017 que no corrigen el fondo del asunto, ha llevado a la ciudadanía a ejercer su derecho constitucional de protesta en forma pacífica y sin armas (art. 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), protestas que también conjugan la irritación y descontento de muchos ciudadanos con relación a la crítica situación general que afecta a toda la ciudadanía en su vida cotidiana.

En violación de disposiciones constitucionales y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en maniobras sucesivas a lo largo del tiempo, se ha producido la ilegítima inhabilitación política de connotados líderes opositores, algunos de ellos mientras han estado en ejercicio de funciones públicas en cargos de elección popular, sumando un motivo adicional a la protesta general. Estas abusivas prácticas desconocen el derecho al sufragio y dejan a la oposición democrática huérfana de sus legítimos voceros que de ese modo estarían impedidos de participar en eventuales elecciones, hasta ahora diferidas indefinidamente sin explicación.

No podemos soslayar nuestro reclamo ante los recurrentes ataques a la universidad venezolana, el más reciente de los cuales tuvo lugar en la Universidad de Carabobo, cuya autonomía fue violada una vez más por efectivos de la Guardia Nacional Bolivariana y de la policía del estado Carabobo el pasado 5 de abril, con saldo de varios heridos.

Amparados en la vigente resolución 8610, emitida por el Ministerio de la Defensa el 27/01/2015, y reiteración del TSJ en sentencia N° 00840 del 27/07/2016, las autoridades han respondido de manera contraria a la de garantizar y resguardar a quienes ejercen el derecho a manifestar pacíficamente su descontento. Se ha recurrido al uso indiscriminado e ilegal de gases tóxicos y al empleo criminal de armas letales que han ocasionado la muerte de jóvenes manifestantes al actuar en los espacios abiertos de la ciudad. La penetración de gases tóxicos en centros comerciales y de salud ha provocado daños a niños y pacientes hospitalizados, en violación de los convenios internacionales que regulan la atención a las legítimas manifestaciones populares.

Las detenciones en presunta flagrancia, sin llenar los estrictos requisitos legales de la excepcional privación de libertad a la que puede dar lugar, la incomunicación y la sujeción a procesos penales con medidas cautelares que afectan derechos ciudadanos con las características de penas anticipadas, también constituyen francos atropellos a los derechos humanos y desconocimiento absoluto de las leyes venezolanas, en un sesgo absolutamente condenable.

Las Academias Nacionales hacen un llamado a la conciencia nacional acerca de la gravedad de estos hechos y exigen a los órganos de Poder Público respetar la Constitución y el Derecho internacional y por ende, poner cese al quebrantamiento del orden constitucional y restablecer las situaciones jurídicas vulneradas de los ciudadanos, garantizando la separación de poderes y el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos, en aras de conseguir la paz y la estabilidad de la República.

En Caracas, a los catorce días del mes de abril de 2017

Horacio Biord Castillo

Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Inés Quintero Montiel

Directora de la Academia Nacional de la Historia

Gabriel Ruan Santos

Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales

Alfredo Díaz Bruzual

Presidente de la Academia Nacional de Medicina

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



**DECLARACIÓN DE LA ACADEMIA  
SOBRE LA POLITIZACIÓN DE LA FUERZA  
ARMADA NACIONAL Y LA AMENAZA  
DEL USO DESPROPORCIONADO  
DE LA FUERZA PÚBLICA.  
18 DE ABRIL DE 2017.**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales manifiesta su preocupación ante las declaraciones formuladas el 17 de abril de 2017 por las más altas autoridades civiles y militares del Estado venezolano, en las cuales reafirman la doctrina inaceptable e inconstitucional, de que quienes disienten o manifiestan su desacuerdo con el actual gobierno y su proyecto político de revolución socialista, son traidores a la patria e incluso incurren en actos terroristas y por lo tanto, deben ser perseguidos y sancionados.

La última y más grave expresión de esta doctrina ha sido la realizada por el Ministro del Poder Popular para la Defensa Nacional, incluido su menosprecio por la Asamblea Nacional -como órgano del Poder Legislativo Nacional representativa de la soberanía popular y electa por el pueblo venezolano el pasado 6-12-2015-, al considerar a algunos de sus diputados como golpistas, y estimar que son traidores a la patria por el solo hecho de oponerse al proyecto de la revolución socialista.

Por otro lado, preocupan también las afirmaciones tanto del Presidente de la República como del Ministro de la Defensa, al justificar la represión de las protestas públicas contra el gobierno y el anuncio además de armar a la llamada “milicia bolivariana” para que participe en la defensa del orden público de la revolución socialista ante las amenazas de las protestas convocadas por amplios sectores de la oposición política y la sociedad civil para el día 19 de abril de 2017.

Al efectuar estos pronunciamientos políticos partidistas, las altas autoridades civiles y militares del Estado, en primer lugar, violan la Constitución y los principios universales de toda democracia y el Estado de Derecho. En efecto, el pluralismo es uno de los principios básicos de nuestro sistema democrático de gobierno, conforme al artículo 6 de la Constitución; en el cual, la reunión pública y la manifestación del pensamiento crítico o disidente son derechos constitucionales

consagrados en los artículos 53 y 68 constitucionales, así como en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En segundo lugar, dichas manifestaciones de las altas autoridades del Estado en materia militar, identificando a la Fuerza Armada Nacional con su proyecto personal político partidista, violan directamente la Constitución la cual la califica como una institución “sin militancia política”, “al servicio de la nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna” (art.328).

En tercer lugar, la Academia reitera su rechazo al uso injustificado, indiscriminado y desproporcionado de la fuerza frente a las manifestaciones pacíficas contra el gobierno; así como las detenciones arbitrarias y el uso de la tortura. De conformidad con la Constitución y el Derecho internacional, el uso de la fuerza está limitado por los principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la ley (art. 55). Por ello esta Academia reitera su criterio, ya expresado en su Pronunciamiento de fecha 6 de marzo de 2015, sobre la Resolución No. 008610 de fecha 23-1-2015 adoptada por el Ministro del Poder Popular para la Defensa la cual autoriza el “uso del arma de fuego” por todo el personal militar para el “control de reuniones públicas y manifestaciones pacíficas”.

La Constitución prohíbe el uso de armas de fuego contra manifestaciones. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 constitucional, “[s]e prohíbe el uso de armas de fuego [...] en el control de manifestaciones pacíficas”. Por lo cual, los cuerpos policiales y de seguridad deben estar dotados con equipos no letales para el mantenimiento del orden público en reuniones públicas y manifestaciones. El objetivo y la misión de esos cuerpos en esos casos es garantizar el pleno ejercicio de los derechos constitucionales de reunión y manifestación por parte de los ciudadanos y no amenazarlos, o restringirles sus derechos o impedirles su ejercicio, ni mucho menos agredirlos o dispararles con armas de fuego. En todo caso, la Constitución sujeta las otras armas no letales, es decir, las “armas o sustancias tóxicas por parte del funcionariado policial y de seguridad estará limitado por principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la ley” (art.55). Es obvio por tanto, que la Constitución excluye, claramente, la posibilidad de usar armas letales contra manifestaciones o protestas públicas, ya

que las mismas constituyen un uso injustificado, innecesario, inconveniente y desproporcionado de la fuerza pública.

Por último, la Academia reitera su criterio de que el control del orden público y la garantía de la seguridad ciudadana le corresponde a los cuerpos de policía y de seguridad ambos de carácter civil, por lo que el empleo de la Fuerza Armada Nacional en materia de seguridad ciudadana y orden público es inconstitucional. En este sentido el artículo 68 constitucional, dispone que la ley regulará la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público. Así mismo, el mantenimiento y restablecimiento del orden público y el aseguramiento del pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales le corresponde a los “órganos de seguridad ciudadana” lo cuales “son de carácter civil”.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales manifiesta su alarma ante la situación descrita. Graves serán las responsabilidades de todo tipo, incluso históricas, de quienes propicien las consecuencias fatales que traería la irrupción en las calles de cuerpos dotados de armas letales.

Caracas, a los dieciocho días del mes de abril de 2017.

Gabriel Ruan Santos  
Presidente

Julio Rodríguez Berrizbeitia  
Secretario Accidental

**PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA  
SOBRE LA INCONSTITUCIONAL  
E ILEGÍTIMA DENUNCIA REALIZADA  
POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA  
RESPECTO DE LA CARTA  
DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS  
AMERICANOS (OEA).  
4 DE MAYO DE 2017.**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales condena la decisión del Presidente de la República, Nicolás Maduro Moros, contenida en comunicación de fecha 27 de mayo de 2017 entregada al Secretario General de la Organización, para iniciar el trámite de retiro de Venezuela de la Organización de Estados Americanos (OEA), mediante la denuncia de la Carta de dicha Organización, ya que se trata de una decisión violatoria de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado:

1. La denuncia de la Carta de la OEA es violatoria de la Constitución, en virtud de que este instrumento internacional tiene “jerarquía constitucional” por ser un tratado que contiene disposiciones fundamentales relativas a los derechos humanos (art. 23). La Carta de la OEA forma parte e integra el “bloque de la constitucionalidad”, por lo que no se puede derogar ni denunciar (art. 333, Constitución) sino mediante la enmienda o la reforma de la propia Constitución.

2. La incompetencia del Presidente de la República para realizar esta denuncia está además desarrollada en los diarios de debate de la Asamblea Nacional Constituyente (sesión de fecha 16 de noviembre de 1999), en la discusión correspondiente al referido artículo 23, desde que en estas actas se constata la deliberación que condujo a la decisión expresa de eliminación absoluta de esta facultad presidencial, con el objetivo de impedir toda posibilidad de denuncia por parte del Ejecutivo Nacional de los Tratados en materia de derechos humanos.

3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es uno de los “órganos principales” de la Carta de la OEA. Luego de la inconstitucional denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -sobre la cual esta Academia se pronunció en rechazo mediante Pronunciamientos de fechas 14-5-2012 y 1-10-2013-, el derecho de toda persona a dirigir peticiones o quejas ante la Comisión

Interamericana subsiste precisamente en virtud de que, siendo la CIDH un órgano principal de la Carta de la OEA, todos los Estados Miembros de esa Organización están sujetos a ella conforme a su Estatuto y Reglamento y los instrumentos de derechos humanos interamericanos vigentes. Este es igualmente un derecho constitucional expresamente consagrado en el artículo 31 de la Constitución, de dirigir quejas o peticiones a los organismos internacionales de derechos humanos creados por tratados, con el “objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos”. Por lo cual, el desconocimiento o la disminución de ese derecho constituye una transgresión del principio de progresividad de los derechos humanos reconocidos en el artículo 19 del texto fundamental. Por lo cual, en virtud del mencionado principio de progresividad, el derecho de protección internacional de los derechos humanos ante la CIDH debe permanecer en vigor por haberse incorporado como derechos inherentes a la persona humana, conforme a nuestra Constitución (art. 22).

4. La denuncia de la Carta de la OEA es un hecho de graves repercusiones nacionales e internacionales, ya que afecta, además, 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. Por todo ello, la denuncia de la Carta de la OEA es asimismo violatoria de los principios de actuación internacional de la República, particularmente los de “cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad” consagrados en el artículo 152.

5. En virtud del carácter y jerarquía constitucional y los demás principios constitucionales aquí expuestos, ni el Presidente de la República ni la Asamblea Nacional podían ni pueden modificar libremente la Constitución en la materia de tratados relativos a los derechos humanos, ya que esta no puede ser derogada “por cualquier otro medio distinto al previsto en ella” (art. 333). En todo caso, conforme a la Base Comicial Octava aprobada en referendo por el pueblo de Venezuela en 15 de agosto de 1999, es un deber del poder constituyente y por ende con mayor razón del poder constituido, respetar con base en el principio de progresividad los derechos y compromisos internacionales contenidos en los pactos, convenciones y tratados vigentes en Venezuela.

6. En consecuencia, la denuncia de la Carta de la OEA por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela configura una violación objetiva de la Constitución y un menoscabo de los derechos garantizados en ella, por lo cual dicho acto es “nulo”, y “los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores” (art. 25).

7. Llamamos la atención a la OEA y a sus Estados Miembros, para que rechacen la denuncia de la Carta de la OEA realizada por el Presidente de la República, pues ésta, al ser manifiestamente inconstitucional, debe ser considerada absolutamente nula. La OEA no debe sentar el precedente de permitir que los gobernantes de turno actúen al margen de la Constitución de sus países retirándolos ilegítimamente de esa organización para privar a sus ciudadanos de sus derechos fundamentales.

8. El Presidente de la República debe rectificar esta decisión, y así dejar sin efecto la denuncia de la Carta de la OEA, en beneficio de todas las personas bajo su jurisdicción y reparar así la grave inconstitucionalidad aquí denunciada.

En Caracas, a los cuatro días del mes de mayo de 2017.

En fe de lo cual, suscriben,

Gabriel Ruan Santos  
Presidente

Luciano Lupini Bianchi  
Secretario



**PRONUNCIAMIENTO  
DE LAS ACADEMIAS NACIONALES  
ANTE LA CONVOCATORIA  
PRESIDENCIAL A UNA ASAMBLEA  
NACIONAL CONSTITUYENTE.  
6 DE MAYO DE 2017.**

Las Academias Nacionales exponen su posición en relación a los decretos N° 2.830 y N° 2.831, de fecha 1° de mayo de 2017, dictados por el presidente de la República, mediante los cuales pretende convocar a una Asamblea Nacional Constituyente para que proceda “a decidir el futuro de la patria” y crea una comisión presidencial para que elabore una propuesta de bases comiciales y de conformación y funcionamiento de dicha Asamblea.

Sobre todo ello, las Academias Nacionales declaran lo siguiente:

1.- De conformidad con el artículo 347 de la Constitución, le corresponde de manera exclusiva al pueblo venezolano la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Es solo mediante el voto universal, directo, secreto y libre, a través de un referendo consultivo, que los ciudadanos pueden decidir sobre dicha convocatoria. En esa misma oportunidad debe el pueblo aprobar las bases comiciales que rijan la organización, funcionamiento y límites de la Constituyente.

2.- El proceso constituyente tiene una naturaleza compleja desarrollada en cuatro etapas que involucran el ejercicio de la soberanía, a saber: (1) la convocatoria, competencia exclusiva del pueblo por ser el titular de la soberanía; (2) la elección de los constituyentes que en apego a lo estipulado en la bases comiciales previamente aprobadas deberán elaborar el nuevo texto constitucional; (3) las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente siguiendo el mandato de los electores; y (4) la aprobación o rechazo del pueblo, mediante votaciones libres, universales, directas y secretas, del texto fundamental elaborado por la Asamblea Nacional Constituyente. Ninguno de los poderes constituidos puede arrebatarse al pueblo el ejercicio directo de la soberanía que, de acuerdo a la Constitución, solo a este se atribuye, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 5: “La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en

esta Constitución y en la ley, e indirectamente mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público”.

3.- Como lo expresa la Exposición de Motivos del texto constitucional vigente, la incorporación de la facultad de convocar la Constituyente por el pueblo es consecuente “con la idea de que es el pueblo el legítimo depositario del poder constituyente originario”. La incorporación del artículo 348 se hizo precisamente para normar la convocatoria al Poder Constituyente por el pueblo “sin acudir a la interpretación, que produjo esta Constitución”. Se califica la atribución de esta convocatoria al pueblo en la referida Exposición de Motivos como “expresiva de la más acertada definición democrática en torno a la soberanía popular.”

Por ello, el presidente de la República solo puede tomar la iniciativa para convocar la Constituyente mediante referendo consultivo. En virtud de ello, el decreto N° 2.830 al convocar directamente la Constituyente usurpa la soberanía popular, viola de manera flagrante, directa e inmediata lo establecido en la Constitución y constituye, por ende, un fraude a la democracia.

4.- No solo el presidente de la República, sino también la Asamblea Nacional, los concejos municipales y los propios ciudadanos (un 15% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral) tienen iniciativa para proponerle al pueblo la realización de una Constituyente (artículo 348 de la Constitución), pero solo el pueblo, mediante referendo, puede decidir si la convoca.

5.- Destacamos la grave violación constitucional en la que incurre también el Consejo Nacional Electoral, que a través de su presidenta, ha iniciado el trámite de la solicitud formulada por el presidente de la República a través de las vías de hecho, de forma inmediata, sin la debida deliberación del organismo y en violación directa y flagrante de los artículos 292 y siguientes de la Constitución vigente.

Reiteran las Academias que el Consejo Nacional Electoral, como ente rector del Poder Electoral y de acuerdo con lo ordenado por la Constitución, debe actuar basado en los principios de independencia orgánica e imparcialidad, en obsequio siempre de la participación ciudadana y en defensa de la voluntad del pueblo, que se expresa a través del voto. Contrariamente a lo ocurrido, el Consejo Nacional Electoral,

para proteger y preservar la voluntad del pueblo, ha debido advertirle al presidente de la República que su iniciativa debe ser sometida a referendo consultivo en aras de no usurpar la soberanía popular.

6.- Las Academia Nacionales consideran que el desafío actual de los venezolanos no es cambiar la Constitución sino rescatar la democracia, hacer cumplir la constitución vigente y restablecer el orden constitucional y el Estado de derecho vulnerado.

Por lo anterior, las Academias Nacionales emiten este pronunciamiento conjunto con la intención de orientar a la opinión pública venezolana:

I.- Los decretos presidenciales N° 2.830 y 2.831, de fecha 1° de mayo de 2017, no están acordes a nuestra Constitución y son un fraude a la misma porque la propuesta de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, de la manera como está contenida en esos decretos, usurpa la soberanía del pueblo y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

II.- La pretensión de convocar una Asamblea Nacional Constituyente sin cumplir los extremos legales puede interpretarse como una maniobra para eliminar todos los poderes actuales de la República. Parecería que la finalidad es instaurar un estado antidemocrático, omnipotente y exclusivo, cambiando para ello el orden democrático de nuestra actual Constitución.

III.- Solicitamos a los órganos del Poder Público Nacional, a los que corresponde velar por la vigencia y supremacía de la Constitución, pronunciarse sobre el necesario restablecimiento del orden constitucional y democrático.

IV.- Exigimos al Consejo Nacional Electoral que actúe con plena independencia y en consecuencia, rechace, niegue y se oponga, en protección de la soberanía popular, al intento del presidente de la República de convocar una Asamblea Constituyente en usurpación de la soberanía popular, esto es, sin cumplir con lo dispuesto en el artículo 347 de la Constitución.

V.- Alertamos a la comunidad internacional y a sus diversas organizaciones para que continúen su cooperación orientada al restablecimiento del orden constitucional y democrático en Venezuela.

En Caracas, a los seis días del mes de mayo de 2017.

Horacio Biord Castillo  
Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Inés Quintero Montiel  
Directora de la Academia Nacional de la Historia

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

Alfredo Díaz Bruzual  
Presidente de la Academia Nacional de Medicina

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

**PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA  
SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD  
E INCONVENCIONALIDAD DE LA APLICACIÓN  
DE LA JUSTICIA MILITAR A CIVILES.  
16 DE MAYO DE 2017.**

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 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.

2. 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”.

3. En el caso de Venezuela, si bien la Constitución de 1999 recogió claramente los estándares internacionales sobre la materia, el Estado ha incumplido su deber a adoptarlos en el resto del Derecho interno como es el caso del Código de Justicia Militar. Por ello, tanto en los informes de la ONU como en los del sistema interamericano, el Estado venezolano ha sido condenado por aplicar la justicia militar fuera de su ámbito propio y, así mismo, ha sido requerida a dejar sin efecto dichos procesos, a reparar a las víctimas y a modificar su legislación. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Usón Ramírez vs. Venezuela (Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), se pronunció al respecto reiterando su jurisprudencia y recordándole a Venezuela el

estándar del carácter excepcional de la justicia militar en un Estado democrático, la cual sólo se debe juzgar a militares activos (no retirados) por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar, por lo cual, cuando la justicia militar asume competencia sobre un civil, asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. En consecuencia, en palabras de la Corte Interamericana: ni civiles ni “militares en retiro pueden ser juzgados por los tribunales militares”. En el dispositivo de este fallo de la Corte Interamericana no solo condenó al Estado venezolano por la violación de los derechos y las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino igualmente por la violación del derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 7 de dicha Convención. Y, además, de requerirle como reparación “dejar sin efecto, en el plazo de un año, el proceso penal militar instruido”; a fin de que el Estado no volviera a incurrir en nuevas violaciones de la misma naturaleza, le requirió modificar el Código de Justicia Militar con el objeto de restringir la justicia militar excluyendo a los civiles y limitándola únicamente a los militares activos por delitos de función militar:

8. El Estado debe establecer, en un plazo razonable, a través de su legislación, límites a la competencia de los tribunales militares, de forma tal que la jurisdicción militar únicamente se aplique a militares en ejercicio y por delitos de función; así como derogar, en un plazo razonable, toda disposición de la normativa interna venezolana que no resulte conforme con dicho criterio, en los términos del párrafo 172 del Fallo. (Resaltados añadidos).

4. A pesar de que el Estado venezolano denunció de manera inconstitucional la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con su texto (art. 78.2) todas las obligaciones relativas a hechos ocurridos mientras estuvo en vigor se mantienen vigentes de cumplimiento y el Estado no ha quedado desligado. De allí que la Corte Interamericana siga supervisando el cumplimiento de este fallo y



todos aquellos relativos a hechos ocurridos bajo la vigencia de dicha Convención.

5. La anterior doctrina y jurisprudencia internacional ha sido reiterada en el ámbito de la ONU, particularmente por el Comité de Derechos Humanos bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de los cuales es parte Venezuela), con relación a las normas de dicho instrumento sobre debido proceso y protección judicial, en su Observación general N° 13 sobre la Administración de justicia (artículo 14).

6. Por lo tanto, la tendencia actual conforme a la doctrina y jurisprudencia tanto constitucional como internacional antes citada, es por consiguiente, limitar la justicia militar únicamente para ser aplicada: (i) a militares activos y (ii) sólo en caso de delitos estrictamente de función militar. Inclusive, diversas democracias contemporáneas han dejado sin efecto la justicia militar, mediante la tipificación de hechos punibles en los Códigos Penales y prever así que los militares, como ciudadanos, cuando cometen esos delitos de función, también deben ser juzgados por la jurisdicción ordinaria, como han sido entre otros, el caso de Alemania, así como de Argentina cuando en febrero de 2009 se derogó el Código de Justicia Militar y los militares, en lo adelante, quedaron sujetos a la justicia penal común. Además de lo anterior, es necesario poner de relieve que nuestra legislación militar y, en particular, el Código Orgánico de Justicia Militar es arcaico y preconstitucional. Por esa razón, debe ser revisado en su integridad para adaptarlo a la Constitución y a las obligaciones internacionales sobre la materia. Asimismo, hay que resaltar que el artículo 123 del Código Orgánico de Justicia Militar, que autoriza el juicio militar a civiles, no es aplicable en estos momentos por ser una norma inconstitucional al ir en sentido contrario a lo que dispone el mencionado artículo 261 de la Constitución que limita esta jurisdicción únicamente a “delitos de naturaleza militar”. Recientemente la Sala de Casación Penal (sentencia Nro. 518 del 6 de diciembre de 2016) llegó a la misma conclusión.

7. A pesar de que por mandato de la Constitución la jurisdicción penal militar “es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces o juezas serán seleccionados por concurso” (art. 261), dicho Código todavía establece que son funcionarios de justicia militar: el Presidente de

la República, el Ministro de la Defensa; el Comandante en Jefe del Ejército o Armada, y los comandantes de las jurisdicciones militares o navales (art. 28), y detalla las atribuciones e injerencias directas en la justicia militar, tanto del Presidente de la República (art. 54) como del Ministro de la Defensa (art.55); los cargos de los tribunales militares (jueces, auditores, fiscales, defensores y secretarios) los desempeñan militares en situación de actividad -y por tanto sometidos a relación de jerarquía-, e incluso la mayoría de los jueces militares no requieren siquiera ser abogados (art. 24 y 49; 33, 41 y 49); y salvo los miembros de la Corte Marcial que son propuestos por el Ministro de la Defensa al Tribunal Supremo de Justicia para su designación, los demás jueces son designados por los propios tribunales militares de una lista propuesta por el Ministro de la Defensa (arts. 42 y 49); los fiscales militares son nombrados por el Presidente de la República y no requieren ser abogados (arts. 71 y 77); el auditor general militar y los demás auditores militares son nombrados por el Presidente de la República (art. 82); y los secretarios designados por los tribunales militares, también requieren ser militares activos y tampoco requieren ser abogados -salvo el de la Corte Marcial- (art. 96). Así mismo, el Código de Justicia Militar impone, entre otras cosas, la obediencia ciega, al igual que otras normas militares, e inclusive, sanciona como delitos hechos o conductas que no ameritan sanción alguna y establece criterios inaceptables de discriminación entre ciudadanos. Por estas razones, los jueces militares no son independientes ni imparciales, por cuantos se rigen por el obediencia que nace del juramento que prestan al iniciar sus carreras. Esta falta de independencia y de autonomía es lo que ha llevado a las democracias europeas y latinoamericanas a rechazar la aplicación de la justicia militar a civiles.

8. Todas estas normas del Código de Justicia Militar que son abiertamente incompatibles con la Constitución, mientras son derogadas deben ser desaplicadas, aun de oficio, por todos los jueces de la República, en cumplimiento del deber de garantizar la supremacía constitucional (arts. 7 y 334).

9. En conclusión, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales manifiesta que 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 personal; y por tanto, de conformidad con el artículo 25 de la Constitución son actos nulos que deben ser desaplicados y dejados sin efecto de inmediato; y los funcionarios públicos que ordenen o ejecuten estos actos incurren en responsabilidad, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores (art. 25, Constitución).

10. Por último, en virtud de las claras obligaciones tanto constitucionales como internacionales del Estado venezolano, miembros de la Fuerza Armada Nacional, incluidos los fiscales y tribunales militares, deben abstenerse de procesar o detener a ciudadanos civiles; y la Asamblea Nacional debe proceder, en cumplimiento de la referida sentencia internacional y el artículo 261 de la Constitución, a adaptar el Código Orgánico de Justicia Militar a dicha norma y a los estándares internacionales sobre la materia.

En Caracas, a los dieciséis días del mes de mayo de 2017.

En fe de lo cual, suscriben,

Gabriel Ruan Santos  
Presidente

Luciano Lupini Bianchi  
Secretario

**PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA  
SOBRE EL DERRAME DE PETRÓLEO  
OCURRIDO EN LA ISLA DE TRINIDAD  
Y LA AFECTACIÓN OCACIONADA  
A LAS ÁREAS COSTERAS E INSULARES  
VENEZOLANAS.  
6 DE JUNIO DE 2017.**

## I

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales manifiesta su respaldo a la declaración que ha emitido con fecha 29 de mayo de 2017 la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales sobre el tema del derrame de petróleo en la Refinería estatal Pointe-à-Pierre ubicada en Trinidad y Tobago, y la afectación que ella ha ocasionado a las áreas costeras e insulares venezolanas. La seriedad de esa declaración emanada de una institución tan prestigiosa merece cuidadosa atención por parte de las colectividades afectadas, del público en general, de las autoridades regionales y del gobierno nacional.

## II

La protección del equilibrio ecológico y de los bienes jurídicos ambientales constituye una obligación constitucional del Estado venezolano, el cual debe garantizar a toda persona el derecho humano fundamental e irrenunciable del disfrute de un ambiente libre de contaminación. En el caso específico del derrame de petróleo en la Isla de Trinidad, los órganos y entes gubernamentales venezolanos no han reaccionado públicamente para informar las medidas, técnicas y políticas que se estarían tomando tanto en el ámbito nacional como internacionalmente. Este incidente constituye un daño transfronterizo del que derivan obligaciones a cargo de los gobiernos de Trinidad y Tobago y de Venezuela, frente a la población venezolana y a terceros Estados, en el marco del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe y su Protocolo relativo a la cooperación para combatir los derrames de hidrocarburos en la región del Gran Caribe: (i) El Estado venezolano está obligado a informar exhaustivamente a la colectividad, a las Partes Contratantes y a las organizaciones internacionales competentes, de las medidas que haya adoptado

para minimizar o reducir la contaminación producida, (ii) el Gobierno de Trinidad y Tobago está obligado al cumplimiento de las medidas de “Asistencia Mutua” y “Operacionales” previstas en el mencionado Convenio y su Protocolo y (iii) finalmente, ambos Estados están obligados a iniciar investigaciones penales para determinar e imponer la responsabilidad penal y patrimonial por este incidente.

### III

La afectación derivada del hecho acaecido ha incidido, además, sobre el equilibrio de frágiles ecosistemas ubicados en diversas áreas de la costa venezolana, incluyendo el espacio de dos (2) importantes Parques Nacionales como lo son el Parque Nacional Península de Paria y el Parque Nacional Archipiélago de Los Roques, importantes áreas de conservación y reserva de la biodiversidad nacional.

### IV

La gravedad de los daños ambientales causados por este derrame de petróleo, debido al valor ecológico y económico del sistema marino y costero comprometido, las áreas afectadas y el impacto en las poblaciones que habitan en esas zonas así como en las actividades pesqueras y turísticas de las mismas contrasta con la alarmante conducta omisiva por parte de los órganos del Estado competentes en la materia, y se manifiesta como otro elemento de la situación de crisis humanitaria que padece la población venezolana.

### V

Entendiendo que todos los impactos ambientales negativos derivados del derrame petrolero requieren de la ejecución inmediata de actividades de saneamiento o remediación sobre los elementos del medio afectados, que puedan llevar a la mitigación, reducción y/o incluso eliminación de dichos efectos nocivos, se desconoce cuáles son las medidas que a tales fines se están tomando al respecto, quién las están ejecutando y asumiendo sus costos.

### VI

El régimen jurídico del Estado Social de Derecho impone a los órganos del Poder Público no sólo el respeto a los derechos humanos

fundamentales, sino la carga de enderezar toda actuación a la creación de las condiciones necesarias para el efectivo disfrute de los mismos por parte de sus habitantes.

Por ello, ante la catástrofe ambiental de consecuencias impredecibles e inatendidas, el gobierno nacional debe proceder con urgencia al ejercicio de sus competencias con apego a la Ley, y en tal sentido los miembros de esta Corporación, de conformidad con sus fines:

1.- Exhortan al Gobierno Nacional a atender el llamado de la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales con relación al derrame de petróleo en la Isla de Trinidad e informar al país cuáles son las acciones nacionales e internacionales que tomarán ante los daños ambientales ocurridos, desde el punto de vista técnico-ambiental, social y económico, así como el apoyo que se prestará a las comunidades y actividades afectadas, identificando los costos asociados a dichas acciones y/o medidas, y la carga de responsabilidad económico-financiera para la ejecución de las mismas

2.- Exhortan al Gobierno Nacional a aceptar el apoyo que ofrece la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales a los organismos gubernamentales competentes, para realizar las investigaciones técnicas y científicas pertinentes, junto a universidades, institutos y centros de investigación expertos en el tema.

3.- Requieren al Estado venezolano que proceda a determinar el monto de los daños causados, así como las responsabilidades correspondientes y proceder a tomar las acciones legales pertinentes en el ámbito internacional. Es inconcebible que ante un hecho tan alarmante de repercusión internacional no se haya escuchado una excusa del país desde donde se generó el desastre ecológico ni mucho menos un ofrecimiento de reparación a la Nación venezolana o a los particulares afectados.

4.- Exhortan a todos los ciudadanos, funcionarios públicos, jueces, fiscales, defensores, procuradores, trabajadores de la empresa privada, organizaciones empresariales, universidades, profesores y estudiantes, a que presten colaboración en la tarea de levantar un inventario en la zona afectada por el desastre ambiental ocurrido en las áreas costeras e insulares venezolanas, a los fines de coadyuvar en la investigación correspondiente.

Caracas, a los seis días del mes de junio de 2017.

En fe de lo cual suscriben,

Gabriel Ruan Santos  
Presidente

Luciano Lupini Bianchi  
Secretario



**PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA  
SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD  
E INCONVENCIONALIDAD  
DE LAS BASES COMICIALES DECRETADAS  
PARA LA ELECCIÓN DE LA ASAMBLEA  
NACIONAL CONSTITUYENTE.  
20 DE JUNIO DE 2017.**

1. En fecha 6 de mayo de 2017, las Academias Nacionales se pronunciaron frente al decreto presidencial que decidió convocar a una Asamblea Nacional Constituyente (ANC), en clara violación de la soberanía popular y la Constitución.

2. Posteriormente, en fecha 23 de mayo de 2017 el Presidente de la República dictó el Decreto No. 2.878 mediante el cual dictó las “Bases Comiciales” para la ANC, consistentes en once disposiciones sobre la forma y el número de integrantes por los ámbitos territoriales y sectoriales. En este sentido dispuso que la ANC tendrá una composición unicameral y solo se elegirán representantes o Constituyentes principales, en los ámbitos territorial y sectorial. El 7 de junio de 2017 se publicó en la página web oficial del Consejo Nacional Electoral (CNE) la Resolución No.170607-118 mediante la cual dicho órgano acordó aprobar las Bases Comiciales contenidas en la propuesta presentada por el Ejecutivo Nacional con unas reformas parciales puntuales.

3. En fecha 31 de mayo de 2017 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SC/TSJ), mediante la sentencia No. 378 resolvió interpretar que el Presidente sí puede convocar una ANC sin consultar al pueblo y declaró la constitucionalidad del decreto presidencial fijando las Bases Comiciales para la elección de la ANC. De esta manera la SC/TSJ también validó la no aprobación de las Bases mediante un referendo o consulta popular así como su mecanismo eleccionario “particular” mediante sectores y territorial (municipios).

4. La democracia requiere su ejercicio efectivo dentro de un marco de respeto al Estado de Derecho y a los derechos humanos. En contraste con ello, las Bases Comiciales de la ANC impuestas por el Presidente de la República, adoptadas por el CNE y validadas por la SC/TSJ, configuran un fraude constitucional y una usurpación de la soberanía popular; y así mismo, violan la Constitución y los instrumentos sobre

derechos humanos por cuanto transgreden los principios de universalidad e igualdad del sufragio.

5. En efecto, el poder constituyente consiste en la facultad que tiene un pueblo para darse su Constitución. Por ello, conforme al principio democrático le corresponde al pueblo, en cuanto titular de la soberanía, el ejercicio indiscutible del poder constituyente. En este sentido la Constitución de Venezuela de 1999 dispone que el pueblo como depositario del poder constituyente originario, es quien puede convocar una ANC (art. 347). El Presidente de la República es simplemente uno de los órganos del Poder Público constituido que tiene la iniciativa (art. 348) para convocar al pueblo a una consulta popular, a fin de que éste decida sobre la aprobación de la convocatoria a la ANC y en su caso, las Bases Comiciales.

6. De conformidad con el artículo 5 constitucional, 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. Por ello, los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos. Desde la dimensión del derecho ciudadano a la participación política, este principio fundamental es reconocido constitucionalmente como el derecho de todos los ciudadanos a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes elegidos (art.62). De allí que la Constitución establezca los siguientes medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: el referendo, la consulta popular, la elección de cargos públicos, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos (art. 70).

7. Además de los vicios anteriormente señalados, el contenido mismo de las Bases Comiciales decretadas por el Presidente Maduro y aprobadas por el CNE con el visto bueno de la SC/TSJ, es contrario a los principios constitucionales y convencionales (internacionales) del sufragio a través de votaciones universales, libres e iguales.

8. Las Bases Comiciales al dividir parcialmente a los electores en siete (7) sectores (campesinos y pescadores, personas con discapacidad,

empresarios, estudiantes de universidades públicas, privadas y Misiones, trabajadores, pensionados y representantes de Comunas y Consejos Comunales) para elegir 174 Constituyentes, violan el principio de la universalidad del sufragio. En efecto, para la elección de un cuerpo deliberante nacional, el sufragio debe organizarse por circuitos electorales de base poblacional, que en caso de un Estado federal como Venezuela (art.4), lo procedente es que se organice por los veintitrés estados miembros de la unión más el Distrito Capital.

9. La sola idea de la división por sectores de los ciudadanos para poder ejercer el derecho al sufragio, viola la universalidad del sufragio. Esta “sectorialización” de la elección para la ANC rompe con la conquista de la democracia de la universalidad del voto para representar al conjunto de la población del circuito electoral. La única excepción aceptada por las constituciones latinoamericanas y el Derecho Internacional, es el de los representantes de los pueblos indígenas, por razones de su preexistencia, historia pre-hispánica, cosmovisión, cultura, religión, idioma y demás particularidades propias, que ha permitido que también constitucionalmente se reconozcan a los Estados como multiétnicos y pluriculturales (vgr., art.125, Constitución).

10. Conforme a las Bases Comiciales, la elección de Constituyentes en el ámbito sectorial, sólo pueden ejercerla tanto de manera activa (elegir) como de manera pasiva (ser electos), los ciudadanos que integran esos grupos taxativamente. En otras palabras, los ciudadanos venezolanos que no integran alguno de esos sectores, no pueden votar ni ser electos. Ello configura una fractura de la soberanía popular contraria a los principios fundamentales republicanos y de la democracia (arts. 2, 3, 5, 6 y 7, Constitución).

11. Pero además de lo anterior, las Bases Comiciales introducen la exclusión general del derecho a postularse como candidatos a todos los venezolanos por naturalización y a los venezolanos por nacimiento que posean otra nacionalidad. En efecto, conforme a la Base Séptima, numeral 1, tanto del decreto presidencial como de la resolución del CNE, exige ser “venezolana o venezolano por nacimiento, sin otra nacionalidad”. Se trata claramente de una exclusión inconstitucional e inconvencional, discriminatoria por arbitraria, irrazonable y desproporcionada. Conforme a la Constitución, “todos” los venezolanos mayores

de 18 años de edad ejercen la ciudadanía, y en consecuencia, son titulares de derechos y deberes políticos (art.39). Cualquier otra restricción o exclusión o discriminación para ocupar funciones o cargos públicos entre ciudadanos venezolanos que no sean las dispuestas expresamente en la Constitución viola el principio de igualdad ciudadana por ser discriminatoria.

12. Siendo la ANC un cuerpo representativo nacional, sus miembros deben representar a la población nacional; y tratándose de un Estado federal, la representación debe organizarse con base al porcentaje de la población en cada estado y el Distrito Capital.

13. Por otro lado, las Bases Comiciales decretadas por el Presidente Maduro, que fueron adoptadas por el CNE y validadas por la SC/TSJ, asignaron la representación territorial de trescientos sesenta y cuatro (364) Constituyentes a los “municipios” como entidades político-territoriales, con prescindencia de su base poblacional. La representación territorial de la ANC prácticamente es en su mayoría (2/3 partes) una especie de asamblea de municipios y no de la población de éstos. Ello viola el principio de representación del pueblo y de los estados en su conjunto (art. 201, C), para convertir a la ANC en una representación de la persona jurídico territorial de los municipios con independencia de su base poblacional. Por ello, este sistema impuesto por las Bases Comiciales presidenciales igualmente viola el principio de la representación de la población sobre la base poblacional de cada uno de los veintitrés estados y el Distrito Capital (art.16, C) del Estado venezolano como Estado federal descentralizado (art.4).

14. Este derecho de todo ciudadano a elegir, debe respetar el principio de “una persona un voto” o lo que es lo mismo “un ciudadano un voto”. En este sentido, además de la Constitución, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, coincidente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconocen el derecho de todos los ciudadanos de 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 (art.25.b y art.23.1.b, respectivamente).

15. Esta representación “territorial” al asignar un Constituyente por municipio (dos por municipio capital de estado) con prescindencia

de la base poblacional, rompe el principio de una persona un voto. En efecto, al convertir al territorio del municipio en un circuito electoral, se distorsiona por completo la igualdad en la representación poblacional del voto, ya que cada municipio urbano es distinto en población a los otros y los municipios urbanos son distintos en población con respecto a los rurales o selváticos.

16. En conclusión:

1. Tanto la convocatoria a la ANC como las Bases Comiciales para la ANC impuestas por decreto del Presidente Maduro, luego adoptadas por el CNE y validadas por el TSJ, configuran un fraude a la Constitución y una usurpación a la soberanía popular.

2. De conformidad con la Constitución, la soberanía reside de manera intransferible en el pueblo (art.5), quien es además como depositario del poder constituyente originario el único que puede convocar a una ANC y aprobar sus Bases Comiciales (art.347). Por tanto, la convocatoria a la ANC y sus Bases Comiciales deben ser sometidas al pueblo mediante un referendo para su consideración y aprobación o rechazo. Al obviar este requisito esencial de validez, los actos de convocatoria a la ANC como las Bases Comiciales están viciados de nulidad absoluta insalvable.

3. El contenido de las Bases Comiciales viola notoriamente los principios de universalidad e igualdad del sufragio. En efecto, la imposición de candidatos y electores por “sectores” excluyentes del conjunto de los electores y la representación territorial por municipios sin proporción a la base poblacional, violan la universalidad e igualdad del voto.

En Caracas, a los veinte días del mes de junio de 2017.

En fe de lo cual suscriben,

Gabriel Ruan Santos  
Presidente

Luciano Lupini Bianchi  
Secretario

**LAS ACADEMIAS NACIONALES  
A LOS VENEZOLANOS  
Y A LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.  
30 DE JUNIO DE 2017.**

Las Academias Nacionales, preocupadas por la peligrosa situación institucional, política, social y económica que vive el país, estiman su deber pronunciarse por el restablecimiento de la paz con base en lo establecido en la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigentes.

Son motivo de gran preocupación para las Academias los resultados de recientes encuestas que reflejan el incremento de la pobreza en Venezuela. Esta afectaría al 82% de la población, la mitad en pobreza extrema. Se trata de la consecuencia de erradas políticas económicas implementadas a lo largo de varios lustros que han conducido a una devaluación sostenida de la moneda y a la inflación más alta del mundo en los últimos años, al punto de que la canasta básica familiar en el mes de mayo alcanzó casi un millón y medio de bolívares (es decir, 21,5 veces el salario mínimo). Ello hace casi imposible la sobrevivencia a la familia venezolana, valga decir, a los pobres de antes y a los empobrecidos de ahora.

El incremento de la mortalidad infantil y la materna, asociadas a la grave falta de alimento y a la pobreza, así como las notables carencias en medicamentos y servicios hospitalarios, que rondan el 85%, la reaparición de enfermedades hace tiempo erradicadas como la difteria, o largamente controladas como la malaria y la tuberculosis, complementan un cuadro que habla de un deterioro social pronunciado imposible de sobrellevar.

Estos problemas están en la raíz de las protestas populares que con tanta fuerza han ocurrido en todo el país desde el mes de abril pasado, en uso de la garantía constitucional a la manifestación pacífica, expresada en el artículo 68 de nuestra Carta Magna.

Las Academias Nacionales rechazamos de manera categórica la respuesta del Ejecutivo Nacional a tales manifestaciones, expresada



en declaraciones y comportamientos amenazantes de funcionarios del gobierno así como en la brutal y desmedida represión de la Guardia Nacional Bolivariana, la Policía Nacional Bolivariana y la actuación de cuerpos armados irregulares, que ya ha dejado un saldo trágico de más de 80 muertes -sobre todo de jóvenes y menores de edad- y miles de civiles heridos, arrestados o detenidos. De estos últimos, varias centenas han sido sometidos a tribunales militares y condenados, en abierta contravención de la Constitución y de tratados internacionales a los cuales está obligada Venezuela como signataria, que prohíben tanto el uso de armas letales para el control de manifestaciones públicas como el empleo de la jurisdicción militar en causas contra civiles. Rechazamos igualmente los allanamientos ilegales, los abusos y atropellos cometidos por los cuerpos de seguridad del Estado. Estos hechos, que parecen orientados a la conformación de un Estado represivo, violatorio de la Constitución vigente, han sido denunciados categóricamente por la Iglesia Católica y otras entidades civiles y religiosas tanto del país como del exterior.

A las motivaciones sociales que indujeron las manifestaciones iniciales de protesta se han sumado en semanas recientes los reclamos contra las inconstitucionales propuestas del Ejecutivo Nacional en el sentido de forzar un cambio constitucional divorciado de los problemas nacionales, mediante una Asamblea Nacional Constituyente espuria de índole comunal y sectorial, sin la realización previa de un referéndum consultivo. Las Academias Nacionales protestamos tal convocatoria no solo porque viola las normas constitucionales actuales sobre la materia, sino porque anula el principio del voto universal, directo y secreto vigente en Venezuela desde hace siete décadas.

Las palabras del presidente de la República el día martes 27 de junio anunciando el uso de balas cuando los votos no favorezcan la posición oficial, constituyen una amenaza inaceptable a la convivencia política pacífica y a un principio fundamental de las democracias como es la alternancia en el poder. En virtud de ello, las repudiamos y recordamos que las armas de la República deben ser para la defensa nacional y no para que una minoría trate de imponerse sobre las demás mediante la violencia.

Rechazamos asimismo las decisiones del cuestionado poder judicial que a través de múltiples sentencias, ha llegado al extremo de arrogarse atribuciones de la Asamblea Nacional y de pretender trasladar competencias constitucionales de otros poderes del Estado al ejecutivo nacional, lo cual concentraría en una sola persona o cuerpo estos poderes, como ocurre en regímenes dictatoriales.

Respaldamos las declaraciones y acciones de organismos oficiales y organizaciones públicas como la Asamblea Nacional, la Fiscalía General de la República, los partidos y organizaciones políticas que luchan por la democracia, múltiples organismos civiles y expertos en derecho constitucional que, invocando los artículos 333 y 350 de la constitución vigente, se han manifestado categóricamente en contra de la ruptura del ordenamiento constitucional perpetrado por el poder ejecutivo, con apoyo y colaboración del poder judicial.

Por todas esas razones, en esta hora compleja de la República, las Academias Nacionales hacen un llamado al cese de la represión y que los poderes públicos se apeguen de manera estricta a la constitucionalidad, la legalidad y la institucionalidad. Solo así se podrá normalizar la convivencia ciudadana, retomar las abandonadas metas de bienestar social y económico y trabajar en la construcción pacífica de un futuro más promisorio, bajo los principios universales de la democracia, la libertad y el respeto de los derechos humanos.

En Caracas, a los treinta días del mes de junio de 2017.

Horacio Biord Castillo

Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Inés Quintero Montiel

Directora de la Academia Nacional de la Historia

Gabriel Ruan Santos

Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Alfredo Díaz Bruzual

Presidente de la Academia Nacional de Medicina

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

**THE NATIONAL ACADEMIES ADDRESS  
TO THE VENEZUELAN POPULATIONS  
AND THE INTERNATIONAL COMMUNITY.  
JUNE 30, 2017.**

The National Academies, concerned over the dangerous institutional, political, social and economic situation in the nation, estimate that it is our duty to pronounce ourselves over the reestablishment of peace based on the provisions in the Constitution of the Republic and the rule of law in force.

For the Academies the results of recent surveys are a reason for great concern since they reflect an increase in poverty in Venezuela that purportedly affects 82% of the population, half of which falls under the category of extreme poverty. A consequence of flawed economic policies implemented throughout several decades which have led to the sustained devaluation of the local currency and the highest inflation rate in the world in the past few years, to the extent that the basic family basket in May reached almost one million five hundred thousand bolivars (21.5 times the minimum wage). This makes it almost impossible for Venezuelan families to survive, neither the poor people existing in the past nor the new poor people of now.

The increase in child and maternal mortality associated to the serious lack of food and to poverty, as well as the noticeable lack of medicines and hospital services, which is close to 85%, the reappearance of diseases eradicated a long time ago such as diphtheria, or for an extended time under control such as malaria and tuberculosis, are part of a state of affairs that point to a pronounced social deterioration that cannot be sustained.

These problems are at the root of the popular protests which have been so forceful all over the nation since last April in exercising the constitutional right to peaceful manifestation or protest, expressed in article 68 of our Magna Carta.

The National Academies categorically reject the response by the national branch of executive power to said manifestations, expressed

through threatening declarations and behaviors by government officials as well as the brutal and excessive repression by the National Bolivarian Guard, the National Bolivarian Police force and acts by irregular armed corps, all of which have left a tragic balance of over 80 deaths –especially of young persons and minors – and thousands of civilians who have been injured, arrested or detained. Of these latter, several hundreds have been submitted to military courts and have been convicted, openly contravening the Constitution and the international treaties Venezuela as a signatory is compelled to comply with, which prohibit the use of lethal weapons to control public protests as well as military jurisdictions in cases against civilians. We likewise reject the illegal raids and the abuses and outrages committed by state security corps. These events, which seem to be oriented towards comprising a repressive State, that violates the constitution in force, have been firmly denounced by the Catholic Church and other national and international civil and religious entities.

Coupled to the social motivations that induced the initial protests in recent weeks are claims against the unconstitutional proposals by the national branch of the executive power that is forcing a constitutional change divorced from the nation's current problems by means of a spurious communal and sectorial-based national constituent assembly without conducting apriori consultation referendum. The National Academies protest this call not only because it violates the current constitutional norms in this subject matter but because it annuls the principle of universal, direct and secret vote in force in Venezuela since seven decades.

The statement by the president of the Republic on Tuesday June 27 announcing the use of bullets if the votes do not favor the official stance constitute an unacceptable threat to peaceful political cohabitation and a fundamental democratic principle which is alternation at the helm of the State, by virtue whereof, we repudiate and recall that the weapons of the Republic must be used to defend the homeland and not for a minority to try and impose its will over the others by means of violence.

We also repeal the decisions by the questionable judiciary power which, through multiple sentences, has reached the extreme of taking

over attributions of the national assembly aiming to transfer constitutional competencies from other State powers to the national executive, which would concentrate these powers in one single person or body, as occurs in dictatorial regimes.

We endorse the declarations and actions of official agencies and public organizations such as the national assembly, the attorney general of the republic, political parties and organizations fighting for democracy, multiple civilian agencies and experts in constitutional law who, invoking articles 333 and 350 of the Constitution in force, have categorically manifested their position against the rupture of the constitutional order perpetrated by the executive power, backed and with the collaboration of the judiciary power.

For all these reasons, during these complex times in the republic, the National Academies make a call to cease the repression and for the public powers to strictly adhere to the tenets in the constitution, legality and institutionalism. Only thus can citizen cohabitation become normal again; the abandoned goals of social and economic wellbeing be taken up once more as well as the peaceful construction of a more promising future for all, based on the universal principles of democracy and freedom and respect for human rights.

In Caracas, on the 30th day of June, 2017.

Horacio Biord Castillo

President of the Venezuelan Academy of Languages

Inés Quintero Montiel

Director of the National Academy of History

Gabriel Ruan Santos

President of the Academy of Political and Social Sciences

Alfredo Díaz Bruzual

President of the National Academy of Medicine

Gioconda Cunto de San Blas  
President of the Academy of Physical, Mathematical  
and Natural Sciences

Humberto García Larralde  
President of the National Academy of Economic Sciences

Gonzalo Morales  
President of the National Academy of Engineering and Habitat



**LAS ACADEMIAS NACIONALES  
LLAMAN A SUSPENDER LA CONVOCATORIA  
DE UNA ASAMBLEA NACIONAL  
CONSTITUYENTE.  
5 DE JULIO DE 2017.**

La Academia Venezolana de la Lengua, la Academia Nacional de la Historia, la Academia Nacional de Medicina, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales, la Academia Nacional de Ciencias Económicas y la Academia de la Ingeniería y el Hábitat, han decidido declararse en sesión permanente ante la gravísima situación del país.

De acuerdo con todas las encuestas calificadas de opinión, la mayoría de la población venezolana está en desacuerdo con la convocatoria irregular e inconstitucional de una asamblea nacional constituyente sesgada. El análisis de las bases comiciales hecho por especialistas en derecho constitucional ha revelado una distorsión del sistema electoral constitucional y legal, de modo tal que el empleo combinado de los ámbitos “territorial” y “sectorial” permitirá a una minoría controlar un cuerpo (la supuesta “asamblea nacional constituyente”) que, por el contrario, debería expresar verdaderamente la voluntad popular, es decir, el sentir de la mayoría. Contra esa forma de convocatoria ya se han pronunciado instituciones tan serias y equilibradas como la Conferencia Episcopal Venezolana, universidades públicas y privadas, facultades de ciencias jurídicas, colegios de abogados y organismos gremiales de diverso orden, así como estas Academias. Personalidades como el papa Francisco, jefes y ex jefes de estado y de gobierno de países amigos, instituciones como la Organización de Naciones Unidas, Mercosur y la OEA han expresado su preocupación.

Si desoyendo la voz del pueblo y de la comunidad internacional se mantiene la convocatoria de una asamblea nacional constituyente para el 30 de julio tal como se ha hecho, el país se encaminaría al supuesto descrito en el artículo 333 de la Constitución, valga decir, hacia la derogación de la Constitución vigente por un medio distinto al previsto en ella. Tal hecho colocaría a los ciudadanos ante el deber de colaborar

para el restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución derogada. Provocar esa situación es un inadmisibles e indeseable llamado a un conflicto con dimensión trágica.

Las Academias Nacionales exigen al Poder Ejecutivo Nacional revocar la convocatoria de esa asamblea nacional constituyente en los términos efectuados, a fin de evitar un agravamiento de la delicada situación existente y mantener, en cambio, la paz de la República.

En Caracas, a los cinco días del mes de julio de 2017.

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

**PRONUNCIAMIENTO DE LAS ACADEMIAS  
NACIONALES ANTE LA ILEGÍTIMA ASAMBLEA  
NACIONAL CONSTITUYENTE.  
15 DE AGOSTO 2017.**

Las Academias Nacionales, en cumplimiento de sus mandatos de creación y en su deseo de contribuir a la mejor conducción de nuestro país, se pronuncian una vez más sobre la ilegitimidad de una mal llamada asamblea nacional constituyente, resultado de unas elecciones no solicitadas por el pueblo soberano, según lo exige la Constitución vigente en su artículo 63 en cuanto a los principios que debe regir todo sufragio para cargos populares, elecciones que además han sido admitidas como fraudulentas por el propio prestador de servicios informáticos del Consejo Nacional Electoral (CNE).

Las circunstancias de la convocatoria en violación del texto constitucional y el empeño de proseguir con una intención constituyente han sido tan patentes que han merecido el desconocimiento y la condena internacionales. Desde su instalación, esta asamblea ha pretendido constituirse en un poder supraconstitucional, asumiendo funciones propias de los poderes establecidos del Estado venezolano y decidiendo materias sobre las cuales carece de atribuciones.

Entre otras facultades usurpadas, esta asamblea ha destituido y nombrado -a conveniencia partidista- funcionarios diversos del Poder Moral, amenaza la inmunidad parlamentaria y está interfiriendo en las elecciones regionales que están claramente definidas en el texto constitucional y otras leyes al respecto, elecciones que no son una concesión gratuita del gobierno, ni mucho menos de esa asamblea, sino un derecho constitucional aplazado intencionalmente por el CNE desde el año pasado. Las actuaciones de dicha asamblea, radicalmente nulas y que apuntan al desmantelamiento de las instituciones republicanas y a instaurar una dictadura, han merecido el repudio de la Unión Europea, el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, un grupo importante de gobiernos hemisféricos y organizaciones diversas

ocupadas en temas de derechos humanos, libertad y democracia en todo el mundo.

Este quebrantamiento buscado del orden constitucional no conlleva solución alguna a los gravísimos problemas económicos y sociales que aquejan a la población venezolana en términos de inflación, seguridad, nutrición, salud, educación y ciudadanía, dentro de lo cual debemos enfatizar el irrespeto a derechos humanos fundamentales. Por el contrario, conduce a un mayor deterioro del estado de derecho sobre el cual se fundamenta el progreso justo, sano y próspero de cualquier país que se precie de desarrollado o en vías de serlo.

En tal razón, las Academias Nacionales claman por la verdadera paz para el pueblo venezolano y una vez más hacen un llamado a los poderes fácticos para que retornen al orden constitucional establecido en la Carta Magna aprobada por el pueblo en 1999, lo cual ha sido una exigencia masiva de la sociedad venezolana, apoyada por numerosas organizaciones civiles y políticas dentro y fuera de Venezuela. En la defensa de ese texto está contenida la salvaguardia de la convivencia social y política requerida para el fortalecimiento de las instituciones, de los derechos humanos, de la democracia y la libertad.

En Caracas, a los quince días del mes de agosto de 2017.

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

**PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA  
ANTE LA "LEY CONSTITUCIONAL CONTRA  
EL ODIO, POR LA CONVIVENCIA PACÍFICA  
Y LA TOLERANCIA" DICTADA  
POR LA ASAMBLEA NACIONAL  
CONSTITUYENTE.  
5 DE DICIEMBRE DE 2017.**



La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en cumplimiento de su ley de creación, expresa su rechazo a la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, por medio de la cual procedió a dictar en fecha 8 de noviembre del 2017, el acto que denomina “Ley constitucional contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia”, por causa de su origen y por lo que realmente significa el contenido de ese instrumento, más allá de su título.

En primer lugar, esta Academia reitera 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 que violaron el artículo 63 de la Constitución, en cuanto a los principios que deben regir todo sufragio para cargos populares; elecciones que han sido admitidas como fraudulentas por el propio prestador de servicios informáticos del Consejo Nacional Electoral (CNE) (ver Pronunciamiento de las Academias Nacionales de fecha 15 de agosto de 2017).

El acto que se califica como “Ley constitucional” constituye en verdad una vía de hecho, porque no sólo excede el ámbito de competencias que para una Asamblea Nacional Constituyente, debidamente convocada y elegida por el pueblo, contempla el texto constitucional vigente, toda vez que poco se relaciona con la redacción de un proyecto de Constitución, que es lo único que le correspondería realizar a una Asamblea Nacional Constituyente, sino que antes y por el contrario constituye la violación del ordenamiento constitucional e internacional y la usurpación de la competencia exclusiva de la Asamblea Nacional para dictar o modificar el marco legal que rige en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales, así como en materia penal.

Con esta actuación, la Asamblea Nacional Constituyente se arroga indebidamente un poder supraconstitucional y pretende mediante la

usurpación de las funciones del órgano legislativo nacional, anular 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.

La "Ley Constitucional contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia" es inconstitucional porque viola los artículos 187, numeral 1, y 202 (funciones legislativas de la Asamblea Nacional), los artículos 2, 3 y 7 (soberanía popular y principios del Estado de Derecho) y las garantías a los derechos humanos reguladas en los artículos 19, 20, 49, 57, 58, 62, 67 y 68 de la Constitución.

Este acto, que no tiene la condición de ley pues no emana del órgano legislativo, ni tiene carácter constitucional desde que no ha sido aprobada por el pueblo soberano, tipifica como delitos la promoción o incitación al odio, la difusión de mensajes a favor del odio y la guerra a través de medios de radio o televisión o a través de redes sociales; la negativa de cesión de espacios para la promoción de la paz; y la abstención, omisión u obstrucción de funcionarios de los cuerpos policiales o personal médico en el cumplimiento de sus disposiciones.

La vía de hecho se concreta además por la circunstancia de que a través de esta actuación se pretende crear y regular varias figuras delictivas, violándose los principios del derecho penal y las garantías constitucionales protegidas además en los tratados internacionales de derechos humanos, conforme a los cuales el delito requiere un hecho punible típico, concreto, preciso y determinado, que presupone una conducta humana objetiva y no una mera intención que deje al juzgador abierta la vía de la arbitrariedad. (Artículo 49.6 de la Constitución).

Por el incumplimiento de los preceptos establecidos en esa "Ley Constitucional" se establecen sanciones desproporcionadas de índole administrativa, electoral, tributaria e inclusive penal, tales como: la prohibición de inscripción en el Consejo Nacional Electoral de los partidos políticos; la revocatoria de concesión a los prestadores de servicio de radio y televisión; multas desde cincuenta mil a cien mil unidades tributarias; bloqueo de los portales de medios electrónicos; y hasta prisión de diez a veinte años, "sin perjuicio de la responsabilidad civil y disciplinaria por los daños causados". Además de establecer la imprescriptibilidad de las acciones destinadas a la imposición de las sanciones.

La "Ley Constitucional" es, paradójica y contrariamente a su denominación, francamente inconstitucional, por cuanto además de lo antes expresado, crea sanciones que violan la garantía constitucional del pluralismo político, el derecho de participación en los asuntos públicos y el derecho de libre asociación con fines políticos previstos en los artículos 2, 62 y 67 constitucionales, y así mismo viola la libertad de expresión prevista en el artículo 58 de la Constitución, cuando prohíbe toda propaganda y mensajes que bajo una condición subjetiva puedan ser interpretados como favorables a la guerra y apología del odio nacional (artículo 13), extendiendo esta responsabilidad al uso de las redes sociales y medios electrónicos (artículo 14).

Lo anterior, pareciera un retorno al espíritu del famoso inciso sexto del artículo 32 de la Constitución de 1936, tan criticado por tantas generaciones de venezolanos, según el cual se consideraban "contrarias a la independencia, a la forma política y a la paz social de la Nación, las doctrinas comunista y anarquista, y los que las proclamen, propaguen o practiquen serán considerados como traidores a la Patria y castigados conforme a las leyes". Así, antes como ahora, se instauraba el llamado "delito de conciencia".

En conclusión, la Asamblea Nacional Constituyente demuestra con este acto que ignora el principio de supremacía constitucional, usurpa competencias del Poder Legislativo, desconoce conceptos elementales de la técnica de elaboración del derecho, atenta contra la noción de progresividad de los derechos humanos y se convierte en un instrumento de implementación de vías de persecución de la disidencia política.

Caracas, a los cinco días del mes de diciembre de 2017.

En fe de lo cual, suscriben,

Gabriel Ruán Santos  
Presidente

Luciano Lupini Bianchi  
Secretario

# EVENTOS

**FORO:  
APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO.  
20 AÑOS DE LA MAESTRÍA EN DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO  
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL  
DE VENEZUELA CONJUNTAMENTE  
CON EL INSTITUTO DE DERECHO  
"TATIANA DE MAEKELT".  
23 DE FEBRERO DE 2017.**

**PALABRAS DE BIENVENIDA A CARGO  
DEL DR. EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN,  
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS  
POLÍTICAS Y SOCIALES.**

## **LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL PROFESOR UNIVERSITARIO**

Voy a aprovechar esta maravillosa ocasión de júbilo con motivo de la conmemoración del vigésimo aniversario del inicio de las actividades de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la UCV para dirigirme a los profesores y estudiantes universitarios que son la mayor parte de los asistentes a este foro.

Cuando decidí tratar de ser profesor universitario lo hice en la convicción de que podía serle útil al país, a su universidad y a los venezolanos. Ya mucho tiempo antes de decidirme a entrar a la carrera docente universitaria había desechado expectativas de ser un político de profesión, que es como mucho creemos que se ejerce o se tiene acceso a la función pública. Me angustiaba, como a todos, el tema económico. No sabía cómo responderme la pregunta acerca de cómo iba a procurarme el sustento propio y el familiar si un político no tiene sueldo. Así que preferí renunciar a ese camino y a esa profesión. Pero quise serle útil al país.

Me decidí a estudiar Derecho por descarte. Mi preferencia iba por la Oceanografía. Pero quería estudiar en Caracas, de tal manera que el hecho de tener padre, tío y abuelo con profesiones de abogado y procurador me llevaron a estudiar Derecho. En la Universidad descubrí a sus profesores. Algunos nunca me entusiasmaron, otros faltaban mucho o eran absolutamente impuntuales, otros menos -por suerte- ni siquiera se preocupaban por dar su materia. Pero también hubo los muy buenos, los que me enseñaron con su palabra y con su ejemplo, con su inteligencia y con su conocimiento de las cosas. A medida que avanzaba en mis estudios me di cuenta que el Derecho puede tener una inmensa utilidad para las sociedades y servir para orientar cívica y moralmente a los pueblos. También me di cuenta que los profesores eran el primer ejemplo del Derecho que reciben los abogados en formación. Y así pensé que la

labor del profesor universitario podía ayudar a formar un mejor país. De allí nació mi fantasía de tratar de ser un profesor universitario.

Pero quien quiera ser profesor debe saber que serlo requiere más que una dosis de fantasía y enfrentar las penurias económicas del profesor universitario. Ante todo hace falta conocimiento y mucho conocimiento. Y decidí aprender más y mejor. Me dediqué a estudiar y aprender. Me gradué de abogado y seguí estudiando. Tuve en esos tiempos dos grandes ejemplos: el profesor Gonzalo Parra-Aranguren y la profesora Tatiana de Maekelt. En ese mismo orden cronológico. Hoy creo que simplemente continué el camino que ellos siguieron, siguiendo ellos a su vez a quienes los precedieron, y de esa manera también sigo los pasos de Lorenzo Herrera Mendoza y de Joaquín Sánchez-Covisa, quienes fueron ejemplo para quienes para mí son ejemplo.

De tal manera, la fórmula única que he conocido para honrar esta tarea que voluntariamente hemos escogido es la de “trabajo, trabajo y más trabajo; estudio, estudio y más estudio”. Y con esto no pretendo ser original, sino tan solo repetir lo que me fue enseñado. Y así nos pusimos a escribir y a publicar nuestros trabajos para que no tengamos que decir que en nuestro Derecho no hay producción doctrinal.

Es el ejemplo de esos profesores el que nos va haciendo ser profesores. Su ejemplo de responsabilidad y compromiso por contribuir a hacer un país y una sociedad mejores, a pesar de las dificultades y aun en contra de la voluntad adversa de tantas gentes. Es su ejemplo al transmitir lo que saben con generosidad; es su ejemplo al compartir con los estudiantes interesados en aprender; es su puntualidad y su respeto por la Universidad, es su dedicación a la docencia por tanto tiempo lo que nos obliga a continuar esta tarea, que creo es una manera algo ambiciosa de hacer país.

Parfraseando a Andrés Eloy Blanco, la esencia de la “función pública” del profesor universitario está en contribuir a hacer de nuestro país un país mejor de lo que fue, mejor de lo que es y mejor de lo que habrá de ser.

Es por ello que escribir y hablar “en público” son parte de nuestra “función pública” como profesores universitarios.

Sean todos bienvenidos, y larga vida a la Maestría, joven, de tan solo veinte años.



**SESIÓN SOLEMNE CON OCASIÓN  
DE LA TOMA DE POSESIÓN DE LA DIRECTIVA  
PARA EL PERÍODO 2017-2018.  
21 DE MARZO DE 2017.**

**DISCURSO DEL ACADÉMICO  
DR. EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN  
AL ENTREGAR LA PRESIDENCIA  
DE LA CORPORACIÓN.**

## PALABRAS FINALES

### I

Vengo hoy a entregar el encargo que recibí el 19 de marzo de 2015. De esta forma cumplo con una larga tradición de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, de encomendar las tareas a una Junta Directiva por un período anual más un período adicional de igual duración, en caso de reelección.

Quiero comenzar citando las palabras de cierre de mi discurso al tomar la presidencia de esta Academia. En ese momento dije: *La Academia de Ciencias Políticas y Sociales está al servicio del país, y servir al país es un honor*. Una vez más les doy las gracias a mis colegas miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por este honor y esta oportunidad incomparable de sentirme útil a la Academia y a nuestro país. Me han acompañado en la Junta Directiva el académico Gabriel Ruan Santos, quien ahora habrá de ejercer la Presidencia, y los académicos Humberto Romero-Muci, Julio Rodríguez Berrizbeitia, Henrike Iribarren Monteverde, Alberto Arteaga Sánchez y Carlos Ayala Corao. A todos ellos muchas gracias por su apoyo. Ahora le corresponderá a la nueva Junta Directiva continuar haciendo realidad los lineamientos del plan de acción que está contenido en la Ley que nos rige, la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 1924. No puedo sino ponerme a su orden y desearles el mayor éxito posible. El éxito de la nueva junta directiva será también un éxito para todo el país.

También debo agradecer a los expresidentes de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por su apoyo y consejo durante estos años. En especial a los doctores René De Sola, Decano de los Académicos, a

mis profesores Alfredo Morles Hernández, Román Duque Corredor y Luis Cova Arria, cuyo apoyo ha sido muy significativo para mí.

## II

Con tristeza debo recordar a aquellos académicos muy apreciados que fallecieron durante los dos años de esta gestión. El Dios Todopoderoso llamó a su encuentro a seis grandes venezolanos admirables que con su esfuerzo hicieron de Venezuela todo lo que les permitió su destino. Nos corresponde a nosotros honrarlos y recordarlos para que los venezolanos que vengan y que no los conocieron personalmente sepan lo grande que podemos ser los venezolanos. Con dolor leeré sus nombres, en la misma secuencia cronológica en la que ellos fueron dejando la vida terrenal: Francisco López Herrera, Tomás Enrique Carrillo-Batalla, Enrique Tejera París, Jesús Ramón Quintero, Gonzalo Parra-Aranguren y Luis Ignacio Mendoza Páez-Pumar. Para honrar a cada uno de ellos esta Academia dictó el respectivo Acuerdo de Duelo, en cuyos textos dirigidos al público en general y a los honorables familiares de cada uno de ellos, se exaltan las más significativas contribuciones personales de cada uno de ellos al campo de las Ciencias Políticas, Sociales y Jurídicas. Esta Academia ya ha emprendido la difícil tarea de elegir a los sucesores de tan distinguidos académicos. Elegir bien es una responsabilidad de esta Academia para con todo el país.

## III

Me voy a permitir variar un poco el tono de los discursos de entrega de la Presidencia de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pues no me perdonaría dejar pasar una ocasión como esta, con tan distinguido público asistente, sin hablar de la historia y la función de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Para esto voy a tomar ideas que ya presenté en el Congreso de Academias de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, realizado en la ciudad de Asunción, Paraguay en septiembre de 2016.

## IV

Estos dos años de gestión tuvieron como actividad central la conmemoración del centenario de la creación de nuestra Academia de

Ciencias Políticas y Sociales, cuya sesión solemne se realizó el 16 de junio de 2015. Para testimoniarlo quedan los discursos pronunciados y el Libro Homenaje al Centenario, en cinco tomos y cerca de cuatro mil páginas. La responsabilidad principal le correspondió al profesor Dr. Morles Hernández como Presidente de la Comisión Organizadora de los Actos del Centenario. Al profesor Morles, mi agradecimiento. La generosidad de ciertos benefactores permitió acumular los recursos para cubrir los inmensos costos de la publicación, que no podían ser cubiertos con el presupuesto ordinario de la Academia. A ellos, otra vez más, muchas gracias.

## V

Encontrarnos con el centenario de la fundación de la Academia de Ciencias Políticas nos motivó a indagar acerca de los orígenes históricos y políticos de nuestra Academia. Hoy con satisfacción puedo decir que recuperamos el programa y los discursos pronunciados en la sesión inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por el entonces Ministro de Instrucción Pública a nombre del Ejecutivo Federal y por el Dr. Pedro Manuel Arcaya, primer presidente de nuestra Academia. El Discurso de orden del Dr. José Gil Fortoul ya era conocido con anterioridad. Recuperamos igualmente el texto del acuerdo de creación del *Premio Aranda*, el primer premio de investigación que confirió esta Academia en 1917. También hemos ido rescatando la memoria de los académicos fundadores. Organizamos sendas conferencias sobre los doctores José Santiago Rodríguez, Pedro Manuel Arcaya, Pedro María Brito González y Celestino Farrera. Ojalá que nuestros actuales y futuros académicos presten todo su entusiasmo a esta iniciativa y la continúen. También iniciamos una serie de publicaciones *online* relatando *Historias de la Academia*, las cuales tratan de los inicios y de los primeros trabajos de esta Academia y están disponibles en nuestra página web.

Pero como esta es una gran oportunidad para hablar de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales me veo en el deber de hablar acerca de qué es la Academia de Ciencias Políticas, qué hace, para qué sirve. Esto todavía la gente se lo pregunta. Por ello les voy a dirigir unas palabras acerca de *La utilidad de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*.

## VI

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales fue creada por Ley del entonces Congreso Nacional de fecha 16 de junio de 1915. Para esas fechas regentaba el poder absoluto en Venezuela el general Juan Vicente Gómez desde diciembre de 1909.

La Ley de creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales consta de trece artículos. La Academia de Ciencias Políticas y Sociales tiene el carácter de una corporación de carácter científico, además de ser una institución oficial y de utilidad pública (artículos 1, encabezamiento, y 12 de la Ley). Tiene sede en la ciudad de Caracas, aunque en un principio no tuvo asiento fijo, y desde hace más de setenta años funciona en este edificio llamado hoy Palacio de las Academias, un edificio colonial que data del siglo XVII, en lo que hasta principio de los años 1950 sirvió de campus de la Universidad Central de Venezuela. Inicialmente fue integrada por treinta individuos de número que fueron nombrados la primera vez por el Presidente de la República y, en lo sucesivo, para llenar las vacantes que ocurrieran, por la propia Academia, según lo que prescriban sus Estatutos.

La designación de los treinta individuos de número fundadores se efectuó mediante resolución ejecutiva fechada el 19 de diciembre de 1916, es decir, casi un año y medio después de promulgada la Ley de creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. La revisión de la nómina de individuos de número contenida en la resolución ejecutiva mencionada permite afirmar la íntima vinculación entre el régimen de turno y los académicos fundadores. Comenzando por el Dr. Gil Fortoul, varias veces mencionado, quien no solo fue Senador y Ministro de Instrucción Pública, sino que fungió como Presidente provisional de la República en 1914. Además, es de mencionar entre otros al Dr. Pedro Manuel Arcaya, Ministro de Relaciones Interiores, Procurador General de la República, Magistrado del máximo Tribunal y Embajador ante los Estados Unidos de América, al Dr. Carlos Jiménez Rebolledo, Ministro de Guerra y Marina y a los Dres. Esteban Gil Borges y Pedro Itriago Chacín, quienes serían Ministros de Relaciones Exteriores bajo el régimen gomecista.

La Ley de creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales fue modificada parcialmente mediante Ley de 30 de junio de 1924.

Esta es la Ley actualmente vigente. Las modificaciones de 1924 estuvieron dirigidas a aumentar a treinta y cinco el número de académicos y, especialmente, a eliminar el cargo de Secretario Perpetuo.

Además de lo anterior, la modificación de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales tomó la precaución de incorporar a los académicos electos para suceder a cuatro de los fundadores fallecidos desde la instalación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, sin necesidad de cumplir con el deber legal de presentar un trabajo de incorporación. Los cinco nuevos académicos previstos en la nueva Ley fueron electos por la propia Academia, entre ellos algunos de los más destacados juristas de la época, pero también personajes muy cercanos al régimen como Laureano Vallenilla Lanz y también eligió a un sacerdote, monseñor Dr. Nicolás Eugenio Navarro.

Las tareas que ocuparon los primeros tiempos de funcionamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales fueron las propias de todo nuevo ente, a saber, su instalación, la elaboración de sus Estatutos, la elección de su junta directiva, auspiciar premios de investigación, promover conferencias y discusiones científicas, elegir miembros correspondientes nacionales y extranjeros, acuerdos de duelo, celebrar reuniones con periodicidad. Lo usual en estos casos.

Al fallecer el general Gómez en diciembre de 1935, no hubo acuerdo de duelo. En sesión de 31 de marzo de 1936 se dejó constancia de que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, decretó la creación de una Revista trimestral que sirva de órgano de publicidad a la Academia. Tal publicación, en palabras del Presidente de la República, está llamada “a prestar, en la hora presente, valiosos servicios a la cultura nacional, por medio del sereno y metódico estudio de nuestros problemas políticos y sociales”. Valga recordar que la publicación de estudios sobre puntos determinados “en el órgano oficial de la Corporación” ya estuvo prevista en la Ley de creación de nuestra Academia (artículo 3.2). Esa Revista, bajo el título de Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales continúa circulando, llegando hoy a las ciento cincuenta y cinco ediciones.

En esos tiempos ocasionalmente la Academia de Ciencias Políticas y Sociales expresó su opinión en cuanto a proyectos de leyes o de códigos o redactó proyectos de legislación. El Ejecutivo Nacional

pocas veces acudió a la Academia para que esta última desarrollara su actividad consultiva en las materias de su especialidad. La Academia se ocupó, además, de formar su biblioteca, establecer algunas relaciones con las academias similares en el mundo y de informar acerca de sus gestiones al entonces Ministro de Instrucción Pública, hoy Ministro del Poder Popular para la Educación.

## VII

La muerte del general Gómez trajo consigo que los más conspicuos de los funcionarios del régimen tuvieran que ausentarse del país, y entre ellos algunos de los académicos. La Academia no opinó al respecto, prefirió ver los necesarios cambios sin ánimo protagónico. 1936 ha sido considerado en Venezuela el año en que Venezuela llegó al siglo XX. En ese año 1936 fallecieron dos académicos fundadores, de reconocida participación durante el régimen gomecista, los Dres. Pedro Itriago Chacín y Manuel Alfredo Vargas. Para cubrir la vacante del primero fue electo el Dr. Carlos Álamo Ibarra, destacado internacionalista y para cubrir la vacante del segundo fue electo el Dr. Félix Montes. Este último había tenido la mala fortuna de haber sido propuesto como candidato a Presidente de la República para el período 1914-1919 por un aguerrido periodista opositor, un verdadero héroe civil y uno de los venezolanos más valientes que ha vivido en esta tierra, Rafael Arévalo González. La elección del Dr. Montes marcó un claro distanciamiento entre la Academia y sus orígenes gomecistas.

Los años siguientes, sin embargo, no marcaron un cambio significativo respecto de lo emprendido en los años pasados. En 1945 se produjo la elección como académico de un nuevo dirigente político, también destacado jurista. Se trató del Dr. Rafael Caldera Rodríguez, quien además de ser detenido alguna vez por fuerzas del Estado, sufrió algún atentado físico. Pero la Academia guardó silencio al respecto. Al ser electo Caldera Presidente de la República en 1968, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales le extendió un acuerdo de felicitación. También uno de sus miembros, el Dr. Arturo Uslar Pietri fue candidato presidencial en alguna oportunidad.

Los cambios políticos acontecidos desde 1945 y hasta 1958 no trajeron alteraciones a los trabajos de la Academia de Ciencias Políticas y



Sociales. Es digno de mencionar que en la sesión del 16 de diciembre de 1957, a unas cinco semanas de que se produjera el derrocamiento del dictador Pérez Jiménez, fue electo por unanimidad quien ocupaba para esa fecha el cargo de Ministro de Educación.

### VIII

Fue a partir de 1980 que la Academia de Ciencias Políticas comenzó a desarrollar una actividad más próxima a la realidad del país y a asumir una suerte de competencia consultiva espontánea y no esperar requerimientos oficiales que no llegaban. Una buena parte de las opiniones de la Academia de Ciencias políticas se han reunido en un volumen intitulado *Doctrina Académica Institucional. Pronunciamientos (1980-2012)*. Estamos seguros de que le seguirán otros volúmenes más.

La reconstrucción institucional del país, que si es necesaria y que si es una exigencia de los venezolanos, supone revisar la legislación y tomar correctivos importantes. El sistema de justicia venezolano se ha venido desarticulando y descomponiendo aún más en los últimos tiempos por la acción conjunta de todos los poderes públicos. El Legislativo con sus leyes desacertadas o como ahora sin poder legislar, el Ejecutivo al manipular los otros Poderes Públicos, y el propio Poder Judicial, en particular, a través de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al querer modificar con sus interpretaciones no solo la legislación ordinaria, sino la propia Constitución.

Ya la Academia de Ciencias Políticas y Sociales se ha pronunciado varias veces acerca de estos graves asuntos y de muchos más que por razones de tiempo no cubrimos en detalle. La Academia alzó su voz no solo cuando mediante una cadena interminable de expropiaciones prácticamente se destruyó el aparato productivo nacional y se quiso desaparecer el más básico y esencial derecho de propiedad privada. Las expropiaciones en Venezuela son un flagelo perjudicial a la economía nacional. Por ello la Academia no pudo sino reclamar ante las expropiaciones de bienes singulares como sanción a posibles faltas o delitos.

Reclamó también la creación de delitos y la modificación del proceso penal por vía de decretos ejecutivos dictados en ejecución de leyes habilitantes; reclamó ante el desconocimiento del Estado de Derecho y la violación de derechos fundamentales en nuestro país; expresó su

criterio ante la desinstitucionalización del Sistema de Justicia producido por la Ley Orgánica del Sistema de Justicia de 2009, se quejó del Oficio de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia que prohibió o limitó la práctica de medidas cautelares y ejecutivas en materia de inmuebles destinados a vivienda o habitación. Alzó su voz cuando los tribunales venezolanos decidieron no acatar las decisiones del Sistema Interamericano de Justicia y cuando Venezuela se retiró de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se volvió a quejar ante el discurso de apertura del año judicial 2012, en el que el Tribunal Supremo de Justicia renunció a ser un tribunal. Junto con otras academias nacionales, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales rechazó la decisión del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional que afectó la autonomía universitaria al darle la Sala el espaldarazo a las políticas que las oficinas gubernamentales adelantan en contra de la autonomía universitaria, ordenándole a las universidades nacionales admitir la totalidad de los nuevos alumnos postulados. Esta es la verdadera razón de un paro universitario durante el año 2016, junto con el legítimo reclamo de una digna compensación por la labor docente y de investigación de los docentes universitarios. La Academia se volvió a quejar aun antes de consumarse el irregular proceso de elección de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia en diciembre de 2015. El 27 de enero de 2016 comparecimos ante la Comisión Especial de la Asamblea Nacional que averigua esta irregular elección y consignamos informe por escrito. Nos opusimos a la reforma del Código de Procedimiento Civil y junto a las demás academias nacionales nos pusimos a la orden de Venezuela y de la nueva legislatura de la Asamblea Nacional con ocasión de los resultados de las elecciones del 6 de diciembre, pero no fuimos recibidos por la Junta Directiva de la Asamblea Nacional en ejercicio durante el año 2016. El 25 de febrero del año pasado emitimos un nuevo pronunciamiento expresando nuestra opinión acerca de la sentencia de la Sala Constitucional de 11 de febrero de ese mismo año, respecto del control político del Decreto Ejecutivo de Emergencia Económica, mediante la cual se reescriben nuevamente las claras reglas constitucionales. El 30 de mayo de 2016 expresamos nuestra opinión acerca de la inconstitucionalidad del Decreto 2323 mediante el cual, en evidente fraude a la Constitución, se dicta un Estado de Excepción y de

Emergencia Económica. El 6 de julio hicimos público nuestro parecer acerca de la vejación sufrida por un grupo de seminaristas en la ciudad de Mérida, que fueron desnudados y obligados a correr por las calles de la ciudad sin que la autoridad tomara medida alguna. El 11 de julio criticamos severamente la sentencia No. 473 de 14 de junio de 2016, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que le niega legitimidad a la Asamblea Nacional para actuar en los procesos judiciales en los que es parte y el 13 del mismo mes, junto con las demás academias nacionales exigimos el respeto de las instituciones electorales.

Y seguiremos opinando tanto como sea necesario para contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho en nuestro país. El 5 de octubre del año pasado nos expresamos ante el retardo en el deber del Consejo Nacional Electoral de convocar a elecciones de gobernadores y legisladores estatales y en esa misma fecha también lo hicimos ante el incumplimiento del art. 72 de la Constitución por parte del Consejo Nacional Electoral. El día 20 de ese mes de octubre expresamos nuestra opinión acerca de la aprobación del presupuesto nacional para el año 2017, sin la intervención, por ley formal, de la Asamblea Nacional y al día siguiente, junto con todas las Academias Nacionales nos dirigimos a todos los venezolanos 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. La reclamación limítrofe del Territorio Esequibo ha estado constantemente en nuestras preocupaciones: varias veces nos pronunciamos acerca de las pretensiones guyanesas sobre el Territorio Esequibo y la fachada atlántica venezolana en donde se han venido realizando trabajos por parte de empresas privadas con el apoyo del gobierno de Guyana en desconocimiento de los derechos venezolanos sobre tales áreas. Incluso nos hemos dirigido a la Ministra de Relaciones Exteriores señalando nuestra preocupación. Hace unos pocos días le hablamos al país acerca de la gravedad del Decreto que crea la Misión Justicia Socialista que violenta la autonomía universitaria y la independencia del Poder Judicial y discrimina a los docentes y estudiantes del Derecho del país. Creo que no desaprovechamos oportunidad para cumplir con nuestra función de órganos asesores de

los Podres del Estado. Quiero también recordar que junto con la Academia Nacional de la Historia celebramos, por primera vez en nuestra historia, el aniversario del inicio de la enseñanza del Derecho en Venezuela. Recordamos los inicios de esta tarea pero también hablamos de su proyección hacia el futuro, porque hay que recordar que el Derecho, como ninguna otra ciencia, tiene una inmensa utilidad moral para la sociedad. Esas ponencias quedaron recogidas en el libro *300 años del inicio de la enseñanza del Derecho en Venezuela*. Creamos nuevos premios de investigación para Tesis de Grado y Trabajos de Ascenso en el Escalafón Universitario, que junto con los premios para profesionales y para estudiantes, tienen hoy en día una mejor dotación económica, gracias a patrocinantes particulares. Y también recordamos los 70 años del Estatuto Electoral de 1946 que le confirió el voto a la mujer venezolana a nivel nacional.

Hoy también ratificamos el título que tienen las academias nacionales a ocupar este Palacio de las Academias; sede a la cual tienen derecho legítimo e incontestable derivado de los títulos de la Universidad Central de Venezuela.

La Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en su versión de 1924, establece que en “la Ley de Presupuesto se fijará la cantidad mensual para el sostenimiento de la Corporación” (artículo 13). Pues bien, en los últimos quince años el presupuesto se ha ido achicando. Durante unos años fue reconducido, a pesar de la galopante inflación y la depreciación del Bolívar frente a las monedas extranjeras. Para este año 2017, el presupuesto anual de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales llega a unos 30 millones de Bolívares. Con esa cantidad se cubren sueldos y salarios del personal administrativo y de biblioteca, pues los cargos de académicos son ad-honorem, y otros gastos preestablecidos, incluyendo además teléfono, internet, página web, correo, etc. Adicionalmente, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales tiene que colaborar con los gastos de mantenimiento del Palacio de las Academias. Para esto último no hay una asignación presupuestaria directa del Estado. Como es sabido el 13 de enero este Palacio fue vejado. Los malhechores hurtaron equipos de todas las academias que hacen vida en el Palacio. Este mismo Paraninfo fue ultrajado. La acción de los cuerpos policiales y de investigación, que agradecemos, ya ha

producido resultados y se han recuperado algunos equipos, pero la mayoría son inservibles. Solicitamos vigilancia y protección al Ministerio de Educación, al Instituto del Patrimonio Cultural y al Ministerio de Relaciones Interiores, pero no hemos tenido respuesta. En febrero de este año nos visitaron funcionarios de la Superintendencia de Bienes Públicos y fueron informados de los actos vandálicos. La financiación de las publicaciones es una tragedia. Solo nos salva la generosidad de los particulares y no podemos cobrar por servicio alguno, salvo los costos mínimos de fotocopias.

Las publicaciones se venden a precios muy módicos y se obsequian a todos los organismos públicos. Los últimos números del Boletín han sido costeados por algunos académicos. La labor del académico Dr. Rafael Badell, como miembro del Comité Editorial, y el apoyo de la abogada Patricia Martínez de Fortoul, han sido determinantes en la actualización del Boletín ya listos hasta el año 2016. No hay dinero presupuestado para adquirir nuevas publicaciones o suscribirse a revistas y boletines nacionales o extranjeros.

La colaboración diaria de todo el personal de la Academia de Ciencias Políticas y del Palacio de las Academias ha sido también fundamental. Es una tranquilidad saber que contamos en nuestras oficinas administrativas con la experiencia y competencia de las señoras Evelyn Barboza, Clara Yegres, Graciela Blanco y el señor Christian Laya, y en la Biblioteca de nuestra Academia contamos con las profesoras licenciadas Beatriz Martínez e Irani Durán, con la señora Eva Calles y con nuestra pasante del Centro de Investigaciones Jurídicas la estudiante de Derecho Arantxa Cabrera. También mi agradecimiento al Dr. Antonio Machado-Allison, Presidente de la Fundación Palacio de las Academias y al Ing. Juan Romero, Gerente de la Fundación, por estar siempre pendientes de todo lo que pasa en este histórico Palacio.

Durante estos dos años tuve además la inmensa fortuna de servir como coordinador/ presidente del Comité de Academias Nacionales o Comité Interacadémico. Tuve ocasión de compartir e interactuar con todos los presidentes o directores de las Academias Nacionales y ese contacto contribuyó al fortalecimiento de los vínculos entre todas las Academias Nacionales. Ahora somos más. Soy un hombre afortunado; muy afortunado. Le doy las gracias a los doctores Claudio Bifano

(ACFIMAN), Luis Mata Mollejas (ANCE), Harry Acquatella (ANM) y Manuel Torres Parra (ANIH) quienes me propusieron para ese encargo en julio de 2015 y también a mis actuales colegas del Comité, los doctores Gioconda de San Blas (ACFIMAN), Inés Quintero (ANH), Alfredo Díaz Bruzual (ANM), Horacio Biord (AVL), Humberto García Larralde (ANCE) y Gonzalo Morales (ANIH). Me he sentido muy honrado al compartir estas tareas con ustedes. Y también ustedes saben que sigo a sus órdenes. Con ustedes he aprendido a conocer otras dimensiones de la responsabilidad de ser un académico.

Antes de concluir quiero que Uxua sepa que esta aventura tan divertida -y a veces tan emocionante- solo ha sido posible con una mujer como tú, que me ha enseñado el significado de la palabra amor: Querer apasionadamente el bien del otro.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ya centenaria, es ahora más consciente de su deber con el país y sus ciudadanos. No vive apartada del diario acontecer, sino que junto con el país sufre el descalabro institucional, económico y moral auspiciado desde las entrañas del Estado. En medio de todo este marasmo colectivo, sin recursos, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales trata de orientar, a su leal saber y entender, las decisiones más importantes en las áreas de su especialidad.

Por eso debo repetir en este discurso las mismas palabras con las que terminé hace dos años y que repetí al inicio de esta intervención de hoy:

*La Academia de Ciencias Políticas y Sociales está al servicio del país, y servir al país es un honor.*

Al descender de esta tribuna no lo haré para sentirme liberado de responsabilidades, sino para sentirme más responsable de lo que puede y debe hacer esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales para beneficio del país y de todos los venezolanos.

**DISCURSO DEL ACADÉMICO  
PROF. GABRIEL RUAN SANTOS,  
PRESIDENTE ELECTO  
PARA EL NUEVO PERÍODO.**

Agradezco con humildad y sinceridad a todos los integrantes e individuos de número de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el haberme elegido para presidir su Junta Directiva para el período 2017-2018; pero interpreto mi aceptación a esta decisión, no como un homenaje o como una consagración académica, sino al igual que lo hice con mi incorporación a la Academia -hace más de doce años- como la asunción de un serio compromiso con mi país, con esta Corporación y con las personas que me han elegido, y ruego a Dios que pueda yo corresponder a este honor que no he pedido, porque se encuentra por encima de mis merecimientos, y que no he rehusado porque es un deber cívico y moral aceptar la responsabilidad que implica. Si al momento de mi incorporación la mayor responsabilidad fue suceder dignamente en el sillón 26 al doctor Tomás Polanco Alcántara, no dudo ahora al pensar que la mayor responsabilidad que genera mi elección es la de continuar la excelente gestión de la Junta Directiva saliente, presidida brillantemente por el doctor Eugenio Hernández-Bretón, a quien rindo homenaje en este acto, e integrada por un equipo al cual pertenecí conjuntamente con los académicos Humberto Romero-Muci, Julio Rodríguez Berrizbeitia, Alberto Arteaga, Henrique Iribarren Monteverde, Jesús Ramón Quintero (ya fallecido) y Carlos Ayala Corao, del cual me siento muy orgulloso. Lo cual no demerita mi cooperación en las directivas precedentes presididas por los académicos Luis Cova Arria y Enrique Lagrange, respectivamente, de las cuales guardo gratísimos recuerdos y honda satisfacción.

La nueva Junta Directiva, que hoy toma posesión y que me honra presentar, está integrada, además de mí, como Presidente, por el doctor Humberto Romero-Muci, como Primer Vicepresidente; el doctor Julio Rodríguez Berrizbeitia, como Segundo Vicepresidente; el doctor Luciano Lupini Bianchi, como Secretario; el doctor Rafael Badell Madrid,



como Tesorero; y el doctor Carlos Ayala Corao, como Bibliotecario. Todos ellos representativos de la excelencia en varias áreas del derecho, poseedores de un amplio conocimiento de las ciencias jurídicas, de una conocida trayectoria profesional y de un alto nivel de cultura, atributos que hacen gala del sitial de nuestra Corporación, como cúspide en Venezuela del saber académico en las ciencias políticas y sociales. Con ellos y con el resto de los académicos se desarrollará un trabajo en equipo, que conjugue los esfuerzos de todos y permita el funcionamiento de la Academia como un cuerpo solidario.

Iniciamos este año con la impronta de la incertidumbre y de la amenaza a nuestra institución. Por una parte, el presupuesto oficial de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, como persona jurídica de derecho público, se ha hecho insuficiente para alcanzar sus fines, pues en los últimos períodos han sido aumentadas únicamente las partidas de gastos del personal administrativo para cumplir escasamente con los incrementos salariales decretados por el Ejecutivo Nacional, pero no así las demás partidas de gastos, que se han visto disminuidas ostensiblemente por recortes generales y específicos del presupuesto nacional y por el efecto erosivo de la inflación. A lo cual se añade el notorio retardo que han sufrido los pagos, por el atraso en el suministro de los dozavos o fondos para honrar los compromisos presupuestarios. Por otra parte, nuestra Academia, al igual que las demás academias nacionales alojadas en este histórico palacio, fue víctima del feroz vandalismo de los asaltantes que penetraron en el mismo en la madrugada del sábado 14 de enero de este año, rompiendo una de sus puertas, llevándose casi todos sus equipos de computación, algunos aparatos para el uso del personal y pertenencias de los empleados, al tiempo que regaban por el suelo el contenido de sus archivadores, salvándose afortunadamente la biblioteca y el inventario de libros. Estos lamentables acontecimientos nos exigirán un considerable esfuerzo económico y administrativo para recuperar plenamente el nivel de funcionamiento de la Academia, al punto que pudiera alcanzar el de los años pasados, y preservarla de la eventual repetición de los mencionados hechos calamitosos. Para lo cual habrá que pensar y ejecutar soluciones que posiblemente comprometerán la creatividad y capacidad de los académicos. Como el

araguaney, la acacia o el apamate, tendremos que florecer en temporada de sequía.

No obstante lo anterior, los académicos integrantes de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, al igual que los de las demás academias nacionales, tenemos la firme voluntad de continuar en la tarea de cumplir con los objetivos y fines de nuestra institución centenaria y de no dejarnos amedrentar por las restricciones presupuestarias ni por los embates de la delincuencia, que tantas víctimas ha tenido en la sociedad venezolana actual. Por ello, la presente circunstancia nos da la ocasión de recordar los orígenes históricos más relevantes de esta Academia y la impronta que han dejado en su desarrollo, con la finalidad de recargar su energía vital y tener la fuerza espiritual indispensable para afrontar las dificultades del presente. Sin olvidar que los hechos pertenecen a su tiempo y en él deben quedar, pero los procesos históricos en los cuales se insertan permiten atisbar las claves del presente y probable futuro.

El ejemplo de dos grandes hombres de leyes, egresados de la Universidad de Caracas, venezolanos pertenecientes a una clase media profesional surgida en el período colonial, estrechamente vinculados a la formación de la nacionalidad y la patria, defensores del derecho, la justicia y la civilidad, han sido los inspiradores primordiales de esta Academia, así como también de las efímeras instituciones que la precedieron en su existencia: nos referimos a Juan Germán Roscio y a Miguel José Sanz.

Juan Germán Roscio fue el principal ideólogo de la emancipación y propagandista incansable de la nueva República; protagonista de los hechos del 19 de abril de 1810, como diputado del pueblo; redactor del reglamento para elegir a los diputados del Congreso Constituyente de 1811, el cual ha sido destacado por su carácter altamente representativo; principal redactor del Acta de Independencia del 5 de julio de 1811 y de la primera Constitución de Venezuela promulgada el 21 de diciembre de 1811. Roscio fue considerado por Manuel Pérez Vila como “el alma de la revolución de Caracas” y por Andrés Bello como “padre, maestro y defensor de la naciente libertad”. Este año se cumplen doscientos años de la publicación de su famosa obra *Triunfo de la Libertad sobre el Despotismo*, publicada en Filadelfia en el año 1817, luego de su

liberación de las prisiones de Fernando VII. Conmemoración que debe marcar la pauta de la actividad de esta Academia en el presente año.

Miguel José Sanz, luego de haber sido funcionario de la corona española y decano del Colegio de Abogados de Caracas, se convierte también en uno de los principales ideólogos de la emancipación, que en sus inicios fue un proceso netamente jurídico y civil. Fue redactor de muchos de los actos legislativos de la administración monárquica y posteriormente de la nueva República, lo que hizo que el cronista francés Francois Depons le llamara “El Licurgo de Venezuela”, imagen que no impidió que fuera Secretario de Guerra y Marina de la Primera República y luego de la Capitulación de San Mateo en 1812 fuera reducido a prisión por insurrecto en los calabozos de Puerto Cabello. Al salir de la prisión en 1813, se incorporó de nuevo a la causa republicana y perdió la vida en la batalla de Urica en 1814.

Deja mucho que pensar para el presente que vivimos en Venezuela que Roscio y Sanz, no obstante su profunda mística civilista y de hombres de derecho, no desistieron nunca de su credo republicano rebelde, el cual defendieron no sólo con el talento de su intelecto sino con las armas de las fuerzas patrióticas, frente a la dura persecución de las fuerzas realistas. Nunca despreciaron la vía militar ante la frustración total del camino pacífico y jurídico propuesto para alcanzar la república civil. Son reveladoras de su frustración civilista las frases angustiosas escritas por Roscio, desde su exilio en Jamaica en 1816: “Yo quisiera más bien obrar con las armas en la mano para vengar los agravios de la patria que escribir más de lo que he escrito. Nunca fue ésta mi profesión; pero ella lo debe ser de todo hombre que ame la libertad y que aspira a darla a sus semejantes”. Repito, algo para meditar.

Si bien es cierto que la creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en 1915, se debe a la iniciativa de dos grandes juristas del régimen gomecista, José Gil Fortoul y Pedro Manuel Arcaya, no es menos cierto que sus orígenes históricos son muy anteriores, se remontan al siglo XVIII y se asocian a la concepción del derecho como defensa de la libertad, a través de la ley. Por ello, comparto la opinión del doctor José Ignacio Hernández cuando afirma que “la Academia de Derecho Público y Español –fundada en 1790– puede ser considerada el antecedente inmediato de la Academia de Ciencias Políticas y

Sociales”, a pesar de la falta de continuidad en el tiempo y las rupturas en la evolución histórica que se interponen entre ambas instituciones.

Es Miguel José Sanz, precisamente, quien pronuncia el discurso inaugural de la Academia de Derecho Público y Español el 8 de diciembre de 1790. Ese discurso marca el inicio abierto de la *modernidad* en Venezuela, como afirma el historiador Elías Pino Iturrieta, citado por Hernández, pues en ese documento se proponía una nueva concepción del poder político, superando el derecho divino de los reyes. La Ley es *reconceptualizada* y valorada como la “*expresión de la representación racional de la soberanía popular*” y no como expresión de la voluntad del monarca. De esta forma, la Ley pasará a ser la coraza de la libertad, antes que el mandato del gobernante. Este concepto de Ley – como bien ha sostenido José Ignacio Hernández- será asumido por la Constitución de 1811, cuyo espíritu siempre ha querido ser rescatado por los venezolanos de todas las épocas.

A nuestro juicio, la diferencia esencial entre la Academia de Derecho Público y Español (1790) y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1915) es que la primera nace como una extensión del Colegio de Abogados de Caracas, como un cuerpo destinado al estudio y difusión del derecho, para dar una *mayor erudición* a los abogados, mientras que la segunda nace como una institución asesora del Poder Legislativo Nacional y de la Administración Pública, es decir, más cercana al poder político que al gremio jurídico, pero centradas ambas en el estudio y recta formación de las leyes. Es muy probable que este carácter con el que nace nuestra Academia haya condicionado su actuación durante los años de la autocracia del general Juan Vicente Gómez y la haya confinado en una tarea meramente técnica y protocolar. Pero esto no determinó fatalmente su evolución, pues no obstante haber nacido al amparo de una dictadura, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales siempre ha estado al servicio del Estado de Derecho como ideal republicano, aunque el entorno político no haya sido siempre favorable a ese ideal.

Rogelio Pérez Perdomo, historiador y sociólogo del derecho, ha hecho un severo balance de su existencia:

“...a pesar de su papel de legitimación del régimen dictatorial, la Academia sobrevivió al gomecismo y continuó su labor propiamente académica. Fueron pocos los juristas académicos que quedaron

marcados como colaboradores de la dictadura. En un país donde la continuidad institucional no ha sido la regla, es importante que la Academia lograra superar la difícil etapa inicial y se mantuviera como una institución que promueve el conocimiento y honra a quienes lo producen y difunden. No siempre lo ha hecho con acierto, pues toda institución es falible, pero la permanencia ha permitido transformaciones importantes y la Academia de hoy cumple mejor sus funciones de apoyo a la investigación y también defiende los valores del Estado de Derecho”.

Llegado a este punto, no puedo menos que compartir la posición del doctor Eugenio Hernández-Bretón en su discurso para el IX Congreso de Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales, celebrado el pasado año en Asunción, Paraguay, en el cual resalta la participación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela en el acontecer nacional a partir de los años ochenta del siglo pasado, en el fragor de múltiples controversias jurídicas generadas por hechos políticos y sociales de gran trascendencia, mediante los múltiples acuerdos y pronunciamientos publicados y recogidos en la Doctrina Académica Institucional 1980-2012, así como en los años posteriores, eficientemente reseñados por el doctor Hernández-Bretón en ese discurso y en el que acaba de pronunciar como presidente saliente de esta Academia.

El programa de esta nueva junta directiva tiene que comenzar necesariamente por dar *continuidad* a la brillante gestión de la junta saliente, de la cual somos solidarios quienes hoy asumimos los cargos respectivos, así como también de la labor de las juntas que la han precedido. Nos referimos a la divulgación permanente de las ciencias jurídicas, políticas y sociales; a la discusión constante de todas las cuestiones que afectan al Estado de Derecho, a los derechos humanos y a las garantías constitucionales; a la defensa jurídica de nuestras fronteras, aguas territoriales y plataforma continental, y en especial, al reclamo del territorio de la cuenca del río Esequibo; a la digitalización de las publicaciones jurídicas venezolanas; al desarrollo de la página web de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales; a la promoción de los premios académicos que otorga periódicamente la institución, para estimular la juventud estudiosa y la producción de obras jurídicas, sociológicas y politológicas nacionales; al apoyo a la actividad de nuestra biblioteca “Andrés Aguilar Mawdsley”, dirigida eficientemente por la licenciada Beatriz

Martínez; a la publicación oportuna del Boletín anual de nuestra Academia, bien sea de forma digital o física, según lo permitan los recursos; al fomento de la actividad de la Fundación Juan Germán Roscio, gracias a la cual se han distribuido y difundido las publicaciones de esta Academia, sobre todo en muchos lugares de Caracas y de otras ciudades del interior del país, con el trabajo de la señora Evelyn Barboza y de su eficiente equipo de secretaría; a la celebración de convenios con otras academias y universidades para la realización de actividades conjuntas; a la organización y presentación de foros, seminarios y conferencias destinados a tratar los temas de actualidad jurídica; a la celebración de actos solemnes que rindan homenaje y difundan la imagen y pensamiento de los personajes ilustres del derecho y la abogacía, y demás ciencias políticas y sociales, para formación y orientación de los jóvenes y fortalecimiento de la civilidad en Venezuela; a la declaración de la posición ética y jurídica de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales frente a los acontecimientos de trascendencia pública; a la consolidación de los vínculos con las otras academias nacionales y el funcionamiento del comité inter-académico; al mantenimiento físico de este palacio, con nuestra participación en la Fundación Palacio de las Academias; a las relaciones con las universidades del país, para reforzar la unión del sector académico nacional; al reconocimiento y honra de la obra docente y académica de los más destacados juristas de la República; en fin, se dará continuidad a todas las actividades que han destacado en los años recientes de esta Academia, que a nuestro entender es la mayor responsabilidad de este nuevo equipo que entra hoy en funciones.

Como parte de su continuidad institucional y de sus fines legales, nuestra Academia se verá obligada a examinar y a tomar posición jurídica y ética frente a los hechos más prominentes del contexto nacional que le conciernen, como lo ha venido haciendo en los últimos años, con riesgo de verse atacada por factores políticos, a pesar de no tener la condición de “actor político”. Su objetivo será la búsqueda de una senda reconstructiva frente a la crisis institucional del país.

En primer lugar, destacamos en el contexto nacional el conflicto que se ha instaurado entre las ramas del Poder Público y que amenaza suprimir definitivamente la vigencia de la Constitución, la existencia de la Asamblea Nacional y el menguante régimen de legalidad que

subsiste. Es notorio y escandaloso el desconocimiento de las facultades constitucionales propias e inderogables de la Asamblea Nacional, por parte del Ejecutivo Nacional y el Tribunal Supremo de Justicia durante el año 2016, luego de conocerse el resultado de la elección de los diputados el día 6 de diciembre de 2015, que dio la mayoría parlamentaria a los partidos políticos opositores, y desde antes de que las nuevas autoridades de la Asamblea asumieran sus cargos, en una suerte de emboscada madrugadora, con la elección de buena parte de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, sin haber cumplido con los requisitos constitucionales y reglamentarios para ello.

Nuestra Academia se ha pronunciado en numerosas ocasiones en contra del asedio jurídico, político y económico a la Asamblea Nacional y acerca de la usurpación de sus funciones en materia de legislación, de control de la administración pública, de regulación de su funcionamiento, de la aprobación del presupuesto nacional, de la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y de los rectores del Consejo Nacional Electoral; así como también acerca de las declaraciones de estados de excepción absolutas e indefinidas y sin fundamentos constitucionales válidos, que han sido adoptadas por el Presidente de la República y sobre el desconocimiento del derecho al voto de los ciudadanos venezolanos, por parte del Consejo Nacional Electoral; en todos los casos con el apoyo de sentencias acomodaticias de la Sala Constitucional. Ha clamado la Academia, en unión con el resto de las academias nacionales, por el respeto de la separación de poderes, abiertamente pisoteada por la colusión entre el Ejecutivo Nacional y el Tribunal Supremo de Justicia, y lo seguirá haciendo.

Pues bien, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, no cejará en su empeño por la restitución del funcionamiento democrático de los poderes públicos y del respeto de los derechos humanos y garantías constitucionales de los ciudadanos de este país. Continuará ofreciendo su apoyo técnico y profesional a la Asamblea Nacional, aunque muchos políticos no tengan conciencia de su valor, sin perjuicio de hacerlo también al Ejecutivo Nacional y al Tribunal Supremo de Justicia, si ello fuere solicitado por estos poderes.

Los académicos integrantes de esta Corporación no dejaremos de hacer la crítica a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, hasta

conseguir su rectificación de acuerdo con los principios y normas de la Constitución. Esta Academia ha entendido que muy poco se verían satisfechos los cometidos de la institución, si esta última se limitara a la difusión de las categorías jurídicas, divorciada de su aplicación real en el presente de Venezuela. Aunque conscientes de nuestras limitaciones legales y materiales, no estamos dispuestos a vegetar entre tecnicismos y prácticas protocolares indiferentes de lo que ocurre en nuestro entorno, como ya lo decía el doctor Rogelio Pérez Perdomo, en relación a ciertas etapas de la historia de la Academia.

Especial preocupación ha provocado en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el Decreto N° 2.718 de fecha 7 de febrero de 2017, expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se autoriza la creación de la “Gran Misión de Justicia Socialista”, el cual parece instaurar la ideologización de la justicia, al margen y aún en contra de los valores proclamados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que no podrían ser los de una parcialidad política, así como también contra el “Sistema de Justicia” y su estructura establecidos en el texto constitucional. 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 la administración de justicia en su totalidad a los dictados del “Plan de la Patria, Proyecto Nacional Simón Bolívar, Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019”, con el propósito de producir una revolución socialista dentro de ella, tendente además, a la creación de un poder constituyente popular que desplace paulatinamente a los órganos del Poder Público de sus actuales funciones constitucionales. La Misión tendrá por objetivos el desarrollo de un “nuevo derecho” sustentado en principios políticos extraños a la Constitución y al servicio de la política socialista y antiimperialista. Para ello, la Misión promoverá la concepción de una nueva profesión de abogado, dotado de una ética no mercantilista ni capitalista, suerte de ejercicio colectivo de la profesión, que se apoyará para su formación exclusivamente en la Universidad Bolivariana y omitirá a todas las demás universidades nacionales y privadas. Y lo más importante, lo que demuestra que no es un desplante retórico del gobierno, la Misión contará con un cúmulo de recursos financieros importante, que en estos



años han sido negados precisamente a las universidades nacionales, y con la instrumentación del Tribunal Supremo de Justicia y la Escuela de la Magistratura para integrar su organización.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ya se ha pronunciado sobre el tema y ha comenzado a estudiar los alcances de esta Misión de Justicia Socialista, y ha concurrido a la instalación de la Subcomisión de Régimen Político y Administración de Justicia de la Asamblea Nacional, a la cual prestará todo su apoyo para la preservación de los valores constitucionales de independencia y autonomía del Sistema de Justicia estructurado en la Constitución, el cual no permite la interferencia de ideologías ni organismos como la que se propone introducir esta Misión partidaria. Nuestra Academia se propone más bien la recuperación del Poder Judicial y en ello pondrá toda su energía para buscar su adcentamiento, reestructuración y adecuación a los valores de una sana administración de justicia. En este sentido, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y las asociaciones civiles Un Estado de Derecho y Acceso a la Justicia realizarán un foro de una o varias jornadas destinado a tratar la situación del Poder Judicial y las iniciativas necesarias para su reconstrucción. Así, bajo el título “Un Nuevo Poder Judicial para Venezuela” y con la participación de calificados conferencistas en la materia, como los doctores Carlos Ayala, Alberto Arteaga, Luis Alfonso Herrera, Laura Louza, Francisco Delgado y otros, serán expuestos estudios recientes sobre el rol institucional de los jueces o su papel en la sociedad actual, la independencia y autonomía del Poder Judicial, la imparcialidad de los jueces, la carrera y el régimen disciplinario de la judicatura, la formación y capacitación de los jueces y otros temas de importancia para la recuperación de esta rama esencial del Poder Público.

En el mismo sentido, nuestra Academia participará de la promoción del anteproyecto de Código de Derecho Penal Internacional, destinado a dar acceso a nuestro país a la “justicia universal”, para garantía de los derechos humanos y el castigo de los delitos atroces contra la humanidad; iniciativa que ha sido planteada ante la Asamblea Nacional por el conocido penalista venezolano Fernando Fernández, con el apoyo de prestigiosas organizaciones no gubernamentales.

No estará ausente la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de los trabajos necesarios para apoyar a la Asamblea Nacional en la redacción de un Código de Procedimiento Civil acorde con las necesidades actuales del país y los avances de la ciencia procesal en el mundo; esfuerzo que no sólo abarque la jurisdicción civil sino las demás jurisdicciones que requieren atención de parte de las universidades y los juristas especializados. En este aspecto, se deberá evaluar con ponderación y sin ideologismos partidistas la participación y control social de la colectividad en los juicios que se desarrollen por ante el Poder Judicial o ante la jurisdicción de paz. En la misma senda, se dará espacio a la revisión del Código Orgánico Tributario, con la finalidad de restablecer el equilibrio entre la Administración Tributaria y los contribuyentes en el conocimiento de las disputas que se presentan en la aplicación de las leyes tributarias, mediante el fortalecimiento de los poderes del juez tributario, como sujeto imparcial en la resolución de los conflictos, frente a los poderes excesivos otorgados a la Administración por la reforma del año 2014, que han incrementado las oportunidades para la corrupción; revisión que servirá también para dar paso a la aplicación real de los procedimientos para la solución alternativa de los conflictos, como la conciliación, la transacción y el arbitraje tributarios, que otorguen transparencia a los acuerdos con la Administración, que faciliten la recaudación de los tributos y no el crecimiento de la corrupción.

La Academia se propone continuar con los foros, seminarios y conferencias para convocar a los gremios de juristas, politólogos y sociólogos, y al público en general, a reflexionar y debatir sobre nuevos temas o sobre innovaciones o nuevos desarrollos de viejas discusiones.

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 grupos 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.

Con semejante interés nos proponemos tener eventos sobre la actividad de seguros en Venezuela, la cual atraviesa por una crisis debido a los impactos de la inflación y de las nuevas concepciones acerca de la legislación aseguradora y en especial del contrato de seguro. También ponderamos altamente el interés sobre la contratación en la industria y el comercio de los hidrocarburos, materia esencial en nuestro país, tanto para el derecho público como para el derecho privado, para la economía y para la política. Sobre todo por el impacto que ha sufrido esta materia a nivel internacional y por el secreto con que ha sido manejada por los centros de poder, debido a las presiones de la llamada geopolítica.

Por similares motivos, esta Academia prestará atención a los contratos que han sido celebrados para el desarrollo del llamado “Arco Mi-nero” de Venezuela, con particular atención del interés nacional involucrado en ellos, desde los aspectos económico, político y ecológico. Para lo cual buscará la concertación con otras academias nacionales, como son la Academia de Ciencias Económicas y la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales, junto con las cuales se han emitido importantes pronunciamientos.

Se realizará foro propuesto por la Asociación Venezolana de Derecho Tributario para analizar el impacto de la inflación sobre la tributación y la cuestionable decisión política de abolir mediante decreto ley, en la coyuntura que atraviesa el país, el régimen de ajuste por inflación para la mayoría de las empresas; así como también, el manejo que se ha hecho de la unidad tributaria como medida del impacto inflacionario en el área tributaria y en otras de la economía nacional.

Dada la trascendencia económica y social para todo el país, cuya recuperación clama por la cuestión laboral, la Academia deberá ocuparse de la legislación del trabajo, al igual que lo hizo con ocasión del dictado del Decreto Ley de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores

y las Trabajadoras, en el año 2012, durante el cual se realizaron tres foros de intensa discusión en la sala de sesiones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre esa polémica y unilateral reforma, con participación de juristas de todas las corrientes del pensamiento laboralista.

Conjuntamente con la Academia Nacional de la Historia, se realizará evento para insistir en la defensa de la posición jurídica de Venezuela frente a Guyana, nuevamente amenazada por la reciente iniciativa del Secretario General de la ONU, de llevar el caso de la disputa por el Esequibo a la Corte Internacional de Justicia, si fracasaran -en el término de un año- los buenos oficios de un nuevo designado, con lo cual se pretende someter a un término de caducidad inexistente el Acuerdo de Ginebra de 1966, como ya lo ha denunciado nuestra Academia.

Desde luego que estas propuestas no excluyen la posibilidad de que se organicen eventos en otras materias y disciplinas, no sólo de actualidad sino en las que haya algún interés de reflexionar para rescatar o relanzar inquietudes de conocimiento científico y soluciones profesionales. En este sentido, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales continuará prestando apoyo a los eventos y publicaciones en materias como la propiedad intelectual, la transferencia de tecnología, la legislación de protección de los derechos de la mujer, el derecho mercantil, el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho parlamentario, el derecho marítimo, el arbitraje comercial, los estudios de ciencia política y otras de similar importancia.

Con entusiasmo, nuestra Academia recibirá la incorporación de los nuevos académicos elegidos en el año 2016: el doctor Jesús María Casal, el doctor Carlos Eduardo Acedo, el doctor Guillermo Gorrín y la doctora Cecilia Sosa. Igualmente, procederá a la elección reglamentaria de los académicos que habrán de sustituir a los doctores Gonzalo Parra Aranguren y Luis Ignacio Mendoza Páez-Pumar, lamentablemente fallecidos en fecha reciente.

Con igual entusiasmo, nuestra Academia celebra el otorgamiento al doctor Alfredo Morles Hernández, aquí presente, exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, del título de doctor honoris causa en derecho de esa prestigiosa universidad,

hecho que lo enaltece personalmente y es motivo de gran orgullo para esta Academia.

En nombre de todos los integrantes de la nueva junta directiva y en el mío propio, manifiesto reconocimiento y más que eso agradecimiento, a quienes han sido presidentes de esta Academia y aún nos acompañan en vida: al doctor René de Sola, decano de los académicos, al doctor José Muci-Abraham, al doctor Allan Brewer-Carías, en su alejamiento forzoso de la patria, a la doctora Hildegard Rondón de Sansó, al doctor Alfredo Morles Hernández, al doctor Román Duque Corredor, al doctor Enrique Lagrange, al doctor Luis Cova Arria y al doctor Eugenio Hernández-Bretón, cuyas gestiones al frente de esta Corporación fueron trascendentes para alcanzar sus fines y la posición que actualmente tiene entre las academias nacionales. Una excepción necesaria hay que hacer de dos personas ya fallecidas, la doctora Tatiana de Maekel y de su hija la doctora Irene Valera, presidente y directora ejecutiva de esta Academia, respectivamente, a cuyas gestiones debemos principalmente el orden y la disciplina en su funcionamiento.

Permítaseme particularmente, recordar con profundo respeto, afecto y agradecimiento a los doctores José Melich Orsini, Tomás Carrillo Batalla, José Luis Aguilar y Gustavo Planchart Manrique, ya fallecidos, tras haber tenido una fecunda vida, quienes también presidieron esta Academia, guiaron mi carrera profesional en varias etapas de ella, fueron ejemplo de excelencia y promovieron mi elección para el ingreso en esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el año 2003.

No podría cerrar estas palabras sin recordar y agradecer a mi esposa Vilma Torres de Ruan y a mis hijos, Simón y Valeria Ruan, a mis padres ya fallecidos, el profesor Hugo Ruan y la señora Conchita Santos de Ruan, a mi familia, a mis antiguos y actuales socios en las firmas Mathison, Lupini, Ruan y Araque, Reyna, Sosa, Viso y Asociados, respectivamente, a mis profesores, exalumnos y colegas, especialmente a los *tributaristas*, y a mis amigos, por todo el apoyo y calor humano recibido, que siempre me han acompañado en la vida. Y a todos ustedes que nos acompañan en este día.

Muchas gracias.

**PRESENTACIÓN DE LA OBRA:  
"COMPENDIO DE NORMAS Y ESTÁNDARES  
NACIONALES E INTERNACIONALES  
SOBRE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD".  
28 DE ABRIL DE 2017.**

**PALABRAS DEL ACADÉMICO  
GABRIEL RUAN SANTOS,  
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS  
POLÍTICAS Y SOCIALES.**

Para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales es un honor la presentación del libro *Compendio de Normas y Estándares Nacionales e Internacionales Sobre Personas Privadas de Libertad* compilado por el equipo del Observatorio Venezolano de Prisiones presidido por el doctor Humberto Prado. Se trata de una obra de búsqueda y ordenación de todas las normas, prácticas, doctrina y jurisprudencia relativas al régimen de las personas privadas de libertad y en particular, aquellas recluidas en las cárceles en todo el mundo. Es una excelente obra de referencia para ser utilizada por todos los investigadores y operadores del régimen penitenciario, con el objeto de integrar un manual normativo y proporcionar un ágil instrumento de apoyo. Por lo que no puedo dejar de señalar que implica la generosidad propia de toda obra de este tipo, elaborada para el trabajo de los demás y no para la divulgación de las propias ideas.

El libro contiene un panorama global de la normativa penitenciaria en el mundo, desde las declaraciones más importantes de derechos humanos, pasando por las normas y prácticas internacionales y nacionales relativas a la privación de libertad, así como también los dictámenes y sentencias relevantes en el ámbito del derecho penitenciario. Así, el trabajo comprende el Sistema Universal, el Sistema Europeo, el Sistema Africano, el Sistema Interamericano y el Sistema Venezolano, y las recomendaciones, sentencias y decisiones sobre el tema, expuestos en forma sistemática y geográfica y con la finalidad de humanizar el sistema carcelario en general y preservar la dignidad de las personas humanas de los presos, que suelen ser los olvidados de la sociedad. Sin por ello dejar de lado el objetivo de defensa social implícito en todo régimen de privación de libertad.

Dicho esto, me permito dar satisfacción a los deseos de algunos académicos de nuestra Corporación, entre cuyos fines está rescatar para



la memoria social la vida y obra de los científicos y profesionales en las ciencias jurídicas y sociales que han trascendido en Venezuela. Dichos académicos han sugerido que en este acto se recuerde la figura del profesor Elio Gómez Grillo, un jurista que fue uno de los precursores más destacados de la investigación, desarrollo y divulgación del derecho penitenciario en nuestro país. Elio Gómez Grillo nació en Maracaibo en 1924 y falleció en Caracas en 2014, y sobresalió como abogado, como criminólogo y como docente universitario y de educación media. Precisamente, en el ámbito de la educación media, el profesor Gómez Grillo fue compañero de trabajo de mi padre, el profesor Hugo Ruan, cuando era docente del Liceo Santa María, institución muy conocida en la Caracas de los años cuarenta y cincuenta, la cual dirigía mi padre; así como también en el Instituto Pedagógico de Caracas, en los tiempos en que mi padre fue docente de docentes y Gómez Grillo un aplicado estudiante. Por ello, este recordatorio es para mí motivo de profundo agrado.

Elio Gómez Grillo egresó del Instituto Pedagógico de Caracas en 1949 y de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela en 1954, de allí que se pueda decir que fue un maestro antes que un abogado. Ejerció la Cátedra de Derecho Penal en la UCV desde 1958 hasta 1980. Fue fundador de dos instituciones muy importantes en materia penitenciaria y criminológica: El Instituto Universitario Nacional IUNEP en 1992 y el Instituto de Estudios Criminológicos de la Universidad Simón Bolívar, años después. Tuvo una extensa obra, entre cuyos títulos destaco: Introducción a la Criminología; Los Delincuentes de Caracas; Diario de la Criminología; Los Delitos y las Penas en los Países Socialistas; Las Penas y las Cárceles; Evolución de la Delincuencia en Venezuela; Filosofía de la Educación; y Prosa de Prisa para Presos.

Cumplido este recordatorio, sólo me queda manifestar mi profunda admiración por quienes se dedican a la disciplina del régimen carcelario y defienden los derechos humanos de los presos, quienes podrían ser considerados como “los condenados de la tierra”, con parodia de la famosa frase del conocido escritor Franz Fanon, sobre todo en nuestro país, donde son víctimas no sólo de sus carceleros sino de otros presos llamados “pranes”.

Éxito para esta nueva obra.

**PRESENTACIÓN DE LA OBRA:  
"ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL  
TRIBUTARIO VIVO"  
(EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA)  
DEL PROFESOR  
ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO.  
16 DE MAYO DE 2017.**

**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 honor la presentación en este recinto de la obra estelar del doctor Alberto Blanco Uribe, que lleva por título Estudios de Derecho procesal Vivo, la cual contiene el intenso trabajo académico y docente del autor, que acumula más de treinta años de trabajo intelectual y de escritura, con un producto bibliográfico que ha llegado a colocarle entre los doctrinarios más reconocidos en Venezuela en Derecho Constitucional, en Derecho Tributario, en Derecho Administrativo y en Derecho Procesal.

Para mí, es especialmente placentero este acto, porque me une a Alberto Blanco Uribe una vieja y estrecha amistad que comienza en el aula, desde los tiempos en que fui su profesor de Derecho Administrativo en el año setenta y nueve del pasado siglo, lo cual me permitió sembrar conocimientos e inquietudes en una mente despierta, fresca y dinámica, como la de aquel joven que fue mi alumno. Entre mis recuerdos destaco el siguiente: algunos años después (1986) Blanco Uribe publicó uno de sus primeros trabajos en la Revista de Derecho Público sobre la Ejecutoriedad de los Actos Administrativos, dentro del cual incluyó un sugestivo capítulo sobre la “presunción de legitimidad” de que gozan esos actos. Sobre todo destaco un párrafo en el cual Blanco Uribe señalaba -con mucha seguridad- que “la presunción de legitimidad de los actos administrativos no se encuentra establecida expresamente en ninguna disposición legal. Su contenido y vigencia se desprende del análisis sistemático de las diversas disposiciones constitucionales y legales que regulan la actividad administrativa...” Todavía el legislador venezolano no se ha atrevido a formularla expresamente. Este ha sido siempre un tema polémico para mí y confieso que sus reflexiones influyeron en forma importante en la posición que adopté a fines de los años noventa acerca de tal presunción y sobre todo, del efecto que le atribuye la doctrina tradicional relativa a la pretendida inversión de la carga de

la prueba, para favorecer a la Administración en sus conflictos con los ciudadanos. La experiencia de litigio y el estudio del “derecho vivo”, poblado de muchas decisiones injustas, me llevaron entonces junto con Blanco Uribe a analizar con profundidad la supuesta presunción y a combatir la doctrina tradicional en el tópico específico. Lo demás es historia conocida por muchos de ustedes.

Blanco Uribe nos dice que su trabajo siempre ha estado orientado por la defensa de la libertad y por el enfoque realista o “vivo” -como él lo llama- de su análisis jurídico. En cuanto a lo primero, nos dice que sus enfoques esenciales han sido determinados por la necesidad de “alegar y argumentar en defensa de sus patrocinados, pero desde la perspectiva de la teoría general de los derechos humanos, de la visualización del tribunal como garantía de la libertad, de la constitucionalización del proceso, siguiendo en esto último la idea del proceso como herramienta para la consecución de la justicia”. En cuanto al “derecho vivo”, Blanco Uribe nos dice que toda su obra ha sido determinada “por su experiencia adquirida en estrados... más que desarrollar concepciones desde una metodología rigurosamente teórica, lo que siempre he perseguido es el análisis en el acontecer cotidiano del enfrentamiento entre el deber ser normativo y la práctica... ...Encarar el estudio de un derecho denominado normalmente *en movimiento*...” Reconoce la inspiración de su madre la profesora Mariolga Quintero Tirado, brillante docente, formidable litigante y fecunda escritora del Derecho Procesal, quien sembró en él la “semilla del derecho vivo”, fruto del encuentro de la norma con la experiencia real. También me unió a la doctora Quintero una larga amistad desde mis tiempos estudiantiles. De manera que hoy celebro la obra de ambos.

El denso volumen que recoge lo mejor de la producción de Alberto Blanco Uribe, comprende treinta trabajos de óptima calidad investigativa y reflexiva, que seguramente comentará el prologuista de la obra. Con el perdón del público asistente, me permito en este momento destacar personalmente una de ellas: “El Recurso Contencioso Tributario en las Líneas de Gabriel Ruan”. Además de hacer un sabio análisis de un trabajo mío escrito en el año 1985, sin caer en anacronismo y apreciando el texto de acuerdo con la época en que fue escrito, con el propósito de salvar lo que conserva vigencia en ese texto, Alberto Blanco Uribe

me hace este generoso reconocimiento: "...en ese año académico 1979, Gabriel me inculcó para siempre y sin saberlo, el interés por el Derecho Público en general y por el Derecho Administrativo en particular... Lo más resaltante que destaco de sus aportes académicos a mi persona, en aquellos tiempos, fue su enseñanza acerca del carácter eminentemente libertario del Derecho Administrativo, aunado a su rol como elemento limitante del poder y garante del Estado de Derecho". Gracias amigo.

Para finalizar, observo en este libro el claro propósito de reafirmar el carácter libertario del Derecho Administrativo y lo celebro con satisfacción, al mismo tiempo que deseo a esta publicación de la Editorial Jurídica Venezolana el mayor éxito editorial.

Muchas gracias por su atención.

Gabriel Ruan Santos.

Caracas, mayo de 2017.

**PRESENTACIÓN A CARGO  
DEL DR. HUMBERTO-ROMERO-MUCI,  
PRIMER VICEPRESIDENTE DE LA ACADEMIA  
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

Señor Dr. Gabriel Ruan Santos,  
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales  
Señores Numerarios integrantes de la Junta Directiva y demás Colegas  
Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.  
Señor Dr. Manuel Iturbe,  
Secretario de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana  
de Derecho Tributario y demás colegas tributaristas.  
Señor Dr. Alberto Blanco Uribe Quintero  
Señor Ingeniero Gustavo Quintero Tirado  
y Señora Doctora Mariela Rey de Quintero.  
Señor Profesores, queridos Estudiantes  
Señoras, Señores

**Estudios de Derecho Procesal Tributario vivo** es la crónica que compila una extensa y minuciosa exploración intelectual llevada a cabo a lo largo de 30 años de actividad académica, por su autor, Alberto Blanco-Uribe Quintero. El título no es casual, sintetiza en 30 artículos monográficos, sistemáticamente reunidos, sus convicciones intelectuales y vitales con el derecho procesal tributario, haciendo evidente que, el tema es su pasión y su vida.

Pero hay mucho más. Se trata de una obra **viva**, no porque sea un cuerpo animado, sino porque, como diría el Maestro Norberto Bobbio, “... [en esta obra] sopla el espíritu de una ética de la libertad sinceramente vivida por el autor”. Una obra en la que se entretujan continuamente problemas de la teoría del Derecho Procesal Tributario, derechos fundamentales, crítica y práctica jurídica, enriquecida por la experiencia intensa y seriamente vivida por el autor en el ejercicio de su actividad profesional como docente y litigante. Fiel a su estilo, Blanco-Uribe Quintero, nos expone el análisis de los fundamentos científicos



y éticos del Derecho Procesal Tributario vigente, pero también de la praxis judicial de nuestro país, “...**huyendo de los vicios típicos de una teoría sin controles empíricos y de una práctica sin principios, y sin perder nunca de vista la multiplicidad de problemas afrontados**”. Acomete este empeño con gran maestría, haciéndose y notable la coherencia entre los temas en estudios, pero haciendo siempre presente la idea central del “**Derecho Vivo**”, esto es, del derecho que efectivamente rige, el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento, no el que está fría y limitadamente escrito en los textos normativos.

Nuestro autor es militante de la visión filosófica del **iusconstitucionalismo** y particularmente del **garantismo**, que afirma la validez del derecho como corrección conforme a la Constitución, en cuanto efectividad de los derechos fundamentales. Por tanto, no tiene nada que ver con el legalismo, con el formalismo o con el procesalismo. Antes bien, procura asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los derechos y del derecho tributario en particular.

Este libro tiene su iniciativa en una constatación personal sobre la amplitud, erudición y utilidad de la obra de Alberto Blanco-Uribe Quintero en materia del Derecho Procesal Tributario.

En un exceso de amistad le propuse al autor la edición y publicación en una obra de conjunto que integrara el material de su autoría, hasta entonces disponible en forma dispersa. Tuve el privilegio de contar a este respecto, con la singular ayuda de mi eficiente y distinguida discípula abogada Isabel Rada.

El objetivo de la obra fue convertirla -como en efecto lo es- en una contribución inestimable a la bibliografía jurídica nacional. Una contribución oportuna en tiempos en que padecemos una (i) regulación procesal que degrada las posibilidades de defensa de los contribuyentes en las situaciones de conflicto judicial con las Administraciones tributarias, (ii) de una regulación procesal que ha creado y robustecido privilegios y prerrogativas procesales injustificadamente a favor del Fisco, tanto administrativas, como judiciales. Así lo confirma la abyecta e inconstitucional reforma del Código Orgánico Tributario de 2014.

Nuestro autor, Alberto Blanco-Uribe Quintero, es un jurista de excepción, de estirpe y de tradición. Un abogado culto, formado seriamente en las prácticas comunicativas del dialogo, de la razón, de la argumentación, abierto a una visión plural y multidisciplinaria de la realidad.

El interés de Alberto Blanco-Uribe Quintero por el Derecho Procesal, podríamos decir, viene predeterminado desde el vientre materno. La experiencia formativa del Derecho Procesal integró parte ineludible del hogar doméstico en cada sobremesa y tertulia familiar. Es hijo de la connotada procesalista Venezolana Dra. Mariolga Quintero Tirado, quien fuera profesora de Derecho Procesal Civil en las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello, y esposa del eminente litigante y profesor de Derecho Procesal Civil, Dr. Miguel Santana Mujica.

Sus padres, sin duda, le sembraron el amor por lo que también ellos denominaban el **“Derecho Vivo”**, esto es, el **“Derecho Efectivo”** y **“Tras la Justicia”** y consecuentemente, la vocación hacia el ajedrez judicial, la argumentación jurídica, el debate intelectual sano, ético y de altura, cincelados todos con los mismos principios de rectitud, patriotismo y voluntad para la acción que informaron el hogar que les sirvió de fragua.

Al comenzar la carrera de Derecho en la Universidad Central de Venezuela, podría decirse que su plan de vida profesional y académica ya se encontraba trazado. A su formación se agregaron convenientemente la influencia virtuosa que tuvieron en él sus profesores de Derecho Administrativo I y de Derecho Administrativo II, los Dres. Gabriel Ruan Santos y Cecilia Sosa Gómez, hoy conspicuos numerarios de esta Corporación. Por confesiones personales del autor, sé que la orientación de estos maestros, quizás, aún sin saberlo, lo dirigieron hacia el Derecho Procesal Administrativo. De igual forma fue decisivo el estímulo generado por su profesor de Finanzas Públicas, el Dr. Jaime Parra Pérez. La influencia de todos estos eminentes juristas, a lo largo de sus primeros diez años de ejercicio profesional, terminaría por enrumbarlo hacia el Derecho Procesal Tributario.

Sus estudios de postgrado en (i) la Universidad Central de Venezuela en Derecho Administrativo, en (ii) la Universidad Robert Schuman en Francia, en Derecho Constitucional, en Derecho Administrativo, en Derecho Tributario y en Derecho Ambiental, y finalmente en (iii) la Universidad de Castilla-La Mancha en España, en Derechos Humanos y Garantías Constitucionales, le permitieron profundizar más en los dominios de la ciencia procesal, desde la perspectiva tanto de la idea de constitucionalización del proceso, como propiamente del Derecho Procesal Constitucional.

La teoría general del proceso, la teoría general de los derechos humanos, los principios **pro homine** y **pro actione**, y los valores del Estado Constitucional de Derecho, han determinado su pensamiento jurídico, y fundamentado su acción académica, siempre presente en sus Cátedras de Pregrado en Derecho Constitucional y de Postgrado en Derecho Procesal Tributario; e igualmente, en los quehaceres de los que ha formado parte como miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

En este sentido, desde muy breves artículos de carácter reflexivo, pasando por artículos en revistas jurídicas y monografías, desde la década de los años 80, ha escrito diversos trabajos en el campo del control concentrado y difuso de la constitucionalidad de los actos con Rango de Ley y en lo relativo a la acción de amparo constitucional; y lo propio puede decirse sobre otros aspectos vinculados a la teoría general de la jurisdicción, al sistema judicialista, a la tutela judicial de los intereses difusos y colectivos, a la legitimación procesal activa, y tantos otros.

Empero, es sin duda, en el Derecho Procesal Tributario, donde el pensamiento del autor ha encontrado mayor dedicación y extensión en su quehacer como profesor y litigante.

La obra que hoy presentamos, se encuentra dividida en cinco bloques temáticos. El primero, sobre derecho constitucional tributario, el segundo, sobre el derecho procesal tributario, el tercero, sobre las pruebas en el derecho tributario, el cuarto, sobre resolución alternativa de conflictos en el derecho tributario y el quinto, sobre derecho penal tributario.

Por causa de brevedad, no me puedo referir a todos los artículos, pero si puedo señalar, entre ellos, algunos de los más relevantes, que

han sido fuente de consulta obligatoria entre colegas y fundamento de decisiones judiciales.

- “El Recurso Contencioso Tributario en el Derecho Procesal”.
- “El Principio de Libertad Probatorio en el Proceso Tributario”.
- “Valor probatorio del expediente administrativo, en el proceso tributario”
- “Régimen jurídico de las pruebas en el procedimiento administrativo tributario”.
- “Las Posibilidades Arbitrales en el Ámbito Tributario”.
- “La muerte prenatal de la transacción judicial y la existencia inmaterial de la transacción extrajudicial en el Código Orgánico Tributario”.
- “El Amparo Constitucional Tributario. Nueva Reflexión a la Luz de la Constitución de 1999, del COT 2001 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia”.
- “Los Derechos del Contribuyente en la Constitución de 1999”.
- “La necesidad de un estatuto del contribuyente frente al ejercicio de potestad tributaria”.
- “La eliminación de los efectos suspensivos de los recursos tributarios. Una inconstitucionalidad”.

“Las acciones colectivas en el Proceso Tributario”.

- “Medidas cautelares para asegurar el cobro de la deuda tributaria”.
- “Los jueces tributarios y el control de constitucionalidad”.
- “No existe una tal <interpretación correctiva>, a cargo de los jueces. Artículo 263 del COT”.
- “Costas, Daños y Perjuicios en el proceso tributario”.
- “Inmotivación Y/O Falso Supuesto, en el Proceso Tributario”.
- “Privilegios y Prerrogativas Procesales del Estado en la Justicia Contencioso Tributaria”.
- “Juicio Ejecutivo o enrevesamiento jurídico”.
- “La Desjudicialización del Proceso Tributario”.

En la Venezuela de hoy vivimos una radical ruptura del orden constitucional que ha destruido el Estado de Derecho y acabado con la

institucionalidad democrática. 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 impúdica y delirante. Privan la falacia jurídica, 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 decimonónico principio según el cual **“no hay tributación, sin representación”**, ha sido ilegítimamente desaplicado mediante constantes delegaciones legislativas en el Ejecutivo Nacional, a través del expediente de Leyes habilitantes y más recientemente con la declaratoria de “emergencia económica” coonestada por la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia. Los tributos son creaciones caprichosas, inconsultas, arbitrarias, incoherentes. Esto lo comprueban los aproximadamente 275 Decretos leyes 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 LISR, la subestimación radical y la postergación del ajuste de la Unidad Tributaria. Y lo más perverso: La galopante inflación, el impuesto más regresivo e inconsulto. Con razón se ha dicho que: **“La inflación es el termómetro de la pérdida de los derechos individuales y el termómetro del aumento del poder estatal”**.

Todo esto configura un cuadro de degradación y relativización de los derechos constitucionales a contribuir conforme a la capacidad económica efectiva, la prohibición de discriminación, la prohibición de confiscación, 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.

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 en la emboscada, frente a cualquier fiscalización, del **“tener que pagar primero y solo poder reclamar después”**. Campo fecundo para la arbitrariedad y la corrupción.

Definitivamente son tiempos de regresión y primitivismo, de hemiplejía moral. El Derecho Procesal Administrativo, incluido el Tributario, no son excepción. Por eso, frente a la masiva destrucción de las instituciones jurídicas de cada día, la trayectoria de excelencia en la obra intelectual y en la intachable ejecutoria personal de Alberto Blanco-Uribe Quintero, 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.

Por lo pronto, nuestro autor continúa su compromiso vital para seguir en este rumbo de reflexión y creación intelectual inspirado en la justicia, de una justicia que pretende ponerle coto a esos poderes ajenos a los controles, a esos poderes desorbitados que tienden a convertirse, a falta de reglas, en **“poderes salvajes”**, como lo señalaba el Barón de Montesquieu y lo recuerda el Maestro Ferrajoli. Así los enfrenta ejemplarmente, Alberto Blanco Uribe Quintero, sin titubeos, según el ideal de la lucha por el **“Derecho Vivo”**.

Señoras, Señores, por su atención muchísimas gracias.

Humberto Romero-Muci

Profesor Titular de Derecho Financiero en la Universidad Católica Andrés Bello, Individuo de Número y Primer Vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

**EXPOSICIÓN**  
**"EL GARANTE DE LA LIBERTAD: EL JUEZ",**  
**PROF. ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO.**

Señor Dr. Gabriel Ruan Santos,  
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.  
Señor Dr. Humberto Romero-Muci,  
Primer Vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.  
Señores integrantes de la Junta Directiva  
y demás Individuos de Número  
de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.  
Señor Dr. Manuel Iturbe,  
Secretario del Consejo Directivo  
de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario  
Señores Dres. Gustavo Quintero Tirado y Mariela Rey de Quintero,  
mis tíos.  
Distinguidos colegas abogados, tributaristas y amigos.  
Señoras, Señores.

Realmente no en un exceso de la amistad, sino en ejercicio efectivo de ella, mi apreciado y distinguido colega Humberto Romero-Muci se me acercó hace unos meses, y tras hacerme ver que a lo largo de mi vida académica yo había investigado y escrito acerca de todos los temas del derecho procesal tributario, me instó y me brindó todo su apoyo moral y logístico para publicar un libro que compilara lo que él gentilmente denominó como “mi obra de vida”.

Ese es el origen de este libro al que se le dio por título “**Estudios de Derecho Procesal Tributario vivo**”, para cuyo bautizo hoy nos encontramos en este noble lugar, siendo yo honrado, cosa que agradezco desde mi emocionado corazón, con este sobrio acto en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Esta corporación se creó (y a ello ha estado dedicada de la mano de prohombres ilustres del país), para servir a la nación, mediando la



difusión y sobre todo el aseguramiento (desde lo académico) del afianzamiento y la vigencia efectiva de los principios republicanos que, desde la Ilustración, generaron las luces inspiradoras de la obra de nuestros padres fundadores, civilistas consagrados, tales como Francisco Javier Yanes y Juan Germán Roscio.

La idea central es que toda persona nace libre e igual, por lo que la Constitución de 1999 impone al Estado el fin esencial de defensa y desarrollo de la persona y de proteger su dignidad, en el marco de la garantía de los derechos humanos y mediando el principio de separación de poderes.

De allí que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 disponga que donde no está establecida la separación de poderes y garantizado el goce de los derechos humanos, no existe Constitución.

Y ello es así, por cuanto la Constitución en sí, más que un conjunto normativo, es en realidad (o debe ser) un estado de cosas en el cual los individuos de la sociedad de la que se trate sean capaces de gozar en forma efectiva de su libertad, estando el poder a su servicio, tal como nuestros padres fundadores expresaron en nuestra Declaración de los Derechos del Pueblo de 1811: *“El fin de la sociedad es la felicidad común, y el Gobierno se instituye al asegurarla”*. *“Consiste esta felicidad en el goce de la libertad, de la seguridad, de la propiedad y de la igualdad de derechos ante la ley”*.

Esta libertad de la que hablo es aquella evocada en nuestra Constitución formal, al indicar que todos tenemos derecho al libre desenvolvimiento de nuestra personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social.

Ese derecho es la sumatoria de todos y cada uno de los derechos humanos de los que somos titulares, y el deber del poder público es el de servirnos, asegurando su disfrute efectivo.

De esta forma, el derecho deja de ser simplemente el conjunto de reglas coercitivas que rigen el comportamiento de las personas en sociedad, para convertirse en un mecanismo civilizado que asegure la vigencia de la libertad, en todos los planos, limitando severamente, mediante nociones tales como las de Estado de Derecho, Principio de Legalidad, Supremacía de la Constitución, Preeminencia de los Derechos

Humanos, etc., la actuación del poder público, y particularmente la del gobierno.

Así, en mi concepto, más que la justicia es la libertad el fin del derecho. Y en esa perspectiva las reglas de interpretación jurídica se han visto determinadas por principios fundamentales donde destacan el principio *in dubio pro libertas* y el principio del favor *libertatis*, de la mano del principio *pro homine*.

Sobre estas bases, y apegándonos a la contribución, entre otros, de Montesquieu, el principio de separación de poderes no es una mera forma organizativa del poder, sino que las funciones estatales se confían a estructuras especializadas y autónomas e independientes entre sí, que no solamente han de colaborar en pro de aquel fin esencial de defensa de la persona humana, sino que han de actuar como contrapoderes unos de los otros, de modo que bajo la idea de que sólo el poder detiene al poder, desde la teleología de servir a la persona, se eviten desmanes, arbitrariedades, autoritarismos y otras patologías que afectan la libertad.

Y es en ese escenario que emerge la figura del juez, que algunos califican de juez-garante, aunque para mí eso es redundante, pues al Poder Judicial le corresponde la honorable y trascendental tarea de ser el protector de la persona frente al abuso del poder público. El juez paragua lo ilustran algunos.

El juez es sin duda, en nuestra concepción del ejercicio democrático del poder, quien en la sociedad debe velar por la vigencia real de la Constitución, por lo que el texto magno formalmente en vigor le ordena asegurar la integridad de la Constitución, decidiendo siempre con preferencia de sus preceptos sobre toda otra consideración, en procura de la libertad.

Esto que es una visión filosófica de la organización jurídico-libertaria de la sociedad, siempre me ha inspirado, por lo que desde muy joven me fui inclinando hacia la reflexión acerca de si el juez venezolano entendía su cometido institucional y si asumía el digno reto que ello implica.

Mariolga Quintero Tirado y Miguel Santana Mujica me sembraron esa semilla procesalista, pero bajo la idea según la cual la justicia, presuponiendo una sociedad libre, sólo podía ser obtenida en estrados. El juez era entonces el verdadero creador del derecho, al interpretar y

aplicar la norma al caso concreto, según las circunstancias jurídicas, teniendo el enorme compromiso de construir en la vida cotidiana de las personas la verdadera Constitución, fundamentada, insisto, en la idea de la Ilustración de real separación de poderes y efectivo disfrute de los derechos humanos. Sólo el juez, el juez que entiende y asume los retos y riesgos de su cargo y función, el JUEZ con mayúscula sostenida, puede garantizar la libertad.

Y mi ejercicio profesional, que me condujo durante los primeros 10 años al privilegio de haber contado como mentores a mis exprofesores y muy concienzudos juristas Dres. Jaime Parra Pérez y Gabriel Ruan Santos, hasta que me independicé en 1994, y hasta la fecha, me ha planteado siempre una dialéctica entre lo que he podido ver que ocurre en la práctica forense, muchas veces cuestionable, y lo que debería ser según los principios del derecho, lo que me ha suministrado enorme volumen de material para escribir, pero siempre desde una perspectiva crítica, buscando propiciar la reflexión de los actores procesales (el juez, los abogados de las partes), para la optimización del servicio de justicia.

En esa línea ha discurrido mi investigación, tratando de nutrir el aula con lo que ocurre en estrados, y de influir en estrados con el deber ser del aula, ese magnífico estado que es hoy casi ciencia ficción, que explico en mi amada Universidad Central de Venezuela, en pregrado en derecho constitucional y en postgrado en derecho procesal tributario, aunque algunos lo sigan llamando contencioso tributario.

De allí que mi libro no sea sólo una compilación de estudios sobre derecho procesal tributario, sino un conjunto de pensares que vienen desde la vivencia cotidiana en el ejercicio profesional, por lo que resulta algo entonces vivo.

En consecuencia, si tenemos presente en el espíritu la tamaño responsabilidad del juez en la sociedad, y observamos por otra parte la terrible situación en la que se encuentra quien clama justicia ante los tribunales del país, resulta obvio que el justiciable no cuenta con su garante.

Entre otras cosas, por ejemplo, porque, como ya ha sido destacado entre otros entes, por la Organización No Gubernamental Acceso a la Justicia, el Poder Judicial carece de independencia; y además, la imparcialidad de los jueces se ve comprometida al no haber carrera

judicial, ser los jueces provisorios cerca del 90% (y sin derecho al debido proceso según la Sala Constitucional), y en materia tributaria muchos veces se ha designado jueces a funcionarios del SENIAT, que no se inhiben.

Al ser esa la realidad de nuestro Poder Judicial, es obvio que el justiciable, el recurrente, el contribuyente, en definitiva la persona humana no obtiene justicia, al no ver respetado su estatuto como tal, y no estoy haciendo alusión a lo tremendamente lenta (años) que es la producción de sentencias definitivas, sino a circunstancias en las que claramente los jueces tributarios en general renuncian a su función de protectores de la Constitución y garantes de la libertad, para mutarse en simples servidores del poder.

Por ejemplo, al sistemáticamente no acordar medidas de suspensión liminar de efectos de los actos administrativos impugnados o declarar inadmisibles las acciones de amparo constitucional; al decidir por "orden" de la Sala Político-Administrativa que no se debe aplicar el Código Orgánico Tributario cuando establece que para la suspensión basta el *fumus boni iuris* o el *periculum in damni*, sino el Código de Procedimiento Civil que exige ambos extremos; al obviar el principio *in dubio pro contribuyente*, el principio de integridad del patrimonio, el principio de buena fe, el principio de audiencia y el principio de igualdad de las partes en el proceso, permitiendo la ejecución liminar de la pretensión de fondo de la Administración Tributaria; al desacatar la obligación de presumir la inocencia permitiendo la ejecución de sanciones tributarias en actos administrativos no definitivamente firmes; al resucitar, incluso desde la Sala Constitucional, infinidad de decimonónicas pretendidas prerrogativas procesales del ente público, que afectan tanto la relación jurídico tributaria, como la relación procesal, ambas caracterizadas modernamente por la igualdad de las partes, por las que por ejemplo no condenan en costas al ente público, aunque la ley lo prevea; y para finalizar, al definitivamente renunciar a ser protectores de la Constitución, de la forma más grotesca.

Ante todo, en provecho de la brevedad, al permitir la violación del principio de progresividad de los derechos humanos, cuando el Código Orgánico Tributario de 2001 eliminó la medida cautelar *ope legis* de suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, por la

mera interposición del recurso, y ningún juez desaplicó esa norma al ser claramente inconstitucional a varios títulos.

Y finalmente, cuando en el Código Orgánico Tributario de 2014, contenido en un decreto con rango, valor y fuerza de ley (lo cual de suyo es cuestionable, primero por la reserva parlamentaria en las materias tributaria y penal, y segundo por no estar eso previsto en la respectiva ley habilitante), se desjudicializaron dos elementos centrales del derecho a la tutela judicial efectiva, como lo son el poder cautelar general y la ejecución de sentencias, lo cual se le confía a la Administración Tributaria, es decir, a la contraparte (respectivamente el recaudador y el verdugo), y sin control del juez en todo su régimen.

Obviamente, en una sociedad democrática, con un juez titular garante, poco importa que las otras ramas del poder público incurran o pretendan caer en atropellos, pues allí estaría el juez!!!

*"... el juez es el centinela de nuestra libertad. Cuando todo se ha perdido, cuando todos los derechos han caído, cuando todas las libertades han sido holladas, cuando todos los derechos han sido conculcados, siempre queda la libertad mantenida por el juez. Pero el día en que el juez tenga miedo, sea pusilánime, dependa de los gobiernos, de las influencias o de sus pasiones, ningún ciudadano podrá dormir tranquilo, porque ya no queda más derecho en esa pobre patria así perdida"* (Eduardo J. Couture, "La buena fe en el proceso civil", en *Revista de Derecho y Ciencias Jurídicas*, Perú, 1947).

*"El juez servil al Poder Ejecutivo no es el que quiere la Constitución;...."*

*"El día que los jueces tengan miedo, ningún ciudadano podrá reposar tranquilo..."*. (Eduardo J. Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I).

Señoras, Señores, por su atención y paciencia, muchísimas gracias

**JORNADA SOBRE LA ASAMBLEA NACIONAL  
CONSTITUYENTE: GÉNESIS Y PERSPECTIVAS.  
13 DE JUNIO DE 2017.**

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

La convocatoria presidencial a una asamblea nacional constituyente contenida en el Decreto 2.830 del 1 de mayo de 2017 y las bases comiciales para su celebración contenidas en el Decreto 2.878 del 23 de mayo de 2017, dictadas con violación flagrante de los artículos 5, 70, 347 y 348 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela vigente, nos retrotraen abruptamente a etapas que creíamos superadas en nuestra historia republicana. Como un tobogán empinado nos conduce a una involución de más de cien años. El recuerdo de algunos hechos sirve para demostrar adonde nos lleva esta farsa de “proceso constituyente popular”, con exclusión del pueblo y despojo de la soberanía popular.

En el año 1897, finalizaba el siglo XIX con la autocracia del general Joaquín Crespo, quien aspiraba a continuar su hegemonía con un sucesor impuesto a su entera conveniencia, como otros caudillos lo habían hecho antes, pero las circunstancias le exigían guardar la apariencia de legitimidad. Para ello se convoca un proceso electoral con votación directa aparentemente legal, en el cual participa el candidato del presidente – Ignacio Andrade- y un candidato opositor, que fue el general José Manuel Hernández, alias “El Mocho”, quien gozaba de gran popularidad y alrededor del cual se aglutinaron masivamente las preferencias de la población. Frente al riesgo inminente de perder el poder, el general Crespo y su gobierno ejecutan un enorme y brutal fraude para impedir que los votantes lleguen a los centros de votación, mediante el ataque violento –con palos, machetes y armas de fuego- de turbas y milicias organizadas por el gobierno. Ante el asombro de la población el candidato del gobierno vence la elección con una votación fantasmal que superaba al opositor por centenares de miles votos. Este fraude electoral condujo a una de las guerras más cruentas y costosas



del siglo XIX, la Revolución de Queipa, que arrasó al país y dejó el paso libre a la posterior invasión de los andinos.

Otro: En el año 1914, finalizaba el primer período presidencial del general Juan Vicente Gómez y la población aspiraba a elegir democráticamente un gobernante. La camarilla del gobierno inventó el llamado “Estatuto Constitucional Provisional”, para asegurar el continuismo del general Gómez y sus aliados y excluir las aspiraciones de varios candidatos, de acuerdo con el cual la elección del presidente se haría en tres grados, para facilitar la manipulación: las asambleas de plenipotenciarios de los estados, el congreso plenipotenciario nacional y finalmente la elección del presidente de la República. Para guardar las apariencias de legitimidad frente al entorno internacional, se designó un presidente provisional distinto del general Gómez y al hombre fuerte se le confió el poder con el cargo de comandante en jefe del ejército nacional. Esta situación dio paso al destierro o cárcel de los candidatos y seguidores, a la rebelión popular y a los años más duros de persecución política vividos durante esa hegemonía.

Los dos casos mencionados tuvieron en común el desconocimiento de la soberanía popular; el empeño de la camarilla gobernante de mantener el poder a toda costa y violar el principio de alternancia democrática; la exclusión de los candidatos y votantes opositores; la proscripción de los grupos políticos; la supresión de las garantías constitucionales, en especial del derecho del sufragio; el estrangulamiento de las votaciones directas para elegir al presidente de la República por otras vías; la implantación de procedimientos arbitrarios para designarlo, en particular, el fraude electoral y las votaciones indirectas amañadas, con predominio de la cooptación para integrar los cuerpos legislativos y electores; la persecución física y moral de los candidatos y de sus promotores, y el uso masivo de la violencia sobre la población, hasta el punto de dar pie a rebeliones que desembocaron en cruentas guerras civiles; el propósito de conservar apariencias legales para justificar la legitimidad, mientras fuera posible, y dar continuidad a una hegemonía autoritaria; y en fin, el elevado costo material y moral pagado por la nación con los procesos sociales desencadenados en ambos casos. Pareciera entonces que vuelve nuestro país a recorrer caminos semejantes.

En el presente “proceso constituyente popular”, sin participación del pueblo soberano, pues el gobierno y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia han resuelto arbitrariamente que no es necesario el referendo consultivo para convocar la Asamblea Nacional Constituyente y aprobar las bases comiciales, el Presidente de la República ha dispuesto unilateralmente unas “bases comiciales” del proceso que conducen a un método de cooptación descarado para la elección de los diputados a la Asamblea Constituyente, donde los diputados serán elegidos “sectorialmente”, realmente en forma selectiva, entre los seguidores del partido en el poder efectivo, aunque no legítimo, y a través de organizaciones controladas por dicho partido, con exclusión de los demás partidos políticos, a pesar de que el Decreto 2.878 afirme contradictoria e inexplicablemente, más bien con cinismo, que serían elegidos mediante el voto universal, directo y secreto; a lo cual se añade el llamado “ámbito territorial” de la elección, el cual conduciría a un gigantesco “gerrymandering” o manipulación de la capacidad de elección de los circuitos municipales, a fin de dar sobre-representación selectiva o igualar arbitrariamente la representación de los pequeños, medianos y grandes municipios con prescindencia del volumen de población existente en cada uno de ellos y en abierta violación del principio de representación proporcional, así como de la máxima democrática de que “a cada ciudadano corresponde un voto”, para favorecer al partido oficialista.

Las Academias Nacionales ya se han pronunciado sobre la inconstitucional convocatoria presidencial a una asamblea nacional constituyente y la han calificado acertadamente como un “fraude a la democracia”. Pero la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su infame papel de justificar lo injustificable, como ha sido señalado reiteradamente por la mayoría, han tratado torticeramente de bendecir dicha convocatoria. La Sentencia 378 del 31 de mayo de 2017, asume el encargo de justificar la convocatoria mediante grotescos sofismas o burdas falacias argumentativas, que no resisten la menor prueba lógica. En primer lugar, en contra del texto de los artículos constitucionales 347 y 348 asimila, sin pudor intelectual alguno, dos fases del proceso constituyente: la iniciativa y la convocatoria; en segundo lugar, que el poder soberano y originario del pueblo, puede ser ejercido a través de

la representación del poder constituido presidencial, así de simple, confundiendo la participación popular con la representación, a despecho de la retórica protagónica del texto constitucional; y en tercer lugar, identificando turbiamente al pueblo con el poder comunal inventado por el régimen, al margen de la Constitución.

Esto último, nos recuerda las angustiosas reflexiones del sabio Cecilio Acosta, cuyo busto lo hace aquí presente, escritas en el año 1847, frente al abuso que hacían los guzmancistas del concepto de “pueblo”, para justificar sus tropelías y excluir del mismo a quienes no fueran sus seguidores. Para ellos, la palabra pueblo “no era la generalidad de los ciudadanos de una nación, como debiera, sino diez, ciento o una parcialidad desgajada y desprendida del todo”, a su conveniencia “se buscaba dar calor y aliento a los malos para afrontarlos con los buenos”; con la finalidad de “revolver la sociedad para recomponerla a su antojo, consagrando de este modo la revolución como un principio, y entregando la suerte de los gobiernos a la voluntad antojadiza y fácil de una fracción, de un bando, de un hombre solo”.

Para terminar estas palabras introductorias, deseo que los ilustres expositores del día de hoy nos brinden las armas intelectuales y morales necesarias para desmontar las falacias del gobierno y del Tribunal Supremo de Justicia y contribuir con la defensa de la Constitución por parte del verdadero pueblo, o sea, con palabras de Cecilio Acosta, de la “totalidad de los buenos ciudadanos”.

Muchas gracias por su atención.

Gabriel Ruan Santos.

Caracas, junio de 2017.

**CONSIDERACIONES GENERALES  
SOBRE LOS PROCESOS CONSTITUYENTES  
EN LATINOAMÉRICA.  
DRA. HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ,  
INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN.**

SUMARIO

1. Alcance del tema. 2.- Palabras introductorias. 3. Realidad actual. 4. Importancia del Derecho Comparado con relación a la situación. 5. Perspectiva cronológica de las constituciones latinoamericanas. 6. Enumeración de los temas fundamentales comunes a las Asambleas Constituyentes. 7. Conclusiones.

## 1. ALCANCE DEL TEMA.

El tema que me ha sido asignado lleva el título de “*Consideraciones Generales sobre los procesos constituyentes en Latinoamérica*”, y dada la naturaleza del presente foro, disertaré **específicamente** sobre la existencia o no de una expresa previsión en las constituciones latinoamericanas de llamamiento de una Asamblea Nacional Constituyente.

Nuestro examen versa por ello sobre la verificación de la existencia en las constituciones vigentes, en los países vecinos, de Asambleas Constituyentes, esto es, de las que son llamadas para establecer las reglas fundamentales del Estado: de su estructura organizativa; de su relación con los sujetos del ordenamiento (plurisubjetividad) y, de las facultades regulatorias de sus entes (normación). Esto es, se trata de las disposiciones que conforman la “Constitución” del Estado, así como las de aquellas destinadas a modificarlas, a transformarlas o, finalmente, extinguirlas. Sobre este tema versa la exposición de los siguientes quince minutos.

## 2. PALABRAS INTRODUCTORIAS

Es necesario explicar las razones por las cuales, en los momentos actuales, nos pongamos a disertar sobre la forma en que, en los diferentes regímenes latinoamericanos, ha sido aceptada o rechazada la actuación de un organismo de tal índole. Cabe entonces la pregunta de: ¿Por qué hablar de derechos extraños al nuestro, cuando lo urgente es enfrentarnos con nuestra realidad actual?

## 3. REALIDAD ACTUAL

La “realidad actual” gira en torno a las siguientes disposiciones dictadas recientemente por el Presidente de la República: **Decreto**

N° 2830 del 1 de mayo de 2017, en virtud del cual se convoca “a la Asamblea Nacional Constituyente”, utilizando la siguiente fundamentación: El **Artículo 348** de la Constitución ( Título IX, capítulo II “De la reforma Constitucional”) alusivo a la **iniciativa** del Presidente; el Artículo 70 de la Constitución ( Título III, Capítulo IV) relativo a la **regulación de los Derechos Políticos** y el referéndum popular; El artículo 236, numeral 1° ( Título V “Del Poder Público Nacional”), que señala como **facultad del Presidente de la República** “cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes”; el Artículo 347 (Título IX “De la Reforma Constitucional”, capítulo III “De la Asamblea Nacional Constituyente”) que alude al **poder de convocatoria del pueblo** a una Asamblea Nacional Constituyente.

El Decreto presidencial indica como objetivos de la medida dictada los siguientes:

- 1.- La paz como necesidad, derecho y anhelo de la Nación;
- 2.- El llamamiento a un diálogo nacional para: contener la escalada de violencia política; para la reorganización del Estado y, para la recuperación del principio de cooperación de los poderes públicos;
- 3.- Para superar el clima actual de impunidad.

Además de las antes señaladas, el Decreto expone más adelante, otras razones para la convocatoria, constituidas por:

*SE TRATA DE 15 SUPUESTOS QUE COMPRENDEN LA TOTALIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA HACER EFICIENTE UNA LABOR DE GOBIERNO*

- 1.- El perfeccionamiento del sistema económico nacional hacia la “*Venezuela Potencia*” con un nuevo modelo de economía post- petrolera;
- 2.- La creación de nuevos instrumentos que dinamicen el desarrollo de las fuerzas productivas y la instauración de un modelo de distribución transparente que satisfaga las necesidades de abastecimiento de la población;
- 3.- La constitucionalización de las Misiones y Grandes Misiones Socialistas;

- 4.- La ampliación de las competencias del sistema de justicia para impedir la impunidad de los delitos, especialmente los que van contra las personas (homicidios, secuestros, extorsión, violaciones, violencia de género y contra niños y niñas);
- 5.- La erradicación de los delitos contra la patria y la sociedad, tales como la corrupción, el contrabando de extracción, la especulación, el terrorismo, el narcotráfico, la promoción del odio social y la injerencia extranjera;
- 6.- La constitucionalización de las nuevas formas de la democracia participativa y protagónica, partiendo del reconocimiento de los nuevos sujetos del Poder Popular, tales como: las comunas, los consejos comunales, los consejos de trabajadores, como formas de organización de la base territorial y social;
- 7.- La defensa de la soberanía y de la integridad de la Nación;
- 8.- La protección contra el intervencionismo extranjero;
- 9.- La promoción de la consolidación de un mundo pluripolar y multicéntrico;
- 10.- La reivindicación del carácter pluricultural de la patria;
- 11.- La consagración de los derechos de la juventud (uso libre de las tecnologías de información);
- 12.- El derecho a un trabajo digno;
- 13.- La protección a las madres jóvenes;
- 14.- El acceso a la primera vivienda;
- 15.- La preservación de la vida del planeta, desarrollando los derechos a la protección de nuestra biodiversidad;

La invocación general del texto del Decreto, es al **Poder Constituyente Originario** y a una **Asamblea Nacional Constituyente**, cuya conformación obedezca a la estructura geopolítica de un Estado Federal y Descentralizado.

La normativa es del tenor siguiente:

Artículo 1: “*Convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente ciudadana y de profunda participación popular a fin de que el pueblo pueda decidir el futuro de la Patria, reafirmando los principios de independencia, soberanía, igualdad, paz, democracia participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural*”.

Pasa luego el Decreto a designar a los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, que señala, son elegidos “*en los ámbitos sectoriales y territoriales bajo la rectoría del Consejo Nacional Electoral, mediante voto universal*”.

Es en base a las anteriores premisas, que es dictado el “Decreto de creación de la Comisión Presidencial para la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente” N° 2831 del 1 de mayo de 2017.”

La Comisión Presidencial creada, tendrá a su cargo la elaboración de una propuesta para las bases comiciales, territoriales y sectoriales, así como para los principales aspectos destinados a la conformación y funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, previa consulta a los más amplios sectores del país, que garanticen el principio de participación directa a las personas que conforman dicha Comisión Presidencial. De inmediato se designa a las personas que conforman dicha Comisión Presidencial.

Por lo que atañe a la actuación de la Comisión Presidencial, la misma debe “*dentro de un plazo perentorio*” presentar al Presidente de la República un informe con los fundamentos, resultados y recomendaciones. ES DECIR, SE TRATA DE DARLE A ESTA “COMISIÓN” LA FACULTAD EXCLUSIVA DE ELABORAR EL PROYECTO DE LA FUTURA CONSTITUCIÓN.

#### **4.- IMPORTANCIA DEL DERECHO COMPARADO PARA EL EXAMEN DE LA SITUACIÓN.**

Vista la situación planteada en Venezuela, es necesario verificar los sistemas establecidos en las constituciones de los países que nos rodean, para la revisión o reforma constitucional. Estaremos así de lleno en el ámbito del **Derecho Comparado**, reconocido como uno de los instrumentos fundamentales de estudio y análisis de las instituciones jurídicas, como es el caso presente.

El Derecho Comparado es indispensable en la cultura jurídica, porque está basado en su alto sentido humanístico que, permite la apreciación de cómo han sido planteados los temas fundamentales del Estado, e incluso, en algunos casos, resueltos, por otros ordenamientos



jurídicos. Piénsese que el Derecho Comparado nace como un *Derecho Común de la Humanidad (Droit Commun de l'humanité)*.

- a.- La ventaja que ofrece el Derecho Comparado, es la de brindar una gama de soluciones mucho más amplia que la existente en un solo país;
- b.- Diluye los prejuicios de nacionalidad, permitiéndonos penetrar en las diferentes sociedades y culturas, lo cual contribuye al entendimiento entre los países;
- c.- Es de gran utilidad para las transformaciones y evoluciones de los estados jóvenes y en desarrollo y,
- d.- La actitud crítica del comparativismo lleva a obtener soluciones depuradas del localismo y la inmediatez.

Particularmente nuestra postura está avalada por el hecho de haber publicado recientemente, como libro electrónico, el estudio denominado “LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN LATINOAMERICA (Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay) con especial referencia a la experiencia venezolana”.

Como se aprecia del título, la obra **se dedica exclusivamente al examen de la máxima figura de cambio o transformación constitucional que ofrecen las legislaciones examinadas. No contiene un estudio global de dichas legislaciones**, sino del medio en ellas señalado para que puedan ser modificadas sus instituciones. Naturalmente que, muchas veces, para poder entender el sistema específico como tal, es necesario encuadrarlo en su realidad histórica o en sus concepciones filosóficas-políticas.

En todo caso, nuestro estudio versará sobre:

- 1.- Detectar los rasgos de los procesos acaecidos en los Estados que poseen elementos comunes al nuestro (lengua, cultura, tradición);
- 2.- Permitir el análisis crítico de los diferentes procesos históricos;
- 3.- Emulación de los aspectos positivos que los aludidos procesos ofrecen; y,
- 4.- Señalamiento de los caminos inexplorados por nuestro sistema.

## 5.- PERSPECTIVA CRONOLÓGICA DE LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS

Tradicionalmente el enunciado en el tiempo de las constituciones latinoamericanas ha creado una agrupación de las mismas en cuatro períodos: **primer período** donde se ubica la Constitución Política de los Estados Mexicanos (1917) y, posteriormente, la Constitución Política de Costa Rica (1949).

Un **segundo período** correspondiente a la década de los años 60, donde figura: la Constitución venezolana de 1961; la Constitución de República Dominicana de 1966; la Constitución de la República Oriental de Uruguay (1966) y la Constitución Política de Bolivia (1967). Igualmente se ubica en esta etapa a la Constitución Política de la República de Panamá (1972) y a la Constitución de la República de Cuba (1976).

**Tercer período** que comprende la década de los años 80 y se inicia con la sanción de la Constitución de Chile (1980), la cual es acompañada de las Constituciones de la mayoría de los países centroamericanos, así la de la República de Honduras (1982); la Constitución de la República de El Salvador (1983); la Constitución Política de Guatemala (1985); la Constitución Política de la República de Nicaragua (1986). Igualmente se ubica en este lapso a la Constitución de la República Federal de Brasil (1988).

Un **cuarto y último período** que corresponde a la década de los años 90, donde es posible ubicar tendencias más progresistas y de avanzada. El período se inicia con la Constitución Política de Colombia (1991); la Constitución de Paraguay (1992); la Constitución Política de Perú (1993) y la Constitución Política de Ecuador (1993 con reformas hasta el 96).

Vamos a analizar en la materia de nuestro tema, algunas constituciones latinoamericanas.

Es constatable que la previsión en el texto constitucional de una Asamblea Constituyente y su regulación como tal, se da en **constituciones relativamente recientes**, como las de **Bolivia**, del 7 de febrero de 2009; que prevé la reforma parcial. Si se analiza el texto citado se aprecia que su proceso se inicia por iniciativa popular, con la firma del 20%

del electorado o de la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma aprobada. Cualquier reforma parcial exige referendo constitucional aprobatorio pero también está previsto que la reforma total de la Constitución. Se trata de aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías o a su primacía y cambio, por lo cual tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente Originaria y Plenipotenciaria que, debe ser “*activada por voluntad popular mediante referendo*”. La convocatoria del referéndum se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el 20% del electorado. Igualmente puede hacer la convocatoria la Asamblea Legislativa Plurinacional y, finalmente, también le corresponde al Presidente de la República. Señala el efecto el artículo regulador de esta reforma, que la Asamblea Constituyente se autoregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma exige referendo aprobatorio.

La Constitución de **Guatemala** (31 de mayo de 1985, refrendada el 17 de noviembre de 1993), prevé la posibilidad de convocatoria a una reforma constitucional que, al efecto, la asigna bien al Presidente de la República en Consejo de Ministros; a cierto número de los diputados del Congreso de la República y, a la Corte de Constitucionalidad. Asimismo, acuerda la convocatoria al “pueblo” (A.N.C.), el cual solo puede actuar cuando se trata de más de cinco mil ciudadanos, requiriendo del Congreso el inicio de la reforma. El artículo 278 establece múltiples límites a la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, señalando los artículos que no pueden ser objeto de la misma y, por otra parte, obligando a que, en el decreto de convocatoria, se fijen los artículos que van a ser objeto de revisión.

La Constitución de **Ecuador** del 20 de octubre de 2008, prevé, tanto la enmienda, como la reforma parcial y, la existencia de una Asamblea Constituyente (arts. 441 al 444). Las dos primeras figuras señaladas se materializan a través de un procedimiento complejo que lleva a la Asamblea Constituyente, la cual “*solo podrá ser convocada a través de consulta popular*”, cuya iniciativa corresponde tanto al Presidente de la República, como a la Asamblea Nacional y al 12% de las personas inscritas en el Registro Electoral. La consulta debe incluir la forma de elección de los representantes y las reglas del proceso electoral. La

nueva Constitución requerirá su aprobación mediante referéndum, para cuya aprobación señala la necesidad de que se llegue a la “mitad más uno” de los votos válidos.

La Constitución de **Costa Rica**, del 7 de noviembre de 1949 con muchísimas reformas, en la última de las cuales, del 23 de marzo de 1995, está prevista la reforma parcial y la reforma general. Ésta última solo puede hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga la convocatoria deberá ser aprobada por votación no menor de 2/3 del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y, no requiere sanción del Ejecutivo.

La Constitución de **Chile** que fuera dictada por Ley 3464 del 8 de agosto de 1980 y sometida a plebiscitos que se realizaron en varias épocas, el último de los cuales es del 4 de mayo de 1994. De acuerdo con la normativa vigente, la reforma constitucional puede iniciarse mediante iniciativa del Presidente de la República o por la moción del Congreso. Está sometida la reforma aludida a una serie de limitaciones, ya que no podrá versar ni sobre tributos ni sobre el régimen de la Cámara de Diputados, ni sobre la de amnistía y los indultos.

La Constitución de **El Salvador**, de fecha 12 de junio de 2014, establece que su reforma solo podrá acordarse por los 2/3 de votos de los representantes de cada Cámara, resolución que debe publicarse por la prensa y, si la nueva legislatura la ratifica, se convocará a una Asamblea Constituyente para que decrete la reforma *“pero no se propondrán dichas reformas, sino hasta pasados seis años después de promulgada esta Constitución”*.

La Constitución de **Cuba** vigente, es la del 24 de febrero de 1976, reformada por la Asamblea Nacional del Poder Popular en julio de 1992. La Constitución prevé que puede ser reformada total o parcialmente por la Asamblea Nacional del Poder Popular, mediante acuerdo adoptado en votación nominal por una mayoría no inferior a las 2/3 partes del número de sus integrantes. Si la reforma es total, o se refiere a la integración y facultades de la aludida Asamblea Nacional del Poder Popular, al Consejo de Estado, o bien, a derechos y deberes consagrados en la Constitución, se exige, además, la ratificación por el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo convocado al efecto por la propia Asamblea.

La Constitución de **Nicaragua**, dictada el 19 de noviembre de 1986, cuya última reforma es del 4 de julio de 1995, prevé la reforma constitucional a través de la Asamblea Nacional. La iniciativa de reforma parcial corresponde al Presidente de la República o a un tercio de los diputados a la Asamblea Nacional. La reforma total corresponde a la mitad más uno de los representantes de la Asamblea Nacional. Está prevista la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente a los fines de que conozca de una reforma total.

La Constitución de **Panamá**, de fecha 11 de octubre de 1972 con varias enmiendas, la última de las cuales es del 2 de junio de 1995, regula la reforma de la Constitución, dándole la iniciativa a la Asamblea Legislativa, al Consejo de Gabinete y a la Corte Suprema de Justicia. No hay una mención expresa a la constitución de una Asamblea Constituyente.

La Constitución de **Paraguay** del 20 de junio de 1992, alude a la reforma y a la enmienda. Por lo que atañe a la primera institución aludida, se indica que “*solo procederá a los 10 años de su promulgación y deberá ser solicitada por el 25% de los legisladores de cualquiera de las Cámaras, por el Presidente de la República o por 30 mil electores*”. La necesidad de la reforma debe ser aprobada por la mayoría absoluta de los 2/3 de los miembros de cada Cámara. Una vez decidida la necesidad del cambio aludido, el Tribunal Superior de Justicia Electoral, llamará a elecciones. Se conformará así una Convención Nacional Constituyente que, se define como órgano independiente de los poderes constituidos, señalándose expresamente que “*se limitará durante el tiempo que duren sus deliberaciones a sus labores de reforma con exclusión de cualquier otra tarea. No se arrogará las atribuciones de los poderes del Estado*”, ni podrá sustituir a quienes se hallen en el ejercicio de ellos, ni acortar ni ampliar su mandato.

La Constitución Política del **Perú** es de fecha 29 de diciembre de 1993 está sometida a referéndum. La reforma constitucional prevista debe ser aprobada por el Congreso, con mayoría absoluta de sus miembros y, ratificada, mediante referéndum, pero puede omitirse éste último, cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con una votación superior a los 2/3. La iniciativa corresponde al Presidente de la República con aprobación del Consejo

de Ministros; a los congresistas y, a un número de ciudadanos equivalente al 0,3% de la población electoral. No hay previsión de llamamiento a una Asamblea Constituyente.

La Constitución de **República Dominicana**, de fecha 28 de noviembre de 1966, reformada el 26 de enero de 2010, prevé la reforma cuando es presentada en el Congreso Nacional con el apoyo de la 2/3 partes de los miembros de una u otra Cámara, o si es sometida por el Poder Ejecutivo. La necesidad de la reforma se declara por ley que no puede ser objetada por el Ejecutivo y que, ordenará: la reunión de la Asamblea; la determinación del objeto de la misma y, los artículos de la Constitución sobre las cuales versará. Para resolver sobre la reforma propuesta, la Asamblea Nacional deberá reunirse y, el texto no podrá recaer sobre la forma de gobierno, que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo. Es interesante el artículo 120 ejusdem, que contiene una cláusula pétreo alusiva a que la reforma de la Constitución solo podrá hacerse en la forma por ella prevista, *“no podrá “jamás” ser suspendida o anulada por ningún poder ni autoridad, ni tampoco por aclamaciones populares”*.

La Constitución de **Uruguay** del 24 de agosto de 1966, modificada por reforma aprobada por plebiscito el 27 de noviembre de 1989 puede ser reformada total o parcialmente, en virtud del procedimiento por ella establecido cuya iniciativa corresponde al 10% de los ciudadanos, quienes, deben presentar un proyecto “articulado”. El procedimiento final debe ser sometido a plebiscito. Se indica que, los Senadores, los representantes y el Poder Ejecutivo, pueden presentar proyectos de reforma, que tienen que ser aprobados por mayoría absoluta de los representantes de la Asamblea Nacional. Igualmente, se estima que la Constitución puede ser reformada por leyes constitucionales que requerirán para su sanción los dos tercios de total de componentes de cada una de las Cámaras. Las leyes constitucionales solo podrán ser dictadas por el Presidente de la República.

La Constitución vigente de Argentina fue originalmente promulgada el 1 de mayo de 1853 y ha tenido múltiples modificaciones, hasta el 22 de agosto de 1994. Señala la Constitución que la misma *“puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes”*, siendo que, la necesidad de la reforma, debe ser declarada por el Congreso, con el voto

de las 2/3 partes y, se realizará mediante una Convención convocada al efecto.

La Constitución de **Brasil** del 5 de octubre de 1988, siendo su última enmienda de fecha 2 de abril de 2013, no regula ni la reforma parcial ni la total, por lo cual ello excluye la conformación de una Asamblea Nacional Constituyente.

La Constitución vigente de **Honduras**, del 11 de agosto de 1982, no admite la Asamblea Constituyente por cuanto, al regularse la reforma constitucional establece múltiples cláusulas pétreas. Al efecto, es decretada por el Congreso en sesiones ordinarias, con 2/3 de votos.

La Constitución de **México**, promulgada el 5 de febrero de 1917 con múltiples cambios, no menciona la posibilidad de una Asamblea Constituyente y, por lo que atañe a la reforma para que las mismas lleguen a ser parte de ella se requiere que, la Legislatura del Estado, por el voto de las dos terceras partes de los diputados que la integran, acuerde tales reformas y adiciones y que éstas sean aprobadas por la mitad más uno de los ayuntamientos. La Legislatura o la Diputación Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de los ayuntamientos y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

## **6. ENUMERACIÓN DE LOS TEMAS FUNDAMENTALES COMUNES A LAS ASAMBLEAS CONSTITUYENTES.**

Expuestas las constituciones latinoamericanas en los aspectos relativos a la reforma constitucional y a la posibilidad de una Asamblea Constituyente, vamos a enumerar los temas fundamentales comunes a las Asamblea Constituyente.

Los temas aludidos en el epígrafe son los que se enumeran a continuación.

### **A. Origen del cambio constitucional.**

Este cambio puede ser el producto de alguna de las siguientes situaciones:

.- De un **golpe de estado clásico**, constituido por la *actuación militar violenta* contra los órganos de gobierno;

.- **El golpe de estado en sentido genérico o amplio**, que es el determinado por la violación de las reglas constitucionales previstas para la designación o pérdida de la titularidad efectiva de los poderes públicos; (figura ésta que en el lenguaje político moderno se denomina “golpe de estado suave o blando”)

.- **Existencia de acuerdos internacionales** o intergubernamentales destinados, generalmente, a poner fin a procesos de confrontación bélica;

.- Necesidad de **adaptar el sistema político a los cambios ideológicos** que se producen en el Estado.

### **B. Tipos de organizaciones que promueven el proceso constituyente.**

Las **figuras subjetivas** promotoras del proceso constituyente son, generalmente, las siguientes:

.- El Presidente de la República, solo, o en Consejo de Ministros, o para enunciarlo en una forma más genérica aquel a quien se atribuye la Jefatura del Estado

.- La Asambleas Legislativas, o más específicamente, los Congresos existentes en los regímenes de la doble estructura parlamentaria;

.- Grupos opositores al gobierno imperante.

.- Funcionarios tutores protectores de derechos humanos (ombudsman) o representantes de la legitimidad (fiscales) o de los derechos humanos.

.- Tribunales constitucionales o Consejos de Estados o de Gobierno.

### **C.-Jerarquía jurídica de la Asamblea Constituyente.**

El tema alude al hecho esencial de si se reconoce o no la llamada “**supraconstitucionalidad**” del organismo creado y, con ello, si se le faculta para operar sobre el sistema que lo ha llamado a conformar un nuevo texto constitucional. La supraconstitucionalidad erige a la Asamblea Constituyente como el máximo ente del Estado ya que no tiene ningún órgano o persona que ejerza el control de su actividad. La misma idea es la que justifica su facultad de ejercer los poderes del Estado en sustitución de sus titulares, basado siempre en la jerarquía máxima que se le atribuye.



**D.- Necesidad o no de la ratificación universal de los textos constitucionales mediante un referéndum aprobatorio, o bien, mediante una fórmula análoga como podría ser un plebiscito.**

La pregunta que surge en esta materia es cuándo ha de efectuarse este control si ¿antes o después? La respuesta en nuestra opinión es que debe ser tanto **antes** como **después**. El “antes” se refiere a la aprobación o rechazo del proyecto sustitutivo de la Constitución vigente. El “después” es la verificación del cumplimiento de los objetivos que el cambio constitucional significa.

**E.- Influencia en las nuevas regulaciones, de la normativa que se intenta derogar, o que existía ya en otras constituciones.**

Normalmente el proceso de depuración constitucional está constituido por los pasos efectivos que se dan sobre los errores o limitaciones del texto que se intenta transformar.

**F.- Influencia de los sistemas venezolanos sobre los textos de Derecho Comparado, bien vista en un plano histórico, o bien, bajo la vigencia de la Constitución de 1999.**

Verificar la presencia de la cultura jurídica venezolana en el ámbito de los países vecinos, permite apreciar el grado de penetración que el país posee.

**G.- Influencia doctrinaria presente en la elaboración de los textos.**

Se alude justamente a las diferentes corrientes internacionales que han operado en la filosofía política del sistema o en el ámbito politológico en general. Bien sabemos que en el campo de las ciencias sociales hay corrientes doctrinarias cuyas posturas son los mecanismos del cambio estructural y normativo.

**H.- Examen de las diversas modalidades de reforma o transformación de las constituciones.**

Aquí es necesario tomar en cuenta si existe o no la figura de la **enmienda constitucional** y, si la **reforma** se presenta con variantes, tales

como: la de reforma parcial o reforma total. Hay que recordar que las transformaciones que la sociedad exige se realizan normalmente superando etapas para depurar, ampliar y engrandecer las instituciones. Hay que apreciar también que una “simple palabra” incluida en una enmienda, puede cambiar la totalidad del sistema. Como ejemplo, sustituir un SI por un NO.

### **I.- Presencia de cláusulas pétreas en la Constitución que impidan modificaciones, nuevos aportes o transformaciones.**

*Las cláusulas pétreas* son lo que Kart Loewenstein denomina “disposiciones intangibles”, tanto articuladas como implícitas en la Constitución.

Debe señalarse expresamente que, por lo que atañe a tales cláusulas, en nuestra Constitución actual, en su artículo 342, estas disposiciones son **límites absolutos e insuperables a la revisión constitucional**, constituidas fundamentalmente por los nueve supuestos del Título I de la Constitución. Ellos son:

- 1.- Las que se refieren a la forma republicana de gobierno;
- 2.- Las que aseguran el gobierno alternativo;
- 3.- Las concernientes a la forma democrática de gobierno;
- 4.- Las relativas a los derechos fundamentales;
- 5.- Las que, en las constituciones federales establecen esa estructura gubernativa;
- 6.- Las que en términos generales prohíben contrariar el espíritu de la Constitución

La existencia de las cláusulas pétreas nos está señalando que la ***voluntad de reforma no es suprema***, ya que el constituyente debe someter su actuación a la Constitución y no por el contrario, someter la Constitución a la reforma.

### **J.- “Tipicidad” o “nominatividad” de los supuestos en que se fundamenta la convocatoria que se hagan a fin de que exprese la previsión del constituyente interior y el espíritu que el sistema posee, como su elemento fundamental y característica.**

Se trata de determinar si la previsión constitucional establece supuestos taxativos para fundar la creación de la figura subjetiva, o si, por

el contrario, el supuesto titular de la soberanía originaria, está facultado para crear “**nuevos objetivos**” diferentes, e incluso, opuestos a los previstos en el texto constitucional. Consideramos que, a pesar de que nuestro artículo 347 indica que la Asamblea Nacional Constituyente tiene por objeto “*transformar el Estado*”, “*crear un nuevo ordenamiento jurídico*” y *redactar una nueva constitución*, lo cual pareciera cubrir todas las posibilidades de transformación institucional, filosófica, conceptualista, sin embargo, en nuestro criterio, tales gravísimos supuestos deben ser verificados en la forma más rígida, porque su cambio o eliminación puede trastocar todo el sistema jurídico existente, si se hace una interpretación amplia y generosa de tales presupuestos, cuya naturaleza es de alta peligrosidad. Considerar que la redacción de la norma es la consagración de un poder constituyente absoluto, es permitir la posibilidad de que el mismo pueda arrasar con la cultura jurídica-política de un Estado. De ser ello posible ¿Por qué la Constitución estableció reglas fijas de organización, reglas de plurisubjetividad y de estructuras normativas, si va a permitir que todas ellas caigan bajo el hachazo de cualquier movimiento político transitorio, carente de respeto por la tradición histórica y las concepciones espirituales que son las bases reales de un sistema jurídico autónomo? Por todo lo anterior hay que exigir que, cualquiera que sea el motivo de la convocatoria, el mismo deba especificar la *ratio* del cambio y las críticas que su existencia produjera.

El solicitante debe decir por qué hay que deshacerse de un instrumento considerado por el mismo hasta la fecha en que pide sea convocados los órganos para la reforma, como prodigioso y excepcional.

## 7. CONCLUSIONES

Del estudio de las Constituciones Latinoamericanas que sirvieran de base a nuestra exposición, se pone en evidencia que la idea central del constitucionalismo moderno es llegar el reconocimiento del “*Poder Constituyente Originario*”.

En las diferentes fases de los procesos analizados hemos visto que, más temprano o más tarde, la evolución constitucional lleva a establecer las rígidas tutelas que significan los grandes avances sociales; pero en ninguno de tales procesos ni en ninguna de las constituciones

analizadas, están presentes los dos gravísimos supuestos que, acumulativamente, la nuestra prevé, como lo son el poder de la Asamblea Nacional Constituyente de: “*transformar el Estado*” y de “*crear un nuevo ordenamiento jurídico*”.

Indudablemente que las previsiones del artículo 347 constituyen un golpe mortal contra la idea de la paulatina conformación constitucional que, hoy en día tiende esencialmente al progreso y a la armonía, así como al desarrollo de las instituciones, rechazando las violentas rupturas revolucionarias destinadas al divorcio del pasado en forma absoluta, cuando la historia ha ido admitiendo cada vez más figuras tutelares y, consolidando, sólidamente, los derechos y las garantías.

El problema fundamental que, a nuestro ver, tiene la previsión constitucional de llamamiento a una asamblea constituyente, es que una interpretación amplia del mismo permitiría el alegato de cualquier objetivo para solicitar la convocatoria. Estimamos que no es posible sostener este tipo de interpretación, ni ahora, ni nunca, por cuanto la gravedad que representa la institución de la Asamblea Nacional Constituyente, exige que la misma, de plantearse, se erija sobre bases muy sólidas y muy rígidas, la primera de las cuales es que persiga los fines expresamente establecidos en el citado 357 de la Constitución, pero no en forma abstracta sino con el señalamiento concreto de qué es lo que se persigue y cuáles son las ventajas para que se ejerza en tal forma el poder soberano originario.

# **RÉGIMEN JURÍDICO DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN LA CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA. DR. RAFAEL BADELL MADRID, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN.**

## SUMARIO

I. Introducción. II. El proceso constituyente de 1999. III. Distinción entre proceso constituyente, poder constituyente y Asamblea Nacional Constituyente. 1. Punto previo. 2. Proceso constituyente. 2.1. Concepto de proceso constituyente. 2.2. Fases del proceso constituyente. i) Fase 1. a. Iniciativa de convocatoria (art. 348). a.1. Inconstitucionalidad de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente mediante el Decreto 2.830. a.2. Inconstitucionalidad de la sentencia N°378 de la Sala Constitucional respecto de la interpretación de los artículos 347 y 348 de la Constitución. a) Sobre la necesidad del referendo consultivo. b) Sobre la no previsión del referendo consultivo para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución de 1999. c) Sobre la usurpación de la soberanía popular. b. Consulta popular. i) Para convocar Asamblea Nacional Constituyente (art. 347). ii) Para aprobar las normas comiciales. I. Comentarios sobre las bases comiciales decretadas por el Presidente de la República. 1. Consideraciones generales. 2. Inconstitucionalidad por usurpación del poder del pueblo soberano. 3. Inconstitucionalidad por la limitación del derecho de participación ciudadana. 4. Inconstitucionalidad por condicionamiento de la selección de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente. 5. Inconstitucionalidad por violación del principio de la representación proporcional. 6. Inconstitucionalidad por exclusión de los partidos políticos del régimen de postulaciones. 7. Inconstitucionalidad por discriminación y exclusión de los electores venezolanos por naturalización y aquellos que tengan doble nacionalidad. 8. Sobre el Decreto que complementa las bases comiciales. 9. Contenido de la función constituyente. ii) Fase 2. Elección de la Asamblea Nacional Constituyente. Instalación y sesión de la Asamblea Nacional Constituyente para la elaboración del proyecto de Constitución. iii) Fase 3. a. Referendo para aprobar el proyecto de Constitución. b. Publicación y entrada en vigor de la nueva Constitución. 3. Poder constituyente. 3.1. Concepto de poder constituyente. 3.2. Titularidad del poder constituyente. 3.3. Características del poder constituyente. i) Es ilimitado. ii) Es originario. iv) Es autónomo. 3.4. Modos de manifestación del poder constituyente. i) Aclamación. ii) Convenciones

constituyentes. iii) Plebiscito constituyente. iv) Asamblea Nacional Constituyente. 4. Asamblea Nacional Constituyente. 4.1. Concepto de Asamblea Nacional Constituyente. 4.2. Límites de la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente. 4.2.1. Límites establecidos por el poder constituyente originario. 4.2.2. Límites establecidos en el sistema jurídico vigente. 4.2.2.1. Principios constitucionales que rigen el proceso constituyente. i) El principio de la democracia y la soberanía popular (art. 2 y 5). a. Bases federales del Estado venezolano como principio de organización democrática (Preámbulo y art. 4). b. Ejercicio democrático de la voluntad popular (artículo 3). c. Pluralismo político (art. 2). d. Carácter democrático de las entidades políticas que componen el Estado (art. 6). e. Respeto a los derechos políticos (art. 39). f. Participación libre en los asuntos públicos (art. 62). g. Derecho al sufragio (art. 63). ii) Principio legalidad (art. 137). iii) Principio de separación de poderes (art. 136). iv) Principio de progresividad de los derechos (art. 19). v) Principios y valores de nuestra historia republicana (art. 350). vi) Principio de responsabilidad patrimonial del Estado (art. 140). vii) Acuerdos y tratados internacionales (art. 23). IV. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

En Venezuela han habido, desde al año 1811 hasta 1999, 26 Constituciones<sup>1</sup>, hechas en la mayoría de los casos a la medida del gobernante de turno y producto de diversos modos de cambios en su texto, desde modificaciones<sup>2</sup>, reformas<sup>3</sup>, enmiendas, hasta procesos constituyentes. Por lo que se refiere a los procesos constituyentes, conviene distinguir, en primer lugar, aquellos convocados con la finalidad de “*constituir un Estado, es decir, establecer la organización política de una sociedad dada, en un territorio determinado*”<sup>4</sup> y que dieron origen al Estado independiente y autónomo de Venezuela, estos son: el proceso constituyente de 1811, cuando se reunió el Congreso General en Caracas con el objeto de constituir el Estado venezolano independiente de la Corona Española, el cual dio lugar a la sanción de la Constitución Federal para los Estados de Venezuela de fecha 21 de diciembre de 1811; y el proceso constituyente de 1830, llevado a cabo por el Congreso Constituyente convocado por el General Páez para constituir el Estado venezolano

---

<sup>1</sup> Estas han sido: la que se atribuye a Juan German Roscio en 1811; la de Simón Bolívar de 1819, la de Colombia (Congreso de Cúcuta) en 1821; la de José Antonio Páez en 1830; la promovida por José Tadeo Monagas en 1857; la que corresponde a Julián Castro en 1858; la de Juan Crisóstomo Falcón en 1864; Antonio Guzmán Blanco en 1874, reformada por él mismo en 1881; la de Raimundo Andueza Palacio en 1891; en el período de Joaquín Crespo tenemos la de 1893, reformadas por el mismo en 1901 y 1904; luego las siete constituciones de Juan Vicente Gómez de 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929 y 1931; la Eleazar López Contreras en 1936; la de Isaías Medina Angarita en 1945; la convocada por Rómulo Betancourt que culminó con la Constitución de 1947; la de Marcos Pérez Jiménez en 1953; la del período democrático de 1961 y la de Hugo Chávez en 1999.

<sup>2</sup> Tal y como fue denominado el mecanismo establecido en el artículo 122 de la Constitución de 1864, que fue modificada en 1874 y posteriormente en 1881.

<sup>3</sup> Como ha sido el caso de, por ejemplo, la constitución de 1830, reformada en 1857 (conforme al procedimiento previsto en la misma –artículo 227).

<sup>4</sup> *Ibidem.* p.47

separado de la Gran Colombia, el cual dio lugar a la sanción de la Constitución del Estado venezolano del 22 de septiembre de 1830.<sup>5</sup>

Además de esos dos procesos constituyentes señalados precedentemente, a lo largo de la historia política y constitucional de Venezuela, ha habido siete procesos más, dirigidos a reconstruir el sistema político y reformar sustancialmente la Constitución<sup>6</sup>. Se trata de las Asambleas Constituyentes de los años 1858, 1864, 1893, 1901, 1946, 1952 y 1999<sup>7</sup>, las cuales, exceptuando la del 1999, “fueron producto de una

<sup>5</sup> Vid. BREWER-CARÍAS, Allan, “Asamblea constituyente y ordenamiento constitucional”, Ob. cit. pp. 47-48.

<sup>6</sup> Téngase en cuenta que no son las constituciones o los procesos constituyentes los que separan los períodos políticos conocidos en nuestra historia republicana, pues los regímenes constitucionales no contienen diferencias sustanciales entre unos y otros, salvo en cuatro oportunidades entre 1811 y 1998 y un último período que nació en 1999.

Así, tal como lo señala BREWER-CARÍAS los períodos constitucionales se dividen en cinco:

- i) Desde 1811 hasta 1863, cuando se realizó la estructura del Estado Independiente y autónomo, que se subdivide a su vez en tres sub-etapas que son: la formación del Estado independiente (1811-1819), la República de Colombia (1821-1830) con la unión de Venezuela en la Gran Colombia y el Estado venezolano autónomo (1830-1863);
- ii) Desde 1863 hasta 1901, correspondiente a la federalización del Estado, marcado por la Constitución de 1864, que configuró el estado Federal bajo la fórmula de la autocracia liberal, a través de la cual se reformó la Constitución en los años 1874, 1881, 1891 y 1893. El período concluyó con la Revolución Liberal Restauradora de 1899.
- iii) Desde 1901 hasta 1945, el período perteneciente a la consolidación del Estado Nacional, conformado por las Constituciones que dieron forma al Estado autocrático centralizado (1901, 1904, 1909, 1914-1922), producto de la iniciación de la dictadura como “petrolera”. El período concluyó con la Revolución de Octubre de 1945.
- iv) Desde 1945 hasta 1998, correspondiente a la etapa de la democracia del Estado Petrolero, iniciado por la Constitución de 1947, la cual a pesar que tuvo una vigencia breve, fue la principal fuente de inspiración de la Constitución de 1961. Esta fase comprende el período inicial del populismo democrático (1945-1948); el interregno de la intervención y dictadura militar (1948-1958) y el Estado Democrático Centralizado de Partidos (1958-1998).
- v) A partir de 1999 hasta la actualidad, se encuentra en proceso de configuración. Fue iniciado con la conformación constitucional, en medio de una crisis política, de las bases de un Estado autoritario centralizado, populista y de signo socialista, que se encuentra “desmoronando las bases del Estado de derecho, de la separación de poderes, de la federación, de los sistemas de control del poder y de la propia democracia representativa”. Véase BREWER-CARÍAS, ALLAN R. “Las Constituciones de Venezuela”. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008. Pp. 26 y 27.

<sup>7</sup> Cabe destacar que en esta lista de procesos no mencionamos el de la Constitución de 1961 y el de la Constitución de 1904, en tanto que fue el propio Congreso el que asumió el poder constituyente para reformar totalmente la Constitución, sin la instalación previa de una



situación de hecho consecuencia de una ruptura del hilo constitucional precedente<sup>8</sup>.

Por lo que se refiere a la Constitución de 1961, de la misma forma como ocurrió con la Constitución de 1904, el Congreso asumió el poder constituyente para reformar totalmente la Constitución. En efecto, luego del derrocamiento de la dictadura de Pérez Jiménez, la Junta de Gobierno optó por mantener vigente la Constitución de 1953 y convocar a comicios generales para la elección del Presidente y los miembros del Congreso para el 7 de diciembre de 1958. El Congreso, instalado en 1959, reformó la Constitución de 1953 ateniéndose para ello al mecanismo de reforma general previsto en ese texto<sup>9</sup> (artículo 140 y ss.) y sancionó la Constitución del 23 de enero de 1961, que tuvo como modelo la de 1947<sup>10</sup>.

## II. EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999

El proceso constituyente de 1999, consecuencia indirecta del golpe de estado encabezado por Chávez el 4 de febrero de 1992, se hizo a través

---

Asamblea Constituyente. En efecto, luego del derrocamiento de la dictadura de Pérez Jiménez, la Junta de Gobierno optó por mantener vigente la Constitución de 1953 y convocar a comicios generales para la elección del presidente y los miembros del Congreso para el 7 de diciembre de 1958. El Congreso, instalado en 1959, reformó la Constitución de 1953 ateniéndose para ello al mecanismo de reforma general previsto en ese texto (artículo 140 y ss.) y sancionó la Constitución del 23 de enero de 1961, que tuvo como modelo la de 1947.

- <sup>8</sup> “Siempre fueron los líderes de la Revolución o el golpe de Estado triunfante los que convocaron la Asamblea Constituyente como consecuencia, precisamente, de la ruptura del hilo constitucional. En todos esos casos que nos muestra la historia, el Poder Constituyente Originario fue convocado por gobiernos de facto para legitimar el sistema y constitucionalizar la propia Revolución”, Vid. BREWER-CARÍAS, Allan, “ Poder Constituyente Originario Y Asamblea Nacional Constituyente (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente) COLECCIÓN ESTUDIOS JURIDICOS N° 72 “, Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 1999.
- <sup>9</sup> Vid. BADELL MADRID, Rafael, “Estudio sobre las Constituciones en el siglo XX”. en “Venezuela Siglo XX. Visiones y Testimonios”, Fundación Polar, Caracas, 2001. Pp.67 y ss.
- <sup>10</sup> En efecto, “ Luego de un nuevo golpe de Estado, en 1958, la Junta Militar y la subsiguiente Junta de Gobierno asumieron el poder continuando en aplicación la Constitución de 1953, hasta que el Congreso electo en 1958, conforme a dicho texto (art. 140 y ss.), reformó totalmente la Constitución, sancionando la Constitución del 23-01-61, que tuvo como modelo la de 1947...”, Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan, “Asamblea constituyente y ordenamiento constitucional”, Ob. cit. p. 50.

de un proceso consultivo, mediante votaciones directas, universales y secretas. Ese proceso constituyente fue desarrollado en tres fases y en él fue reconocida la soberanía y, por tanto, el poder constituyente, a todo el pueblo venezolano. En efecto, este proceso constituyente de 1999 fue un proceso complejo que se inició con el Decreto N°3, del recién electo presidente de la República, Hugo Chávez. Ese Decreto tuvo como fundamento una decisión de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 19 de enero de 1999, dado que la Constitución de 1961 (vigente para la fecha) no contemplaba dicho mecanismo y sólo preveía la enmienda y la reforma constitucional. De esta forma la Sala Político-Administrativa, con ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche, en interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (que consagraba la figura del referendo consultivo para asuntos de trascendencia nacional), estableció que el poder constituyente originario es un poder soberano e ilimitado que reside en el pueblo y que por lo tanto la soberanía popular es suprema a la Constitución y por ello no está regulada por las normas que derivan del poder constituido. Expresamente determinó la Sala que: *“La soberanía popular se convierte supremacía de la Constitución cuando aquella, dentro de los mecanismos jurídicos de participación decida ejercerla”* y con ello dio lugar a que se convocara un referendo que permitió consultar al pueblo su voluntad de iniciar un proceso constituyente o no.

Así fue como, mediante Decreto N° 3 del 2/02/1999 publicado en Gaceta Oficial N° 36.634, el Presidente tomó la iniciativa y acordó un referendo para consultar al pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente; instó al Consejo Nacional Electoral ejecutar los actos necesarios para divulgar el contenido de la convocatoria, e invitar a los ciudadanos a participar y realizar el conteo de votos; y estableció las dos preguntas que contenía el instrumento electoral, las cuales fueron: 1. ¿Convoca usted a una Asamblea Nacional Constituyente?; 2. ¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?

Ahora bien, el Decreto N° 3 fue objeto de varias impugnaciones dado que no hizo referencia alguna a la forma en que se haría la consulta y, por el contrario, incluía como segunda pregunta una solicitud del presidente al pueblo para que delegara en aquél la fijación de las bases del proceso comicial para la elección de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente. Dentro de estas impugnaciones están, en primer lugar, la decidida en sentencia del 18 de marzo de 1999 por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, que anuló la referida segunda pregunta. En su fallo, apuntó la Corte que la posibilidad de que se pudiera convocar a una Asamblea Nacional Constituyente por vía de un referendo consultivo no constituía una alteración de los principios fundamentales del Estado democrático de derecho, contenidos en la Constitución de 1961.

Tales circunstancias obligaron al Consejo Nacional Electoral a modificar el documento de consulta para el referendo y a incorporar en éste las bases comiciales conforme a las cuales la propia Asamblea dictaría su Estatuto. Sin embargo, contrariando lo dispuesto en la sentencia dictada por la Corte, el 18 de marzo de 1999, el Consejo Nacional Electoral insertó dentro de las bases comiciales, en la base octava, una frase que calificaba a la Asamblea como poder originario que recoge la soberanía popular. Habiendo sido impugnadas las referidas bases comiciales por ante el Máximo Tribunal, mediante sentencia del 13 de abril de 1999 fue anulada dicha frase al considerar que se estaba desvirtuando la vigencia del régimen de la Constitución de 1961, como elemento limitante de la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente.

Una vez resueltas las controversias, el 25 de abril de 1999 fue realizada la consulta, la cual arrojó un resultado favorable para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. Tres meses después, el 25 de julio de 1999, fueron elegidos los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente. El 3 de agosto de 1999 se instaló la Asamblea y para esta primera etapa, en el período comprendido entre el 2 de septiembre y el 18 de octubre de 1999<sup>11</sup>, el trabajo se concentró en las 20

---

<sup>11</sup> Durante su primer mes de funcionamiento dedicó a la intervención de los poderes constituidos. Con base en un Decreto de Reorganización de los Poderes Públicos, la Asamblea Nacional Constituyente dictó los Decretos para la Regulación de las funciones del Poder Legislativo y de Reorganización del Poder Judicial, los cuales sirvieron de fundamento para

comisiones permanentes designadas para la elaboración de los artículos constitucionales.

La primera discusión constó de 19 sesiones plenarias, celebradas entre el 20 de octubre y el 19 de noviembre de 1999<sup>12</sup>. Concluido el Proyecto, fue sometido a la consideración popular mediante la convocatoria a un referendo aprobatorio. La Constitución fue finalmente aprobada el 15 de diciembre de 1999 y puesta en vigor el 30 de diciembre del mismo año.

### **III. DISTINCIÓN ENTRE PROCESO CONSTITUYENTE, PODER CONSTITUYENTE Y ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE**

#### **1. Punto previo**

Conforme a la Constitución de 1999, el régimen jurídico del proceso constituyente está regulado en el Título IX “De la Reforma Constitucional”, Capítulo III, “De la Asamblea Nacional Constituyente”, en el cual están contenidos los artículos 347, 348 y 349.

El artículo 347 determina, en concordancia con el artículo 5 constitucional, que el pueblo venezolano, como único soberano, es el depositario del poder constituyente y por ende, el único que puede iniciar un proceso constituyente a través de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.

Por su parte, el artículo 348 regula la iniciativa de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente y dispone los órganos competentes para activar la iniciativa constituyente; estos son, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, la Asamblea Nacional mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes, los Consejos

---

que la Asamblea Nacional Constituyente usurpara algunas de las funciones atribuidas al Congreso e interviniera el Poder Judicial. Vid. BADELL MADRID, Rafael, “Estudio sobre las Constituciones en el siglo XX” . en “Venezuela Siglo XX. Visiones y Testimonios”, Ob. cit.

<sup>12</sup> Los debates sobre el Proyecto se caracterizaron por su rapidez y por ser poco reflexivos; en vez de discutirse los artículos separadamente, las discusiones se hacían por bloques o capítulos, limitando las intervenciones de los participantes.

Municipales en cabildo mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos y al quince por ciento de los electores inscritos en el registro electoral y civil. Por último, el artículo 349 establece la prohibición de los poderes constituidos, incluyendo al Presidente de la República, de intervenir o impedir de forma alguna las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente; a la vez que dispone que una vez promulgada la nueva Constitución, ésta debe ser publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o en la Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente.

Pero además de las anteriores disposiciones mencionadas, la Constitución contiene un conjunto de normas que deben ser todas tomadas en cuenta para la correcta interpretación y aplicación de las disposiciones referidas concretamente al proceso constituyente. De forma que para determinar el régimen jurídico que informa y rige el proceso constituyente, el poder constituyente y la Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución de Venezuela, además de los precitados artículos 347, 348 y 349 de la Constitución, es necesario integrar todos los principios y normas contenidos en la Constitución, desde su preámbulo hasta la última de sus disposiciones.

Es el bloque de la constitucionalidad lo que determina la correcta interpretación de la norma constitucional, no sólo las normas supraconstitucionales y los valores y principios que lo integran, sino también la labor integradora que impone el principio de unidad de la Constitución y que impide la interpretación aislada de sus artículos sin conexión con el resto del ordenamiento constitucional.

Así entonces, el proceso constituyente está regido e informado por los principios fundamentales que establece la propia Constitución, referidos especialmente al ejercicio de la soberanía del pueblo venezolano y la democracia. Todos y cada uno de los aspectos del proceso constituyente deben ajustarse a los valores superiores del ordenamiento jurídico venezolano y de su actuación, como la democracia, el pluralismo político (artículo 2 de la Constitución); los fines esenciales del Estado, como lo es el ejercicio democrático de la voluntad popular (artículo 3); al ejercicio de la soberanía, la cual 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 lo

que los órganos del Estado están sometidos a dicha soberanía (artículo 5); al carácter democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables que debe tener el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y las demás entidades políticas que la componen (artículo 6); al principio de supremacía constitucional (artículo 7); al principio de progresividad de los derechos (artículo 19); al respeto de los derechos inherentes a la persona (artículo 22); al respeto de los derechos políticos de los venezolanos (artículo 40), incluyendo el de participación libre en los asuntos públicos (artículo 62), el sufragio, el cual se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas (artículo 63) y por supuesto, los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, entre los cuales y en lo político, se encuentra la iniciativa constituyente (artículos 70 y 71 en concordancia con el artículo 348 de la Constitución), a la vigencia de la Constitución (artículo 333), entre otros.

De allí que con el objeto de lograr una correcta integración de todas las normas y principios constitucionales ya mencionados, es preciso hacer uso de una desinteresada interpretación constitucional, que parta de la premisa de que las disposiciones constitucionales no se encuentran aisladas unas de otras y que la Constitución debe ser considerada como un todo, como un bloque que no acepta interpretaciones de una de sus normas divorciada del resto de las disposiciones constitucionales, que fue lo que precisamente hizo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la decisión N° 378, de fecha 31 de mayo de 2017, para así justificar la inconstitucional convocatoria realizada por el Presidente de la República en base al artículo 348 que sólo contempla la iniciativa más no el poder de convocatoria que por virtud del artículo 347 y de todas las normas constitucionales atañedoras los principios mencionados de soberanía y democracia implican reservar de forma exclusiva y excluyente al pueblo de Venezuela.

La incorrecta interpretación con el desviado fin de justificar la ilegítima convocatoria presidencial, lleva al absurdo de obviar que lo mismo aplicaría a los otros titulares de la iniciativa, esto es, la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de la 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 en el Registro Civil y Electoral. En el último de los supuestos el absurdo es evidente porque implicaría que un porcentaje minoritario del 15% de los electores podrían convocar al proceso constituyente, razón por la cual la sentencia lo niega, sin razonamiento alguno. Lo cierto es que ninguno de estos sujetos tiene el poder de convocatoria, sí el de iniciativa, para someter la decisión al pueblo soberano, único titular de la potestad constituyente. Desvirtuó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia los artículos 347 y 348, que por sí solos dan lugar a una interpretación contraria a la decidida, pero además obvió considerar el resto de disposiciones y principios constitucionales, de los que se desprende también todo lo contrario, como es que la soberanía reside en el pueblo y es intransferible<sup>13</sup> y por ende es éste el único que puede convocar a una Asamblea Nacional Constituyente.

La doctrina del bloque de la constitucionalidad, de uso frecuente no sólo en Francia sino también en España, obliga tener presente desde el contenido del preámbulo de la Constitución hasta la última de sus disposiciones, así como todos aquellos principios, valores y derechos no presentes en su texto pero que, sin embargo, rigen la estructura constitucional del Estado, lo cual incluye también sus antecedentes y el proceso de formación de la Constitución precedente.

En el derecho administrativo francés (Maurice Hauriou) se hacía referencia a la doctrina del bloque de la legalidad “*bloc de légalité*” para referirse a las leyes y principios generales de derecho que podía aplicar el Consejo de Estado Francés para controlar la legalidad de la actuación de la administración pública, y a partir de esta doctrina se ha desarrollado el principio del “bloque de la constitucionalidad” que alude al

---

<sup>13</sup> En efecto, la Sala Constitucional, interpretando aislada y literalmente los artículos 347 y 348 de la Constitución, ha despojado con su fallo al pueblo del ejercicio exclusivo e intransferible de la soberanía (artículo 5 de la Constitución), justificando la usurpación cometida por el Presidente de la República, Nicolás Maduro, al convocar una Asamblea Nacional Constituyente, facultad exclusiva del poder constituyente originario, cuyo único depositario es el pueblo de Venezuela (artículo 347 de la Constitución). Mediante la sentencia N°378 se usurpa el derecho del depositario del poder constituyente de decidir si convoca o no convoca a una Asamblea Nacional Constituyente y por lo tanto se viola los principios de democracia y soberanía establecidos expresamente en la Constitución (artículos 2, 3, 5, 63, 70, 71, entre otros, de la Constitución).

conjunto de principios y reglas de valor constitucional, en elaboración primero académica y después jurisprudencial, según se desprende de la decisión del Consejo Constitucional del 16 de julio de 1971<sup>14</sup>. En efecto, a partir de esta decisión, el Consejo Constitucional francés utilizó la noción “bloque de constitucionalidad” por primera vez para proteger la libertad de asociación, derecho consagrado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en el Preámbulo de la Constitución de 1946, mas no en el texto constitucional vigente en Francia para entonces. De esta forma, “el Consejo constitucional reconoce sin ambages que la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946, a los que se remite el preámbulo de la Constitución de 1958, forman parte de las normas constitucionales de referencia y pueden ser así invocadas en el marco del control de constitucionalidad”<sup>15</sup>.

Respetando esta doctrina del “Bloque de la Constitucionalidad” pasaremos a continuación a desarrollar la noción de “proceso constituyente”, “poder constituyente” y “Asamblea Nacional Constituyente” y los principios, valores y normas constitucionales que lo rigen.

## 2. Proceso constituyente

### 2.1. Concepto de proceso constituyente

El proceso constituyente, tal y como ha sido definido por la exposición de motivos de la propia Constitución venezolana, es el “*instrumento fundamental para garantizar al pueblo de Venezuela la posibilidad abierta de modificar sustancialmente el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, creando un nuevo texto constitucional*”, por lo que corresponde su convocatoria exclusivamente al pueblo como único titular de la soberanía nacional, en ejercicio directo de la toma de

<sup>14</sup> Para estudiar la doctrina del “Bloque de la Constitucionalidad” véase: George Vedel y Pierre Devolvé. *Droit Administratif*, 11ª ed., vol., I, Paris, 1990, pág.60 y Louis Favoreu, “El Bloque de la Constitucionalidad” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, enero-marzo 1990, Madrid.

<sup>15</sup> Vid. el sitio Internet del Consejo Constitucional de la República Francesa: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/presentacion-general/presentacion-general.25785.html>



decisiones fundamentales del país, como lo sería el cambio sustancial de su Constitución y, por lo tanto, del Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo 5, en concordancia del artículo 347 de la Constitución<sup>16</sup>.

De forma que el proceso constituyente es un proceso de rango constitucional, de naturaleza compleja, que se ejecuta en varias fases, dirigido a modificar de forma sustancial el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que culmina con un nuevo texto constitucional.

Los motivos por los cuales se pretenda modificar el texto constitucional a través de una Asamblea Nacional Constituyente de conformidad con el artículo 347 constitucional deben estar dirigidos a la finalidad de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución. La interpretación que sobre este precepto constitucional se realice debe ser restrictiva, de modo que no puede ampliarse la motivación y finalidad de un proceso constituyente, pues de hacerlo se estaría incurriendo en un fraude a la Constitución a través de una evidente desviación de poder.

De no tratarse de una modificación sustancial, la Constitución prevé otros mecanismos dirigidos a reformar su texto, como son la enmienda y la reforma constitucional.

### **i) Enmienda constitucional**

De conformidad con el artículo 340 de la Constitución, la enmienda es un mecanismo para su modificación, cuyo fin es la adición o cambios en uno o varios artículos de la Constitución, sin alterar su estructura fundamental.

---

<sup>16</sup> “En este marco, uno de los signos más característicos de la Constitución de 1999, es el haber establecido un régimen de democracia representativa y participativa (art. 5), lo que implica el derecho del pueblo (y por tanto, todos los ciudadanos), de ejercer su soberanía en forma indirecta mediante el sufragio para elegir a sus representantes (art.62); y en forma directa, participando en la toma de decisiones expresando su voluntad, por ejemplo, a través de referendos (art. 71). De eso trata la democracia representativa y la democracia participativa regulada en la Constitución”, Vid. 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”, en <http://allanbrewercarias.com/documentos/155-derecho-del-pueblo-participar-las-reformas-la-constitucion-signomas-caracteristico-la-democracia-participativa-no-puede-arrebatado-los-gobernantes/>

Según lo dispuesto en el artículo 341 de la Constitución, el trámite se hará: i) mediante iniciativa que podrá partir del quince por ciento de los ciudadanos inscritos en el Registro Civil y Electoral; o de un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente de la República en Consejo de Ministros (Artículo 341, numeral 1); cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá de la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá según el procedimiento establecido en la Constitución para la formación de leyes (Artículo 341, numeral 2); ii) el Poder Electoral someterá a referendo la enmienda a los treinta días siguientes a su recepción formal (Artículo 341, numeral 3); se considerará aprobada la enmienda de acuerdo a los resultados de la elección, conforme a lo previsto en la ley relativa al referendo aprobatorio; y iii) de ser aprobada por el pueblo venezolano deberá el Presidente de la República promulgarla dentro de los diez días siguientes (artículo 346), y se deberá numerar consecutivamente y publicar a continuación de la constitución sin alterar su texto, anotando al pie del artículo enmendado la referencia del número y fecha en que la enmienda lo modificó (Artículo 341, numeral 5).

## **ii) Reforma constitucional**

La reforma constitucional, conforme a lo dispuesto en el artículo 342 de la Constitución, tiene por objeto una revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional. La iniciativa puede partir de la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes, del Presidente de la República en Consejo de Ministros; o un número no menor del quince por ciento de los ciudadanos inscritos en el Registro Civil y Electoral.

La Asamblea Nacional deberá tramitar la iniciativa de reforma constitucional en la forma siguiente: i) una primera discusión en el período de sesiones correspondiente a la presentación del mismo, ii) una segunda discusión por Título o Capítulo, según fuera el caso; y iii) una

tercera y última discusión artículo por artículo. La Asamblea Nacional deberá aprobar el proyecto de reforma con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes, en un plazo no mayor de dos años, contados a partir de la fecha en la cual conoció y aprobó la solicitud de reforma (artículo 343, numerales 4 y 5).

Posteriormente, el proyecto de reforma aprobado por la Asamblea Nacional se someterá a referendo dentro de los treinta (30) días siguientes a su sanción (artículo 344). La reforma se considerará aprobada si el número de votos positivos es mayor al número de votos negativos (artículo 345). Por último, el Presidente de la República deberá promulgar la Reforma dentro de los diez días siguientes a su aprobación (artículo 346).

## 2.2. Fases del proceso constituyente

El proceso constituyente, según se desprende del bloque de la constitucionalidad, se desarrolla en tres fases: i) La primera etapa se compone de dos trámites fundamentales: la iniciativa del proceso y la convocatoria al proceso consultivo respecto de si se convoca o no una Asamblea Nacional Constituyente y la aprobación de las bases comiciales; ii) La segunda fase se inicia con la convocatoria a referendo para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente; dentro de esta fase tenemos la instalación de la Asamblea Nacional constituyente y todo el proceso de deliberación, discusión y elaboración de la nueva Constitución; iii) y la última fase se refiere al referendo consultivo sobre la aprobación o no del proyecto de Constitución elaborado por la Asamblea Nacional Constituyente.

Fase 1	Fase 2	Fase 3
I. Iniciativa de convocatoria	I. Elección de la Asamblea Nacional Constituyente	I. Consulta popular para aprobar el proyecto de Constitución
II. Consulta popular: 1. Convocar Asamblea Nacional Constituyente 2. Aprobar normas comiciales	II. Instalación y sesión III. Elaboración del texto de la Constitución	II. Publicación y entrada en vigor de la nueva Constitución

## i) Fase 1

### a. Iniciativa de convocatoria (art. 348)

La iniciativa de convocatoria a un proceso constituyente, según lo dispone el artículo 348 de la Constitución, puede ser tomada por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; 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; o el quince por ciento de los electores inscritos en el registro civil y electoral. Una vez que haya sido formulada la iniciativa por cualquiera de los cuatro legitimados para ello, la misma debe consignarse junto con las bases comiciales (estatuto) ante el Poder Electoral, con el fin de que el órgano encargado para ello, el Consejo Nacional Electoral, proceda a convocar un referendo para que el pueblo, mediante votación universal, directa y secreta, decida si adopta o no dicha iniciativa para convocar la Asamblea Nacional constituyente<sup>17</sup>.

Es preciso señalar que al referido artículo 347 se le da como título el de “Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente”, que atribuye al Pueblo. Mientras que al artículo 348 se le denomina “Iniciativa de Convocatoria”, y la atribuye al Presidente, la Asamblea Nacional, los Concejos Municipales y un 15% de electores.

Entonces, es el pueblo, depositario del poder constituyente originario, y no los poderes constituidos quien debe convocar la Asamblea Nacional Constituyente; dichos poderes sólo pueden promover tal convocatoria, por lo cual tal iniciativa conduce necesariamente a una consulta mediante un referendo al pueblo sobre si quiere o no convocar a la Asamblea Nacional Constituyente.

En este sentido es menester hacer alusión al concepto de pueblo, el cual debe entenderse no sólo como el conjunto de personas físicas que habitan en el territorio del Estado<sup>18</sup>, sino como un todo complejo y unitario que comprende el elemento personal del ente estatal y que

<sup>17</sup> BREWER-CARÍAS, Allan, “ Sobre cómo se puede convocar en Venezuela una Asamblea Nacional Constituyente”, véase enlace web: <http://versionfinal.com.ve/politica-dinero/sobre-como-se-puede-convocar-en-venezuela-una-asamblea-nacional-constituyente/>

<sup>18</sup> Como lo ha definido la Real Academia Española (2014).

está caracterizado por una “continuidad histórica manifestada a través de una sucesión de generaciones, vinculadas a ese Estado por una relación de permanencia, puesto que es en virtud de ello que tienen el derecho de imprimirle una determinada fisonomía y una determinada orientación política, es decir, tienen un poder conformador de la organización estatal”<sup>19</sup>. De forma que es el pueblo quien tiene la iniciativa de convocar una Asamblea Nacional constituyente y es éste a quién se refieren los artículos 5 y 347 de la Constitución cuando regulan que la soberanía reside en el pueblo, que es intransferible y que en ejercicio de esa soberanía puede convocarse una Asamblea Nacional Constituyente para dictar una nueva Constitución.

### **a.1. Inconstitucionalidad de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente mediante Decreto Nro. 2.830**

En fecha de 1° de mayo de 2017 fue publicado en Gaceta Oficial Nro. 6.295 extraordinario el Decreto Nro. 2.830, mediante el cual el Presidente de la República “convoca una Asamblea Nacional Constituyente, ciudadana y de profunda participación popular”.

El referido Decreto está viciado de inconstitucionalidad por cuanto usurpa la titularidad atribuida al pueblo en el artículo 347 a estos efectos y como depositario del poder constituyente de decidir si convoca o no la Asamblea Nacional Constituyente, y además inconstitucional en tanto viola los principios de democracia y soberanía establecidos expresamente en los artículos 2, 3, 5, 62, 63, 70, 71, entre otros.

Por disposición del artículo 347, en concordancia con el artículo 5 de la Constitución, le corresponde de manera exclusiva al pueblo de Venezuela, en su globalidad como el único detentador de la soberanía popular, la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. La consecuencia principal de que al pueblo le sea reconocida la titularidad de la soberanía es que al mismo le corresponde el ejercicio del poder constituyente.

<sup>19</sup> PEÑA SOLÍS, José, “Lecciones de Derecho Constitucional General”, Volumen I, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2008. Pp.19-20.

De conformidad con el artículo 348 de la Constitución, ciertos órganos de los poderes constituidos, como son el Presidente de la República en Consejo de Ministros, Asamblea Nacional y los Consejos Municipales, y de otra parte, el 15% por ciento de los electores inscritos en el registro civil y electoral, tienen un poder de iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, lo que quiere decir que a lo sumo tienen la facultad de promover tal convocatoria para que se consulte mediante un referendo consultivo al pueblo sobre si quiere o no convocar a una Asamblea Nacional Constituyente.

De acuerdo con lo anterior, el pueblo mayoritariamente, y jamás los poderes constituidos ni un mero 15 % de los electores, pueden considerarse depositarios del poder constituyente originario, y por tanto la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente es competencia exclusiva de esa mayoría popular, por ser el pueblo el titular de la soberanía.

Esta convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de modificar sustancialmente el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, creando un nuevo texto constitucional, es una materia que por comprender una atribución expresa de la soberanía nacional (artículo 5 y artículo 347 constitucional), y por ser de especial trascendencia nacional, debe ser sometida a referendo consultivo, mediante votaciones libres, universales, directas y secretas (artículo 62 y 70, en concordancia con artículos 63 y 71).

Ello fue así reconocido en el proceso constituyente del año 1999, en el que a pesar de que la Constitución de 1961 no preveía la Asamblea Nacional Constituyente, fue determinante el principio conforme al cual éste podía ser convocado por el pueblo, desde el principio que dispone que la soberanía reside en el pueblo, y que éste y sólo éste, como su titular puede decidir cambiar la estructura del Estado y transformar el texto constitucional. La necesidad de esta aprobación popular para la convocatoria del proceso constituyente fue exigida en 1999 por mandato de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, y en los futuros procesos lo es, por la incorporación de esta jurisprudencia en el texto de la Constitución de 1999, como expresamente lo reconoce su exposición de motivos y que es lo que se recoge en el artículo 347 cuando reserva al pueblo la titularidad de la convocatoria del proceso constituyente.

De esta forma, el Decreto, al omitir la voluntad del pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, y convocar directamente este mecanismo de sustitución constitucional, contraría también el principio de progresividad de los derechos (artículo 19 de la Constitución), en especial el de participación ciudadana en el ejercicio de la soberanía popular (artículo 62 y 70 de la Constitución). De manera que, si el pueblo fue considerado y reconocido como soberano en el 99 para ejercer el poder constituyente a través de la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, previa consulta mediante referendo, a pesar de que la Constitución de 1961 no lo preveía, y ello se acogió en el texto de 1999 como así lo indica a letra expresa su exposición de motivos, nadie puede arrebatarse al pueblo su derecho de decidir sobre el ejercicio de su soberanía, si convoca o no una Asamblea Nacional Constituyente para crear un nuevo ordenamiento jurídico, redactar una nueva Constitución y transformar el Estado.

En efecto, no sólo el contenido claro del artículo 347 de la Constitución, sino también la experiencia de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, elimina cualquier posibilidad de que otro cuerpo, distinto al pueblo, sea quien pueda convocar una Asamblea Nacional Constituyente, y de esta forma prohíbe que cualquier órgano del Estado, incluido su Presidente, su Consejo Nacional Electoral y su Tribunal Supremo de Justicia, usurpen el poder constituyente originario que sólo lo tiene el pueblo.

El Decreto arrebató este derecho exclusivo del pueblo venezolano, como único titular del poder constituyente originario, de convocar una Asamblea Nacional Constituyente, en completa violación de los principios y normas constitucionales establecidos desde el preámbulo de la Constitución, y en los artículos 2, 3, 5, 6, 19, 62, 63, 70, 71, 347 y 348, de la Constitución<sup>20</sup>, y lo hace con la complicidad de otros poderes constituidos: la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y

<sup>20</sup> 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 participativa 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/>

el Consejo Nacional Electoral, y todos otros aquellos que se manifiestan a favor de este fraude constitucional, de forma expresa o por omisión.

### **a.2. Inconstitucionalidad de la sentencia N° 378 de la Sala Constitucional en interpretación de los artículos 347 y 348 de la Constitución**

El Presidente de la República, a través del Decreto N° 2.830, por el cual convoca una Asamblea Nacional Constituyente, ha usurpado el derecho del depositario del poder constituyente de decidir si convoca o no convoca la referida Asamblea Nacional Constituyente, y por lo tanto viola los principios de democracia y soberanía, así como el derecho de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en fraude a la Constitución y a la voluntad popular.

No obstante lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 378 de fecha 31 de mayo de 2017, intentando legitimar la acción inconstitucional del Presidente de la República de convocar una Asamblea Nacional Constituyente, mediante una pretendida interpretación de los artículos 347 y 348 de la Constitución, que no es tal, determinó que no es necesario ni constitucionalmente obligante un referendo consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

En efecto, la Sala Constitucional afirmó que el artículo 347 define en quien reside el poder constituyente originario, es decir, en el pueblo como titular de la soberanía, pero contrariamente a la más elemental lógica jurídica que de ello se sigue, dispuso que el artículo 348 contempla que la iniciativa para ejercer la convocatoria constituyente equivale, en el caso del Presidente, al poder de convocatoria, pues éste “*actúa en ejercicio de la soberanía popular*”.

La Sala Constitucional determinó que la Constitución de 1999, al reconocer la soberanía popular en su artículo 5, dispone a su vez que dicha soberanía puede ejercerse tanto directa como indirectamente, y en este sentido declara la Sala que si bien el pueblo puede ejercer la democracia participativa, también puede ejercer la democracia representativa, en ejercicio indirecto de su soberanía. Indica entonces que los órganos que ejercen el poder público pueden ejercer indirectamente



y por vía de representación la soberanía popular y por lo tanto, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, de acuerdo con el artículo 348 de la Constitución, puede decidir convocar a una constituyente sin que sea necesario consultar al pueblo.

Indica la sentencia que la situación por medio de la cual se convocó a una Asamblea Nacional Constituyente mediante referendo revocatorio en el año 1999 difiere mucho con la de la actualidad, porque la Constitución de 1961 simplemente no preveía este mecanismo y que en la actualidad no existe esa necesidad de un referendo consultivo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, puesto que este mecanismo de “revisión” constitucional actualmente sí está contemplado expresamente en el texto constitucional vigente. Existe en efecto en el texto vigente, pero sujeto a la convocatoria que el pueblo debe realizar de acuerdo con el texto expreso del artículo 347, cuestión que omite el sentenciador.

Se afirma en el fallo de la Sala Constitucional que a pesar de estar la Asamblea Nacional Constituyente prevista de forma expresa en la Constitución, no hay previsión sobre un referendo acerca de la iniciativa de su convocatoria y alude al Diario de la Constituyente (contenido de la sesión 41 del 9 de noviembre de 1999), en el cual consta “la propuesta del Constituyente Manuel Quijada de que el pueblo pudiera convocar a la Asamblea Nacional Constituyente mediante un referendo, fue negada”. Además, dispone la Sala que esta falta de previsión se debe a que en el debate constituyente prevaleció la tesis según la cual *“la Constitución no puede limitar la Asamblea Constituyente, pues, al ser ésta la expresión directa de la soberanía popular, no admitía limitaciones”*, y que de lo contrario se habrían creado límites que desnaturalizarían su carácter de poder constituyente originario y, en principio, ilimitado.

También indicó la Sala que a pesar de que la Constitución sí dispone en su artículo 71 la posibilidad “opcional o facultativa” por la cual pueda convocarse a referendo consultivo las “materias de especial trascendencia nacional”, en la actualidad existen circunstancias que de forma sobrevenida dan cabida a un proceso de instalación de la Asamblea Nacional Constituyente (*“como es la aguda situación de la crisis política actualmente enfrentada y que ha provocado el decreto de un*

*estado de excepción no concluido aún, que ha motivado la toma de decisiones genéricas, expeditas y de profundidad constitucional...*”), sin que sea necesario hacer uso en esta posibilidad que como opción brinda lo previsto en el artículo 71 constitucional.

De esta forma, la Sala Constitucional concluyó 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 decisión es prueba de la complicidad del Tribunal en el denunciado fraude constitucional, pues arrebató con estos baladíes argumentos el ejercicio de la soberanía que en el caso del poder constituyente atribuye el artículo 347 al pueblo de Venezuela.

#### **a) Sobre la falta de necesidad del referendo consultivo**

La carencia de toda lógica en la motivación de la Sala Constitucional en cuanto a que a diferencia de lo ocurrido bajo la Constitución del 61, en el texto vigente del 99 no hay necesidad de un referendo revocatorio para la constitución de una Asamblea Nacional Constituyente, porque la primera no preveía dicho mecanismo, y la segunda sí lo hace, es evidente.

El hecho de que en el año 1999 se consultara al pueblo si quería o no convocar una Asamblea Nacional Constituyente se debió al criterio establecido en la Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 19 de enero de 1999, conforme al cual sólo el pueblo tiene el derecho a decidir esta convocatoria, aun cuando la Constitución no lo previera.

De manera que el criterio lo que hizo fue aplicar el principio conforme al cual la soberanía reside en el pueblo, de manera que si el pueblo fue considerado y reconocido como soberano en el 99 para ejercer el poder constituyente a través de la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, a través de referendo, a pesar de que la Constitución de 1961 no lo preveía, hoy en día con más razón se necesita la consulta al pueblo para en ejercicio de esa soberanía popular, pueda

ejercerse el poder constituyente originario que la Constitución de 1999 ahora a letra expresa le otorga.

Pero más grave aún es que Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 expresamente indica que este criterio constitucional se hizo norma en la Constitución del vigente, por lo cual cualquier negación de esta premisa es indudablemente inconstitucional. Así se explica con meridiana claridad en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, en la cual se lee: *“En este contexto se debe entender que el ejercicio de la soberanía por parte del pueblo, lejos de afectar el proceso de refundación de la República y de lograr el objetivo de la profundización democrática, se convierte en herramienta indispensable del protagonismo popular, desterrando el sistema de cónclaves que decidían los destinos del país a espaldas de la sociedad”*, de modo que la Asamblea Nacional Constituyente se consagra en la Constitución como *“el instrumento fundamental para garantizar al pueblo de Venezuela la posibilidad abierta de modificar sustancialmente el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, creando un nuevo texto constitucional.”*<sup>21</sup>.

Es entonces más que evidente que esta posibilidad de que el pueblo convoque que no estaba presente en la Constitución de 1961, tal y como lo reseña la Exposición de Motivos de la Constitución, que tuvo que ser aplicada por vía de interpretación de la Corte Suprema de Justicia para hacer posible la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente en aquél momento; ahora se contempla expresamente en el artículo 347 en el texto constitucional vigente.

### **b) Sobre la no previsión del referendo consultivo para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución de 1999**

La Sala Constitucional argumenta además que la Constitución, si bien contempla la Asamblea Nacional Constituyente, no establece nada sobre el referendo popular para decidir su convocatoria para no limitar

<sup>21</sup> Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Título IX de la Reforma Constitucional.

el poder constituyente, y para corroborar ello cita el diario de debates de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999.

En efecto, la Sala Constitucional señaló expresamente que “En primer lugar, no hay previsión alguna sobre un referéndum acerca de la iniciativa de convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Por otra parte, al consultar el contenido de la sesión 41 del 9 de noviembre de 1999, en el Diario de la Constituyente, esta Sala observó que en el desarrollo del debate correspondiente, la propuesta del Constituyente Manuel Quijada de que el pueblo pudiera convocar a la Asamblea Constituyente mediante un referéndum, fue negada.”

En primer lugar, lo que se constata en el debate de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 es la imposibilidad de limitar el poder constituyente originario, el cual sólo corresponde al pueblo de Venezuela según el artículo 5 de la Constitución. Ello se desprende expresamente de la discusión iniciada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, específicamente en la sesión de fecha 19 de noviembre de 1999, en la cual se debatió sobre el articulado del anteproyecto de Constitución referido a la figura de la Asamblea Nacional Constituyente<sup>22</sup> como mecanismo para la reforma de la Constitución<sup>23</sup>.

En efecto, tras analizar las normas relativas a la iniciativa y a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, y a raíz de la propuesta formulada por el constituyente Manuel Quijada sobre la incorporación de una norma constitucional que expresara que “*El pueblo*

<sup>22</sup> Dicho articulado contenía los artículos 390, 391 y 392 del siguiente modo:

“Artículo 390. El pueblo, como constituyente originario, puede convocar una Asamblea Constituyente con el objeto de crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una Constitución democrática.”

“Artículo 391. La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Constituyente la podrá ejercer el Presidente de la República en Consejo de Ministros, la Asamblea Nacional por acuerdo aprobado por las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara o por un número no menor del diez por ciento de los electores en el Registro Electoral Nacional.”

“Artículo 392. Se considerará aprobada la convocatoria a la Asamblea Constituyente si en el referendo llamado al efecto el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. Si el resultado del referendo fuese negativo, no podrá presentarse una nueva iniciativa de convocatoria a la Asamblea Constituyente en el mismo período constitucional.”

<sup>23</sup> BREWER-CARÍAS, Allan, “La Asamblea Nacional Constituyente de 1999 aprobó que solo el pueblo mediante “referendo de convocatoria” puede convocar una Asamblea Constituyente: Análisis del diario de debates”, véase enlace web: [http://allanbrewercarias.com/?s=la+Asamblea+Nacional+constituyente+de+1999+aprob%C3%B3&taxonomy\\_year=](http://allanbrewercarias.com/?s=la+Asamblea+Nacional+constituyente+de+1999+aprob%C3%B3&taxonomy_year=)

*venezolano, como constituyente primario u originario puede, cuando así lo desee y en cualquier momento, convocar a una Asamblea Nacional Constituyente para que redacte una nueva Constitución distinta a la vigente, sin estar sujeta a las normas del ordenamiento jurídico ni de la Constitución preexistente. Los Poderes Constituidos quedan sometidos a la jurisdicción de la Asamblea Nacional Constituyente.*”<sup>24</sup>, surgió un debate respecto de cómo debía convocarse dicha Asamblea Nacional Constituyente, iniciado por las preguntas del Presidente de la misma –constituyente Luis Miquelena<sup>24</sup>–, dirigidas al constituyente Manuel Quijada, quien en su momento respondió:

“CONSTITUYENTE QUIJADA (MANUEL).-Ciudadano Presidente. Sería mediante un referendo. Lo que soluciona este artículo es la discusión de si el pueblo tiene Poder Constituyente o no lo tiene, si puede convocar a una Asamblea Constituyente o no cuando bien lo desee.

EL PRESIDENTE.- ¿Pero cómo la convoca el pueblo?

CONSTITUYENTE QUIJADA (MANUEL).-Por medio de un referendo.”<sup>25</sup>

Si bien la propuesta del constituyente Quijada no fue en definitiva aprobada, y de hecho prevaleció el criterio expresado por el constituyente Jaua, según la cual disponer expresamente que la convocatoria se hiciera mediante referendo consultivo podría generar un malentendido, de ser el resultado de la misma negativo para la convocatoria, y consistir en una limitación al poder del pueblo de ejercer su poder constituyente originario para decidir convocar de nuevo una; no es cierto que se rechazará el mecanismo de referendo consultivo para la convocatoria popular de una Asamblea Nacional Constituyente, sino todo lo contrario. La breve discusión que se desarrolló sobre el tema dio a entender

<sup>24</sup> ¿Puede el pueblo convocar? ¿A través de qué mecanismo puede hacerlo? Pues allí se dice que el 15% por ciento de los electores tiene que hacer una representación ante el Congreso o ante el Presidente de la República para que pueda procederse a la convocatoria. ¿Cómo se haría esa convocatoria?

<sup>25</sup> BREWER-CARÍAS, Allan, “La Asamblea Nacional Constituyente de 1999 aprobó que solo el pueblo mediante “referendo de convocatoria” puede convocar una Asamblea Constituyente: Análisis del diario de debates”, Ob. cit.

a todos los constituyentes el sentido de la norma sobre la Asamblea Nacional Constituyente, en cuanto a que su convocatoria sólo puede ser realizada por el pueblo mediante un “referendo de convocatoria”, iniciado por una serie de legitimados (actualmente los que dispone el artículo 348 de la Constitución).

De esta forma, se estableció que son totalmente distintas la convocatoria por el pueblo mediante referendo, y la iniciativa que puedan tener varias personas e instituciones para que el mismo se realice. Cabe destacar que, inclusive el constituyente Jaua aceptó expresamente el postulado de que la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente corresponde de forma exclusiva al pueblo, al considerar que “no hay más nada que normar en una Constitución referente a la Asamblea Constituyente” que “el reconocimiento de la voluntad de un pueblo de convocar a esa Asamblea, y la manera cómo puede convocarla –que es importante para que tenga una referencia–”. Entonces, “Estuvo por tanto de acuerdo con lo debatido sobre que el pueblo es el único que puede convocar la Asamblea Constituyente, siendo “la manera cómo puede convocarla” un referendo de convocatoria como quedó claro en el debate”<sup>26</sup>.

De otra parte, también es falso este argumento de rechazo del referendo popular para la convocatoria del pueblo de una Asamblea Nacional Constituyente, por no estar presente una norma que expresamente lo consagre en la Constitución de 1999, porque a pesar de que los artículos 347 y 348 de la Constitución no plantean una fase electoral previa para la convocatoria, el análisis exegético del bloque constitucional en la interpretación concatenada de los artículos 5, 6, 40, 62, 70 y 71 constitucionales, se impone la participación del pueblo en aprobación tanto de la convocatoria, como en la determinación de las bases comiciales, la elección de los miembros de la Asamblea y finalmente la aprobación o no del nuevo texto constitucional, sobre todo cuando es expreso de la discusión constituyente que con esta norma que prevé la convocatoria popular a la Asamblea Nacional Constituyente lo que se persiguió fue poner en la norma constitucional lo que precisamente se permitió en

<sup>26</sup> BREWER-CARÍAS, Allan, “La Asamblea Nacional Constituyente de 1999 aprobó que solo el pueblo mediante “referendo de convocatoria” puede convocar una Asamblea Constituyente: Análisis del diario de debates”, Ob. cit.

ausencia de norma en el texto del 61: convocar el proceso constituyente del año 1999. O sea que se quiso expresamente prever que al igual que se admitió para el caso de la Constitución de 1999, en el futuro el pueblo podría también convocar un proceso constituyente, siendo ello manifestación de la soberanía popular, sólo a éste por el voto correspondería la decisión de hacerlo.

Con esta decisión, la Sala Constitucional omite por completo que la intención de *modificar sustancialmente el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, creando un nuevo texto constitucional* se trata de una materia de especial trascendencia nacional que debe ser sometida a referendo consultivo, y de este modo arrebatada el derecho exclusivo del pueblo venezolano, como único titular del poder constituyente originario, de convocar una Asamblea Nacional Constituyente, en completa violación del artículo 347 de la Constitución, justificándose para ello sobre supuestas “circunstancias objetivas sobrevenidas” en Venezuela, así como una “aguda situación de la crisis política”, para “poner de acuerdo al país en un nuevo Contrato Social”.

### **c) Sobre la usurpación de la soberanía popular**

De otro lado, la Sala intenta justificar su decisión en el ejercicio indirecto de la soberanía, a la que se refiere el artículo 5 de la Constitución, pero sin embargo contradice lo dispuesto en el mismo. La Sala Constitucional determina que sólo mediante el ejercicio indirecto de la soberanía puede ser convocada una Asamblea Nacional Constituyente, es decir, que sólo los órganos del Poder Público mencionados en el artículo 348 pueden convocar una Asamblea Nacional Constituyente<sup>27</sup>, y

<sup>27</sup> En efecto, dispone la sentencia N° 378 lo siguiente: “ (...) En efecto, el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario y, en tal condición, y como titular de la soberanía, le corresponde la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. Pero la iniciativa para convocarla le corresponde, por regla general, a los órganos del Poder Público (el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; y los Concejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos) quienes ejercen indirectamente y por vía de representación la soberanía popular. La única excepción de iniciativa popular de convocatoria es la del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.”. (negritas nuestras).

niega rotundamente el derecho del pueblo de participar directamente en el ejercicio de su soberanía y del poder constituyente, que como sabemos, está depositado únicamente en el pueblo de Venezuela, tal y como lo dispone el artículo 347 de la Constitución<sup>28</sup>.

Cabe destacar, que este criterio de prevalencia de la democracia representativa es contradictorio con el anterior criterio establecido por la misma Sala Constitucional, en la sentencia N° 355 del 16 de mayo de 2017, mediante la cual la Sala dio preeminencia el ejercicio de la soberanía a través de la democracia participativa sobre la democracia representativa.

En efecto, nótese que la Sala Constitucional en sentencia N° 355, al decidir demanda de nulidad interpuesta contra el artículo 9 y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, respecto de la participación política de los ciudadanos en cuanto a la elección de los integrantes de las Juntas Parroquiales, dispuso que:

*“... la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, estableció los mecanismos de participación y protagonismo, que de manera articulada y soberana, se lleva adelante entre las asambleas de ciudadanos y los consejos comunales, para la elección de los miembros de las juntas parroquiales comunales, que en armonía con lo establecido en el artículo 70 constitucional permite el*

<sup>28</sup> Al respecto, Escovar León muy acertadamente expresa que: “ Ante este cuadro, la Sala Constitucional dictó su sentencia Nro. 378/31.05.17 para decidir lo que se esperaba: ¡que el proceso constituyente no requiere de consulta al pueblo! Sostiene esta sentencia: “no hay previsión alguna sobre un referéndum acerca de la iniciativa de convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente”, lo cual no es verdad si se leen las disposiciones constitucionales en conjunto; para esto no podía escapar la norma del artículo 7 de la Constitución que, sin ambages, señala que la soberanía corresponde al pueblo; lo que admite la sentencia, pero agrega que la “ejerce directamente a través del poder popular”, lo es una interpretación interesada y dictatorial de la Constitución. De esta manera equipara pueblo con comuna, lo cual es radicalmente incierto. Por si fuera poco, afirma: “el poder popular encarna la democracia directa y sería contradictorio pretender que sus ‘expresiones’ sean elegidas como si se tratara de una ‘representación’ del cuerpo electoral”. En este ambiguo pasaje, con fallas de sintaxis, pretende justificar que el proceso constituyente no requiere de referéndum, lo cual no es admitido por nadie en ninguna parte.”. Véase “Justificar lo injustificable”, por Ramón Escovar León, enlace web: <http://prodavinci.com/blogs/justificar-lo-injustificable-por-ramon-escovar-leon/>



*funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, a diferencia de la democracia representativa que consagraba la Constitución de 1961, el cual no entra en contradicción alguna con los mecanismos de participación electoral previstos en los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que ambas formas de participación política, tanto pasiva como activa, pueden coexistir libremente y se aplican de una u otra forma de acuerdo a lo establecido en la ley, siendo en este caso, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, el texto legal que prevé dicha forma, **la cual interpreta esta Sala como un derecho de participación que se ajusta a las nuevas directrices en nuestro ordenamiento jurídico a partir del vigente Texto Constitucional de 1999, orientada a establecer una sociedad participativa y protagónica, donde se busca la intervención plena del colectivo a través de las asambleas de ciudadanas y ciudadanos, en forma activa y pasiva para la elección de los miembros de las Juntas Parroquiales Comunales.**” (negritas nuestras)*

De otra parte, véase que, 15 días después, el criterio de la Sala Constitucional en el caso que estamos analizando, fue el siguiente:

*“Claro está, lo expuesto no significa que el modelo de democracia participativa excluye la representación. Ello implicaría la desaparición del Estado-aparato, que es imprescindible para la gestión diaria de los asuntos públicos. Como refiere Enrique Dussel, la democracia participativa y la representativa no son términos anti-téticos o contradictorios: “Deben ser articulados dialécticamente, de manera que un término enriquezca al otro y se definan mutuamente”.*

*(...)*

*Ahora bien, la representación que, como advertimos, fue la regla en la Constitución de 1961, no deja de ser democrática y junto con los medios directos de ejercicio de la soberanía que ofrece la Constitución de 1999, constituyen los rasgos característicos del modelo constitucional venezolano.*

*El artículo 347, cuya interpretación se solicita, debemos necesariamente articularlo con el artículo 348, ambos del texto constitucional. En efecto, el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario y, en tal condición, y como titular de la*

*soberanía, le corresponde la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. Pero la iniciativa para convocarla le corresponde, por regla general, a los órganos del Poder Público (el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; y los Concejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos) quienes ejercen indirectamente y por vía de representación la soberanía popular. La única excepción de iniciativa popular de convocatoria es la del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral”.*

Ahora bien, de acuerdo con este último criterio, la Sala Constitucional, interpretando aislada y literalmente los artículos 347 y 348 de la Constitución, despoja con su fallo al pueblo del ejercicio exclusivo e intransferible de la soberanía (artículo 5 de la Constitución), y le otorgar al Presidente de la República, Nicolás 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 usurpa el derecho del depositario del poder constituyente de decidir si convoca o no convoca la una Asamblea Nacional Constituyente, y por lo tanto se viola los principios de democracia y soberanía establecidos expresamente en la Constitución (artículos 2, 3, 5, 63, 70, entre otros, de la Constitución).

La Sala Constitucional confunde 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 Constitución<sup>29</sup>. El depositario del poder constituyente originario es el

<sup>29</sup> 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.

pueblo, jamás serán los poderes constituidos, quienes a lo sumo tienen un poder de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente; así pues, dichos poderes 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.

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.

Entrar en un proceso constituyente es una decisión que atañe a la esencia estructural del funcionamiento social, por eso es una decisión que sólo el cuerpo social puede tomar, y nunca los poderes constituidos que no son otra cosa que representantes de éste. Sin embargo, la Sala Constitucional determinó en la sentencia objeto de análisis 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.”*

En este sentido, en una interpretación integradora y unitaria de la figura de “revisión” de la Constitución de la Asamblea Nacional Constituyente, exige tomar en cuenta la Exposición de Motivos de la Constitución, en la cual se establece de forma expresa, respecto al Título IX, Capítulo III de la Constitución, que la Constitución: *“... establece una serie de mecanismos a través de los cuales las posibilidades de modificación del texto constitucional sean factibles y accesibles, para evitar el divorcio entre la norma fundamental del sistema jurídico y la realidad social, política, cultural y económica”*, de modo que *“... en*

*este Título se consagra expresamente la Asamblea Nacional Constituyente, instrumento fundamental para garantizar al pueblo de Venezuela la posibilidad abierta de modificar sustancialmente el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, creando un nuevo texto constitucional. “; en concordancia con la definición que hace la propia Exposición de Motivos sobre la organización jurídico-política que adopta la Nación de Venezuela como “... un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”, cual es la definición presente en el artículo 2 de la Constitución, y que implica que “Ya no sólo es el Estado el que debe ser democrático, sino también la sociedad. Siendo democrática la sociedad, todos los elementos que la integran deben estar signados por los principios democráticos y someterse a ellos”<sup>30</sup>.*

De esta forma, la interpretación de la Asamblea Nacional Constituyente y del mecanismo o proceso de convocatoria debe estar sujeta a los principios fundamentales que establece la propia Constitución de 1999, referidos especialmente al ejercicio de la soberanía del pueblo venezolano y la democracia. Así entonces, todas y cada una de las fases del proceso constituyente están obligatoriamente ceñidas a los valores superiores del ordenamiento jurídico venezolano y de su actuación como la democracia, el pluralismo político (artículo 2 de la Constitución); a los fines esenciales del Estado como lo es el ejercicio democrático de la voluntad popular (artículo 3); al ejercicio de la soberanía, la cual 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 lo que los órganos del Estado están sometidos a dicha soberanía (artículo 5); al carácter democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables que debe tener el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y las demás entidades políticas que la componen (artículo 6); al respeto de los derechos políticos de los venezolanos (artículo 40), incluyendo el de participación libre en los asuntos públicos (artículo 62), el sufragio, el cual se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas (artículo 63), y por supuesto, los medios de

<sup>30</sup> Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Título I, Principios Fundamentales.

participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, entre los cuales, y en lo político, se encuentra las iniciativa constituyente (artículo 70 en concordancia con el artículo 348 de la Constitución), y el referendo popular consultivo ante el cual podrán ser sometidas las materias de especial trascendencia nacional (artículo 71), entre otros.

De acuerdo con lo anterior, la sentencia N°378 de la Sala Constitucional contradice flagrantemente lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución (i) al negar el ejercicio de los medios de participación en los cuales se concretizan los derechos de los ciudadanos a ejercer su soberanía (a saber, las diversas formas de referendo popular, a la que se dedica una sección en particular de la Constitución que regula el referendo consultivo, revocatorio, aprobatorio y abrogatorio); (ii) al prescindir de la primera fase del proceso constituyente sobre la convocatoria de referendo consultivo al pueblo venezolano en el que mediante votación libre, universal, secreta y directa sea determinada la aprobación o negación del inicio de una Asamblea Nacional Constituyente, el cual constituye una materia de especial trascendencia nacional, a tenor de lo dispuesto en el artículo 71 de la Constitución; y además, (iii) al facultar al Presidente de la República para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, otorgándole el poder constituyente, cuyo depositario originario es el pueblo de Venezuela (artículo 347 de la Constitución), y por lo tanto, la soberanía nacional, la cual “reside intransferiblemente en el pueblo”.

## **b. Consulta popular**

### **i. Convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente (art. 347)**

La primera de estas fases es la más importante, siendo que es derivación inmediata de los principios de soberanía y democracia<sup>31</sup> la consulta obligatoria al pueblo de Venezuela sobre si quiere o no que se

<sup>31</sup> 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.

inicie un proceso constituyente -¿Quiere usted modificar sustancialmente la Constitución? ¿Sí o no?-, es decir, el pueblo es el único que puede, mediante referendo como ejercicio directo de la soberanía<sup>32</sup>, tomar la decisión trascendental en el momento en que las razones reales, históricas, objetivas, de transformar el Estado, así como de crear un nuevo ordenamiento jurídico y por supuesto, modificar sustancialmente el texto entero de la Constitución<sup>33</sup>.

Mediante esta convocatoria el pueblo soberano es el único que puede determinar, a través de un consenso social mayoritario, la procedencia de los límites y los criterios que de ser aprobados regirán el proceso constituyente. En este sentido, no puede imponerse mediante los poderes constituidos el objeto sobre el cual procederá la Asamblea Nacional Constituyente, sino que sólo es el pueblo quien puede establecer la misión que tendrá dicha Asamblea a lo largo de todo el proceso constituyente<sup>34</sup>.

De otra parte es preciso destacar que además del evidente ejercicio de la soberanía de parte del pueblo venezolano expresado a través de

<sup>32</sup> Artículo 5. La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta 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.

<sup>33</sup> En efecto, en el año 1999, con el motivo de iniciar un proceso constituyente, se estableció mediante el Decreto N° 3 (Gaceta Oficial Nro. 36.634 del 2 de febrero de 1999), la realización de un referendo, que se llevó a cabo el 25 de abril de 1999, para que el pueblo se pronunciara sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. El artículo 3 de dicho Decreto dispuso lo siguiente: *Artículo 3°: El instrumento electoral contendrá las siguientes preguntas que serán contestadas con un “sí” o un “no”:*

*PRIMERA: ¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa?*

*SEGUNDA: ¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?*

<sup>34</sup> No así como sucede con el Decreto Nro. 2.878 de fecha 23 de mayo de 2017, mediante el cual se impuso por el Presidente de la República las bases comiciales para la Asamblea Nacional Constituyente, sin previa consulta popular, con el objetivo y “*supremo compromiso y voluntad de lograr la mayor eficacia política y calidad revolucionaria en la construcción del socialismo, la refundación de la Nación venezolana, basado en principios humanistas, sustentado en condiciones morales y éticas que persiguen el progreso de la patria...*”.

las votaciones sobre la aprobación o no de la convocatoria, la consulta obligatoria también es una expresión de control del pueblo venezolano. Ciertamente, se verifica un mecanismo de control del pueblo sobre el ejercicio del poder público en este caso en una de sus manifestaciones concretas: la iniciativa de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente.

El pueblo ejerce así un control sobre la justificación que se expresa como causante de dicha iniciativa. Es la expresión del pueblo la que verifica su rol como principal contralor del ejercicio de las facultades constitucionales que tienen los sujetos mencionados en el artículo 348 constitucional, incluso cuando el acto de iniciativa emana del porcentaje de electores inscritos en el registro civil y electoral, es el pueblo quien ha de verificar que los motivos que se alegan como causantes de la convocatoria verdaderamente están dirigidos a transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución y de ser así manifestar su acuerdo o desacuerdo, pues sólo su voluntad mayoritaria puede dar lugar a la apertura del procedimiento para el logro de este objetivo.

El texto constitucional ha sido enfático en cuanto a que la soberanía y, en consecuencia, el poder constituyente reside en el pueblo venezolano, de allí que la primera fase contemple a su vez dos etapas, la primera, la de iniciativa que puede nacer de los sujetos a los que se refiere el artículo 348 constitucional y la segunda que es la de la convocatoria en sí, previa aprobación del pueblo soberano mediante un referendo consultivo<sup>35</sup>.

Que los artículos 347 y 348 de la Constitución no planteen una fase electoral previa para la convocatoria, no indica que ella no sea

<sup>35</sup> Fue así como en el proceso constituyente del año 1947, por primera vez, mediante la instauración del sufragio directo y realmente universal, con la participación por primera vez del voto femenino, se realizaron las elecciones para la Asamblea Constituyente...”. Los resultados de dichas elecciones fueron publicados en Gaceta Oficial y el 17 de diciembre de 1946 fue instalada la Asamblea Nacional constituyente de los Estados Unidos de Venezuela. Vid. BREWER-CARÍAS, Allan, “Historia Constitucional de Venezuela, Colección Trópicos, Editorial Alfa, Caracas, 2008. p. 12. Asimismo, en el proceso constituyente de 1999, fueron realizadas el 25 de julio la elección de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente y el 7 de agosto del mismo año quedó conformada dicha Asamblea. AGUIAR, Asdrúbal, Historia Constitucional de Venezuela 1999-2012”, editorial jurídica venezolana, Caracas, 2012. Pp. 25 y 26.

necesaria. Un análisis exegético del texto constitucional, donde obviamente deben tenerse presente también los artículos 5, 70 y 71 constitucionales, lleva a la participación del pueblo en la aprobación o no de la redacción de un nuevo texto constitucional, sobre todo cuando es expreso de la discusión constituyente que con esta norma, que prevé la convocatoria popular a la Asamblea Nacional Constituyente, lo que se persiguió fue incorporar de forma expresa al texto constitucional, la norma constitucional que precisamente permitió en ausencia de norma en el texto de la Constitución de 1961, convocar el proceso constituyente del año 1998. O sea que se quiso expresamente prever que: al igual que se admitió para el caso de la Constitución de 1999, en el futuro el pueblo tendría también el derecho de convocar un proceso constituyente, por ser este la manifestación de la soberanía popular. En este sentido, sólo al pueblo correspondería por el voto la decisión de hacerlo.

Téngase en cuenta al respecto que la Constitución deja constancia de esta primera fase de convocatoria, y por tanto de que el pueblo es el único que puede ejercer el poder constituyente, al disponer que *“En nombre y representación del pueblo soberano de Venezuela, en ejercicio del poder constituyente originario otorgado por éste mediante referendo aprobado democráticamente el veinticinco de abril de mil novecientos noventa y nueve, para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa...”*.

De lo anterior concluimos que la primera fase debe comprender:

- a) La formulación de la iniciativa por cualquiera de los cuatro legitimados para ello (Presidente, en Consejo de Ministros, Asamblea Nacional, Concejos Municipales, 15% de los electores inscritos en el registro electoral y civil);
- b) Consignación de la iniciativa, junto a las bases comiciales de la Constituyente<sup>36</sup> ante el Poder Electoral, en su órgano, el Consejo Nacional Electoral; y

<sup>36</sup> Las bases comiciales deben garantizar el derecho de todos los venezolanos, a participar como electores y aspirantes, conforme a las normas constitucionales y las leyes que regulan los procesos electorales. Es por ello que, junto a la iniciativa de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, debe someterse a la aprobación popular, mediante referendo consultivo, las bases comiciales que regirían la elección de los integrantes de la Asamblea



- c) Convocatoria del referendo consultivo por el Consejo Nacional Electoral sobre la aceptación o no por el pueblo venezolano de la iniciación de un proceso constituyente y de las normas comiciales que lo regirán.

## ii. Aprobación de las normas comiciales

Dentro de las distintas fases que gobiernan el proceso constituyente, según el bloque de la constitucionalidad, las bases comiciales, que son las normas que regirán tanto la elección como el proceso de conformación, misión y límites de la Asamblea Nacional Constituyente así como el proceso constituyente, deben ser aprobadas mediante referendo por el pueblo soberano y único depositario del Poder Constituyente. Estas no pueden ser las que deriven de la voluntad de una persona o grupo, ni pueden ser impuestas por el poder constituido sin usurpar la voluntad soberana del pueblo.

Al respecto conviene precisar el alcance y significado de la voz “pueblo” a que se refieren los artículos 5, 347, 350 y otros del texto Constitucional. En este sentido debemos, en primer lugar tener presente la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 22 de enero de 2003, mediante la cual, con base en la interpretación del artículo 350 de la Constitución en concordancia con el artículo 5 eiusdem, declaró que pueblo debe entenderse como “el conjunto de personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o un pequeño poblado, y menos individualidades” en los cuales reside la soberanía de manera fraccionada, por lo que pueblo son “todos los individuos que componen la comunidad política general que sirve de condición existencial del Estado Nacional, siendo cada uno de ellos titular de una porción o alícuota de esta soberanía”.<sup>37</sup>

En completa contravención con esta definición de pueblo, y adoptando una que, como veremos, implica una discriminación entre

---

Nacional Constituyente, así como el tiempo de duración de la misma, con el objeto de respetar la aplicación de los precitados artículos 2, 3, 5, 63, 64, 70, 71 de la Constitución y, por lo tanto, de no vulnerar o negar el derecho de participación política de todos los venezolanos.

<sup>37</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 22 de enero de 2003, con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta.

simpatizantes y adversarios<sup>38</sup>, el Presidente de la República decretó las bases comiciales para llevar a cabo la elección y conformación de una Asamblea Nacional Constituyente inconstitucionalmente “convocada”.

## **I. Comentarios sobre las bases comiciales decretadas por el Presidente de la República**

### **1. Consideraciones generales**

En fecha 23 de mayo de 2017 fue publicado en Gaceta Oficial N° 41.156, el Decreto N° 2.878 de la misma fecha (en lo sucesivo referido como las “Bases”), mediante el cual el Presidente de la República “en su cualidad de convocante”, dictó unilateralmente y sin consulta popular, las bases comiciales territoriales y sectoriales, sobre las cuales “se llevará a cabo la convocatoria, conformación y funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente”, inconstitucionalmente convocada previamente por el mismo Presidente mediante Decreto N° 2.830 de fecha 1° de mayo de 2017, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.295 extraordinario de la misma fecha.

Posteriormente, el 4 de junio del presente año fue publicado en Gaceta Oficial N° 6.303 extraordinario, el Decreto N° 2.889, mediante el cual el Presidente de la República “complementó” la “propuesta de bases comiciales para la Asamblea Nacional Constituyente contenidas en el Decreto N° 2.878, de fecha 23 de mayo de 2017” 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.

De conformidad con lo establecido en las bases comiciales, los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente serán elegidos en el ámbito territorial y sectorial, “mediante el voto universal, directo y secreto”, sin perjuicio de los integrantes de los pueblos indígenas que

<sup>38</sup> Tal como lo explica el profesor Ramón Escovar León, “...para el madurismo, la noción de pueblo, a los efectos de la constituyente fraudulenta que promueven, se restringe al “escuálido” grupo que queda de lo que fue el movimiento populista-militarista (...)”, Vid. ESCOVAR LEÓN, Ramón, “Noción de pueblo en las bases comiciales y en la sentencia n° 378 de la Sala Constitucional”, en “Jornada sobre la Asamblea Nacional Constituyente: Génesis y perspectivas”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 13 de junio de 2017.

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.

Las bases comiciales disponen que la Asamblea Nacional Constituyente estará integrada por trescientos sesenta y cuatro (364) miembros escogidos territorialmente; ocho (8) electos por los pueblos indígenas; y Constituyentes Sectoriales cuyo número se obtendrá del cociente entre el registro electoral de cada sector y el factor obtenido para calcular las y los Constituyentes Territoriales, esto es una o un (1) Constituyente Sectorial por cada ochenta y tres mil (83.000) electores del registro electoral sectorial. La Asamblea Nacional Constituyente tendrá una conformación unicameral y sólo se elegirán representantes principales (punto SEGUNDO de las Bases).

Las bases comiciales también determinan, en su punto QUINTO, la utilización, por parte del Consejo Nacional Electoral, de registros de los sectores de las instituciones oficiales, gremios y asociaciones, debidamente establecidos, con el fin de agrupar dichos registros por áreas de similar condición y distribuirlos según la base poblacional establecida en el punto TERCERO.

Asimismo, disponen las bases comiciales que ningún elector podrá estar en más de un registro sectorial y que la postulación de los candidatos sólo podrá presentarse: (i) por iniciativa propia, si cuenta con el respaldo del 3% de los electores inscritos en el Registro Electoral de los municipios para la elección de los Constituyentes Territoriales; (ii) Por iniciativa de grupos de electores y (iii) Por iniciativa de los sectores mencionados, si reciben el respaldo del Registro del sector al que pertenece (puntos SEXTO y SÉPTIMO de las Bases).

Por último, para ser postulado como candidato a la Asamblea Nacional Constituyente, las bases comiciales establecen los siguientes requisitos:

1. Ser venezolano o venezolana por nacimiento, sin otra nacionalidad.
2. Mayor de dieciocho (18) años de edad, a la fecha de la elección.

3. Haber residido cinco (5) años en la entidad correspondiente.
4. Estar inscrito o inscrita en el Registro Electoral.
5. En el ámbito sectorial, presentar la constancia del postulado como candidato o candidata a la Asamblea Nacional Constituyente, de que pertenece al sector postulante, y las demás que se establezcan en la normativa que se dicte al efecto.

Las bases comiciales son inconstitucionales por cuanto violan 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 comiciales, limitando ilegítimamente el derecho de participación ciudadana en el ejercicio de su soberanía al regular quiénes pueden postularse al cargo de constituyente, determinar elecciones por sectores, excluir de los electores a los venezolanos por naturalización, por violar también el derecho al sufragio libre, universal y secreto, y el principio de representación proporcional.

## **2. Inconstitucionalidad por usurpación de poderes del pueblo soberano.**

Como punto previo es preciso señalar que las bases comiciales son inconstitucionales por cuanto usurpan la soberanía del pueblo establecida en el artículo 5 de la Constitución, así como el poder constituyente originario del pueblo (artículo 347 de la Constitución), al imponer las condiciones de elección de los integrantes de una Asamblea Nacional Constituyente -convocada inconstitucionalmente-, sin haber consultado previamente la voluntad del pueblo, único depositario del poder constituyente y por tanto, único competente para otorgarle a la Asamblea el mandato de representarla, ordenar su misión y establecer los límites dentro de los cuales debe desempeñarla.

Las bases comiciales son inconstitucionales desde que sólo podrían determinarse las normas comiciales y por ende convocarse a referendo electivo de los constituyentes, si en primer lugar, de una convocatoria previa de referendo consultivo, el pueblo, en ejercicio directo de su soberanía, determinara su voluntad de cambiar el texto de la Constitución y construir un orden político y social nuevo, mediante la aprobación de la iniciación de un proceso constituyente; y en segundo lugar, si de una

consulta popular se aprobaran las normas comiciales por la mayoría del pueblo soberano de Venezuela.

Es decir, sólo luego de haber sido aprobada la convocatoria y las bases comiciales por la mayoría del pueblo venezolano es que se daría lugar a la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, quienes serían los encargados de la elaboración, redacción y discusión del nuevo texto constitucional.

Así entonces, las bases comiciales están contaminadas 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. En este sentido, no puede el Presidente de la República continuar el proceso constituyente mediante la 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.

Asimismo, debemos señalar que el Consejo Nacional Electoral no tiene competencia para convocar elecciones de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, por cuanto su convocatoria no ha sido aprobada por el pueblo soberano a través de un referendo consultivo y, de iniciar un proceso electoral para escoger a los constituyentes, violaría los artículos 292 y siguientes de la Constitución, en concordancia con los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Electoral.

### **3. Inconstitucionalidad por la limitación del derecho de participación ciudadana**

El Presidente de la República, al decretar las bases comiciales sin la aprobación mediante referendo consultivo del pueblo como único soberano y titular del poder constituyente originario, está violando flagrantemente la Constitución, pues como se ha explicado junto a la iniciativa de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente deben someterse a la aprobación popular, mediante referendo consultivo

establecido como forma de participación política en ejercicio directo de la soberanía del pueblo, las bases comiciales que regirían la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, así como el tiempo de duración de la misma, con el objeto de respetar la aplicación de los artículos 2, 3, 5, 63, 64, 70, 71 de la Constitución, y por lo tanto, de no vulnerar o negar el derecho de participación política de todos los venezolanos.

Entonces, al presentar el Presidente de la República las bases comiciales para que el Consejo Nacional Electoral proceda a convocar las elecciones de los integrantes de la Asamblea Nacional, sin la previa aprobación de la voluntad del pueblo, está usurpando el poder constituyente en la aprobación de los mecanismos de participación para la elección de los constituyentes, y además está limitando de forma ilegítima el derecho constitucional de participación ciudadana de los venezolanos, dispuesto en el artículo 70 de la Constitución.

#### **4. Inconstitucionalidad por condicionamiento de la selección de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente.**

Igualmente las bases comiciales son inconstitucionales toda vez que establecen la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente “Originaria” en los ámbitos sectoriales y territoriales, violando en consecuencia lo dispuesto en el artículo 63 constitucional, en el cual se establece de forma literal que el sufragio, como derecho de participación política, se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. En efecto, el artículo 63 dispone que:

*“Artículo 63. El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional.”*

Las bases comiciales son inconstitucionales por cuanto determinan la integración de una Asamblea Nacional Constituyente a través votaciones sectoriales y territoriales, es decir, por sectores escogidos por el Presidente de la República, en completa contravención con lo dispuesto

en el precitado artículo 63, que establece que el sufragio es un derecho que se ejercerá mediante la votación universal, la cual implica que cualquiera que detente la condición de elector puede elegir y ser elegido, independientemente de su raza, sexo, creencias o condición social. A tal efecto, el propio texto constitucional determina en el artículo 64 quienes son los electores que están facultados para participar en sufragios de forma activa:

*“Artículo 64. Son electores o electoras todos los venezolanos y venezolanas que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política.”*

Las votaciones sectoriales y territoriales por las que se pretende que los miembros de la írrita Asamblea Nacional Constituyente sean elegidos, según lo disponen las Bases, por sectores escogidos por el Presidente de la República, no se corresponden de ninguna forma con las votaciones universales, según las cuales, cualquiera que detente la condición de elector (artículo 64 de la Constitución), puede elegir y ser elegido.

Al disponer estas bases comiciales que parte de los constituyentes deben ser electos entre sectores (Empresarios, campesinos y pescadores, personas con alguna discapacidad, estudiantes, trabajadores, comunas y consejos comunales, y pensionados), de modo que los electores no puedan postularse libremente sino a través de sectores, y que los electores sólo puedan escoger entre los postulados de los sectores, limitan de forma directa el derecho al sufragio universal y libre. Esta inconstitucional limitación a la participación del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político, supone que los electores no tengan libertad de postulación y que los electores no tengan libertad de selección.

Por esta misma razón, las bases comiciales atentan directamente contra la igualdad del voto (artículo 64 en concordancia con los artículos 19 y 21 constitucional), puesto que favorecen el resultado de los votos de los electores “inscritos” en los determinados sectores, mientras que limitan el derecho al sufragio de los electores no relacionados a esos sectores, en pleno ejercicio de su derecho al pluralismo político.

La Asamblea Nacional Constituyente, por ser un órgano representativo, distinto a los poderes constituidos, que se convoca y elige con

la misión específica de elaborar y aprobar una Constitución, debe en su instalación, previa convocatoria del poder constituyente -el pueblo-, contar precisamente con la elección de sus integrantes por la vía del sufragio, a través de votaciones directas, universales y secretas.

Además, debemos resaltar que la universalidad del voto implica esencialmente la participación del pueblo como soberano en todos los electores considerados en su globalidad. Como hemos dicho previamente, el concepto de pueblo debe entenderse como “el conjunto de las personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o un pequeño poblado, y menos individualidades” (sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia). Ahora bien, siendo que “la soberanía reside de manera fraccionada en todos los individuos que componen la comunidad política general que sirve de condición existencial del Estado Nacional”, y no de forma exclusiva en el “conjunto de personas seguidoras del gobierno, con exclusión de quienes se le oponen”<sup>39</sup> (cual es básicamente la noción acogida por las bases comiciales), las bases comiciales, en el momento en que establecen una elección sectorial y territorial en la cual prevalece un enfoque limitado e interesado de pueblo<sup>40</sup>, escinden el concepto del mismo, y por tanto divide la soberanía y el poder constituyente, en completa contravención de los artículos 5 y 347 de la Constitución.

En este sentido retiramos que el voto es universal únicamente si cualquier elector puede postularse y cualquier elector puede decidir, con base en los artículos 62 y siguientes de la Constitución.

### **5. Inconstitucionalidad por violación del principio de la representación proporcional.**

Las bases comiciales disponen una asignación de los constituyentes sobre una base que no se corresponde con la población nacional

<sup>39</sup> ESCOVAR LEÓN, Ramón, “Noción de pueblo en las bases comiciales y en la sentencia n° 378 de la Sala Constitucional”, Ob. cit.

<sup>40</sup> “Al considerar, sin más, que lo integran las comunas, los sectores al estilo de Mussolini y los empleados públicos, es decir, aquellos que le pueden garantizar al Psuv los resultados electorales que desea”, Vid. ESCOVAR LEÓN, Ramón, “Noción de pueblo en las bases comiciales y en la sentencia n° 378 de la Sala Constitucional”, Ob. cit.



del Estado venezolano si no sobre la base territorial de cada municipio según lo dispuesto en el punto TERCERO del Decreto, de forma que vulneran el principio de la prevalencia de la mayoría sobre la minoría y el principio de representación proporcional.

En efecto, dispone el mencionado punto TERCERO la elección territorial de constituyentes de la siguiente forma:

**TERCERO.-** *En el ámbito territorial se producirá la elección de trescientos sesenta y cuatro (364) Constituyentes a la Asamblea Nacional Constituyente, conforme a la siguiente distribución: un o una (1) Constituyente por cada Municipio del País que será electo o electa de forma nominal de acuerdo al principio de representación mayoritario, y dos (2) Constituyentes en los Municipios Capitales, que serán electos o electas mediante la modalidad lista, de acuerdo al principio de representación proporcional. En el Municipio Libertador de Caracas, Capital de la República Bolivariana de Venezuela y el asiento de los órganos del Poder Nacional, se escogerán siete (7) Constituyentes mediante la modalidad lista de acuerdo al principio de representación proporcional.*

Esta norma viola el principio de la representación proporcional que debe estar garantizado por la ley en el ejercicio constitucional del derecho al sufragio, establecido expresamente en el artículo 63 de la Constitución, del siguiente modo: “... *La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional*”, en tanto implicarían que en Estados mucho más poblados se elijan igual o menos Constituyentes que en otros con mucha menos población, violando además el principio democrático un ciudadano un voto, el cual garantiza la igualdad del poder de cada voto para conformar una representación efectiva.

En efecto, de la doctrina ideada por Sieyès en su famoso y valioso estudio sobre el Tercer Estado, se desprende el imperativo del principio según el cual los votos deben ser considerados por cabezas y no por órdenes o grupos de personas. Este principio “un ciudadano un voto”, parte de considerar que cada ciudadano que conforma el pueblo, y por lo tanto la nación, es titular de una fracción por igual de la soberanía -del poder- de la misma y por ende el voto de cada uno de ellos debe

tener el mismo peso o la misma fuerza en todas las decisiones trascendentales para el futuro de toda la Nación, incluyendo, por supuesto, la elección de cuerpos representativos. Este principio persigue entonces el respeto de la mayor parte del pueblo en la toma de decisiones que atañen a toda la Nación. De este modo, es evidente que al no votar “por cabezas, se ignora la verdadera mayoría, lo que constituiría el mayor de los inconvenientes”, toda vez que cualquier decisión que no comprenda la voluntad de la mayoría, sería “radicalmente nula”<sup>41</sup>.

De este modo, al ser la Asamblea Nacional Constituyente el órgano constituido como representante del poder constituyente del pueblo en su conjunto, es decir, de la totalidad de los habitantes del territorio venezolano, los representantes que la integren deben ser elegidos, según la Constitución y la forma federal del Estado venezolano, mediante sufragio universal, directo y secreto, de carácter nacional. Solo de esta forma se respetaría el principio de prevalencia de la mayoría sobre la minoría en el nivel nacional, el principio un ciudadano un voto, y el principio de proporcionalidad, en los cuerpos representativos de las entidades políticas, de manera que los constituyentes de la Asamblea Nacional constituyente sean electos y efectivamente representen la totalidad de la población de todo el territorio venezolano.

## **6. Inconstitucionalidad por exclusión de los partidos políticos del régimen de postulaciones.**

También son inconstitucionales las bases comiciales en tanto que violan lo dispuesto en el artículo 67 de la Constitución al excluir a los partidos políticos del régimen de postulaciones. Las bases comiciales establecen de forma exclusiva la iniciativa individual, la de los grupos de electores y los sectores como posibles postulantes, trasgrediendo el artículo 67 constitucional que confiere a todas las asociaciones con fines políticos el derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos. En efecto, el artículo 67 dispone lo siguiente:

---

<sup>41</sup> SIEYÉS, Emmanuel, “¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios”, Ciencia política, Alianza Editorial, Madrid, 2003. Pp.118 y ss.

*Artículo 67. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes. No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado.*

El condicionamiento al que someten las Bases, la elección de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente en los ámbitos territoriales y sectoriales, por el Presidente de la República ante el Consejo Nacional Electoral, viola flagrantemente los artículos 2, 3, 5, 63, 64, 70, 71 de la Constitución, obviando el derecho constitucional a unas votaciones libres, universales, directas y secretas.

### **7. Inconstitucionalidad por discriminación y exclusión de los electores venezolanos por naturalización y con doble nacionalidad**

Las bases comiciales son igualmente inconstitucionales por cuanto determinan en su punto SÉPTIMO que sólo podrán ser postulados como candidatos a la Asamblea Nacional Constituyente los venezolanos por nacimiento sin otra nacionalidad, excluyendo inconstitucionalmente a los venezolanos por naturalización y a los venezolanos que tengan más de una nacionalidad.

La Constitución, en su artículo 39, es más que clara al disponer que todos los venezolanos, sin distinción alguna, ejercen la ciudadanía y en consecuencia, son titulares de derechos y deberes políticos. El mencionado artículo determina únicamente tres excepciones por las cuales los venezolanos no detentan dichos derechos, estos son: 1. Estar sujetos a inhabilitación política, 2. Estar sujetos a interdicción civil, y 3. No cumplir con las condiciones de edad previstas en la Constitución. En este sentido, dispone el artículo 42 *eiusdem* que el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.

Asimismo, dispone la Constitución que todos los ciudadanos tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos (artículo 62), por lo que son electores todos los venezolanos, de nuevo, sin alguna distinción de única nacionalidad o por origen, que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política (artículo 64).

Las únicas excepciones que hace la Constitución de Venezuela sobre los requisitos para optar a ciertos cargos públicos están establecidos en el artículo 41, según el cual sólo los venezolanos por nacimiento y sin otra personalidad podrán ejercer los cargos de Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, Presidente y Vicepresidente de la Asamblea Nacional, magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Presidente del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la República, Contralor General de la República, Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo, Ministros de los despachos relacionados con la seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas, educación; Gobernadores y Alcaldes de los Estados y Municipios fronterizos y aquellos contemplados en la ley orgánica de las Fuerzas Armadas.

Entonces, es evidente que las bases comiciales son inconstitucionales por cuanto discriminan a los venezolanos que no hayan nacido en Venezuela o que tengan más de una nacionalidad, aparte de la venezolana, para ser candidato a la Asamblea Nacional Constituyente, en violación a lo dispuesto en los precitados artículos 39, 42, 62, y 64.

## **8. Sobre el Decreto que complementa las bases comiciales**

El Decreto que complementa las bases comiciales (Decreto N° 2.889 del 04 de junio de 2017) y por el cual el Presidente de la República “exhorta” a que el proyecto de Constitución que se redacte en el seno de la “Asamblea Nacional Constituyente”, sea sometido a referendo aprobatorio popular, “en los términos establecidos en el artículo 70 de la Constitución”, es innecesario e inconstitucional, pues ello no depende de la voluntad presidencial ni de su exhortación, sino de la circunstancia de que la consulta popular para aprobar o improbar

el proyecto de Constitución es mandato del texto fundamental al ser el pueblo soberano el único titular del poder constituyente.

La aprobación mediante referendo aprobatorio del Proyecto de Constitución elaborado por la Asamblea Nacional Constituyente es un derecho inherente al poder constituyente que sólo puede ser ejercido por el pueblo soberano. De esta forma fue plasmado en la Constitución de 1999, en cuyo Preámbulo expresamente se indica que *“El pueblo de Venezuela (...) en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático, decreta la siguiente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”*. Así pues, sólo el pueblo soberano de Venezuela como titular del poder constituyente puede aprobar y por tanto adoptar un nuevo texto constitucional.

## **9. Contenido de la función constituyente**

Es importante destacar que el exacto contenido de la función del Poder Constituyente se encuentra delimitado en el artículo 347 al definir su objeto en los siguientes términos: *“...transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”*.

Se sigue de la norma que no es que el proceso constituyente da lugar a un régimen de facto que pueda por vías de hecho eliminar o destruir el ordenamiento vigente ni los poderes constituidos. Cualquier sustitución o modificación del orden existente ha de producirse con la aprobación de la nueva Constitución, y en caso de que dicha aprobatoria no proceda, porque el pueblo la rechace, continuará vigente el ordenamiento constitucional del 1999 y sus poderes constituidos en el ejercicio de sus funciones, que no ha de interrumpirse, salvo que una nueva Constitución aprobada por el pueblo lo ordene y en los términos en los cuales sus disposiciones transitorias lo regule.

### **ii) Fase 2**

#### **a. Elección de la Asamblea Nacional Constituyente**

La otra fase del proceso constituyente, según se desprende de la Constitución de 1999 y del bloque de la constitucionalidad, consiste en una segunda votación con el fin de elegir a los integrantes de la

Asamblea Nacional Constituyente, encargados de la elaboración, redacción y discusión del nuevo texto constitucional. Las Asambleas Constituyentes son órganos representativos, distintos a los poderes constituidos, que se convocan y eligen con la misión específica de elaborar una Constitución. Es por ello que su instalación supone la previa decisión del pueblo, en este sentido, y se decide por la vía del sufragio, a través de un referendo<sup>42</sup> con votaciones directas, universales y secretas.

La universalidad del voto implica esencialmente la participación del pueblo como soberano en todos los electores considerados en su globalidad. En otras palabras, el voto es universal únicamente si cualquier elector puede postularse y cualquier elector puede decidir, con base en los artículos 62 y siguientes de la Constitución. En consecuencia, no puede concebirse una forma de elección distinta, menos aún alguna que represente una elección de segundo grado o sin participación de cualquier elector dentro de los límites del texto constitucional.

### **b. Instalación y sesión de la Asamblea Nacional Constituyente para la elaboración del proyecto de Constitución**

Luego de ser elegidos los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, corresponde la instalación de este órgano -representación del poder constituyente- para luego dedicarse a deliberar, discutir y redactar de un proyecto de Constitución.

Los debates sobre el Proyecto de Constitución deben estar caracterizados por su reflexión, deben discutirse los artículos separadamente -uno por uno- no por bloques o capítulos, de manera que no se limite la intervención de los participantes.

<sup>42</sup> Fue así como en el proceso constituyente del año 1947, por primera vez, mediante la instauración del sufragio directo y “realmente universal, con la participación por primera vez del voto femenino, se realizaron las elecciones para la Asamblea Constituyente...”. Los resultados de dichas elecciones fueron publicados en Gaceta Oficial y el 17 de diciembre de 1946 fue instalada la Asamblea Nacional constituyente de los Estados Unidos de Venezuela. Vid. BREWER-CARÍAS, Allan, “Historia Constitucional de Venezuela”, Colección Trópicos, Editorial Alfa, Caracas, 2008. p. 12. Asimismo, en el proceso constituyente de 1999, fueron realizadas el 25 de julio la elección de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente y el 7 de agosto del mismo año quedó conformada dicha Asamblea. AGUIAR, Asdrúbal, “Historia inconstitucional de Venezuela 1999-2012”, editorial jurídica venezolana, Caracas, 2012. Pp. 25 y 26.

Luego de la discusión de todos los artículos, en sesiones plenarias suficientemente públicas<sup>43</sup> para que la población tenga acceso al cuerpo del proyecto de Constitución y los debates que lo propiciaron, el texto que conforme el proyecto formal de Constitución debe ser aprobado por mayoría en el seno de la propia Asamblea Nacional Constituyente, para luego ser consultada su aprobación por el pueblo de Venezuela.

### **iii) Fase 3**

#### **a. Consulta popular para aprobar el proyecto de Constitución**

Por último, la tercera fase se realiza a través de una tercera votación, también universal, directa y secreta, mediante la cual el pueblo venezolano decidirá si aprueba o desaprueba el proyecto de Constitución elaborado por la Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de validar el producto del proceso constituyente, que es el nuevo texto constitucional. Dicho de otra forma, se trata del mecanismo de consulta popular destinado a legitimar el proyecto de Constitución elaborado por la Asamblea Nacional Constituyente, sin el cual, dicho texto no tendrá validez ni podrá entrar en vigencia en el ordenamiento jurídico venezolano.

El texto definitivo que surja de parte de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente necesariamente debe ser aprobado por el pueblo venezolano. Así, si la enmienda en el artículo 341, numeral 3 de la Constitución, y la reforma en el artículo 344 establecen que el texto modificado debe ser sometido a referendo, más aún debe entenderse que la Asamblea Nacional Constituyente, por tratarse de la transformación del Estado, la creación de un nuevo ordenamiento jurídico y un nuevo texto constitucional, deba ser sometido obligatoriamente al referendo aprobatorio por parte del pueblo venezolano.

En efecto, así ha sido dispuesto por la propia Constitución al señalar expresamente que su texto solo entrará en vigencia, después de su aprobación por el pueblo mediante referendo.

---

<sup>43</sup> Como lo fueron en el proceso constituyente de 1999 donde las discusiones en las plenarias fueron transmitidas a través de los medios de comunicación y la población venezolana tuvo acceso a los debates de una Asamblea Nacional Constituyente.

Nótese que en las tres fases del proceso constituyente hay participación del pueblo soberano a través de votaciones libres, directas, universales y secretas. Como quiera que el Consejo Nacional Electoral de conformidad con el artículo 293 numeral 5 de la Constitución es el encargado de 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 los referendos, le corresponde organizar y ejecutar el proceso de votaciones en cada una de las fases del proceso constituyente en las que participa el pueblo venezolano.

En ese sentido, el Consejo Nacional Electoral, como ente rector del Poder Electoral y de acuerdo a lo ordenado por la Constitución, debe actuar basado en los principios de independencia orgánica, imparcialidad, en obsequio siempre de la participación ciudadana y en defensa de la voluntad del pueblo, que se expresa a través del voto. Contrariamente a lo ocurrido, ha debido el Consejo Nacional Electoral, para proteger y preservar la voluntad del pueblo, negar y rechazar el intento del Presidente de la República de convocar una Asamblea Nacional Constituyente en usurpación de la soberanía popular.

### **b. Publicación y entrada en vigor de la nueva Constitución**

Tal como lo establece la Disposición Final Única de la Constitución de 1999, la Constitución, luego de ser aprobado su texto por el poder constituyente originario, es decir, el pueblo, a través de referendo consultivo, entrará en vigor mediante su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Así pues, la mencionada Disposición final señala lo siguiente: “Esta Constitución entrará en vigencia el mismo día de su publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, después de su aprobación por el pueblo mediante referendo. Aprobada por el pueblo de Venezuela, mediante referendo constituyente, a los quince días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, y proclamada por la Asamblea Nacional Constituyente en Caracas, a los veinte días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y nueve. Año 189° de la Independencia y 140° de la Federación”.



### 3. Poder constituyente

#### 3.1. Concepto de poder constituyente

A los efectos de definir el poder constituyente<sup>44</sup> al cual alude la Constitución en el artículo 347<sup>45</sup>, podemos citar la definición de Bodegón, -aceptada el 19 de enero de 1999 por la Corte Suprema de Justicia de Venezuela-, según la cual, se trata de “la potestad de dictar la primera Constitución de un Estado” así como la de “cambiar la Constitución vigente dándole un sentido político sustancialmente diferente” (Bodegón, Carlos María, *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1969. Pág. 68; apud., sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 19-1-99. Caso: Recurso de interpretación de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Expediente 15.395).

Para Bidegain el poder constituyente originario comprende no sólo la potestad de dictar la primera Constitución, sino también la facultad de cambiar la Constitución vigente, siempre y cuando la modificación o cambio implique la puesta en vigor de un sentido político *sustancialmente diferente*. Cuando la modificación que se desea introducir a las normas supremas del ordenamiento no apareja un cambio sustancial del texto vigente no será necesario convocar al poder constituyente originario, sino que lo prudente será arbitrar tal modificación por intermedio de los poderes constituidos y a través de los mecanismos que la propia Constitución contempla.

Pedro de Vega define el poder constituyente como el poder absoluto, total, ilimitado, originario y soberano mediante el cual el pueblo hace valer su suprema voluntad de establecer una ley superior, es decir, la Constitución<sup>46</sup>. El poder constituyente también ha sido definido por Linares Quintana, como la “facultad soberana del pueblo a darse su

<sup>44</sup> Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución. P. 86

<sup>45</sup> “El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar a una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”.

<sup>46</sup> Pedro De Vega, “La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente”, Editorial Tecnos, Madrid, 1995. Pp. 13 y ss.

ordenamiento jurídico-político fundamental originario por medio de una Constitución, y a revisar ésta, total o parcialmente, cuando sea necesario”<sup>47</sup>. Para Carl Schmit, poder constituyente es “la voluntad política, cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política”.

Por su parte, Caballero Sierra y Anzola Gil han definido el poder constituyente como “el ejercicio o indirecto de la competencia del pueblo para determinar el contenido y la proporción de la Constitución”, contraponiéndolo al poder constituido, el cual es “la competencia del pueblo, o de un órgano estatal, para ejercer determinadas funciones constitucionales, entre las cuales se pueden encontrar la de modificar o remplazar la Constitución siempre dentro de las pautas previstas en la misma”<sup>48</sup>.

En definitiva, el poder constituyente alude a la potestad pública primaria de naturaleza normativa, y se trata entonces de la facultad de dictar las normas jurídicas *supremas o de mayor rango*, que regirán las principales instituciones del ordenamiento y a través de las cuales –tal como lo ha señalado Pedro De Vega- “se pretende controlar y limitar en nombre de la voluntad soberana del pueblo, la voluntad no soberana del gobernante”<sup>49</sup>.

### 3.2. Titularidad del poder constituyente

El poder constituyente originario, tal y como se desprende del precitado artículo 347 de la Constitución, corresponde únicamente al pueblo soberano. En este sentido, el titular del poder constituyente originario se determina atendiendo al sujeto o al grupo de sujetos en quien descansa la soberanía, pues el titular de la soberanía lo es también del Poder Constituyente Originario. Como lo sostiene Xifra, en la cultura occidental es casi unánime la creencia democrática, según la cual

<sup>47</sup> LINARES QUINTANA, “Derecho constitucional e instituciones Políticas”, Tomo II, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, p.405.

<sup>48</sup> CABALLERO SIERRA, Gaspar y ANZOLA GIL, Marcela, “Teoría constitucional”, Editorial TEMIS S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995. P. 398.

<sup>49</sup> AYALA, Javier M. “*La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*”, Temas Claves de la Constitución Española, Edit. Tecnos, S.A. Madrid, 1988, Pág. 18.

el poder constituyente pertenece de modo plenario a la comunidad nacional.

Sin embargo, no siempre se ha admitido en forma pacífica que la titularidad de la soberanía y, por ende, del poder constituyente originario descansa en el pueblo. Nassar Domínguez recuerda que dentro de la doctrina medieval el poder soberano fue entendido de forma sobrenatural, extraño a lo jurídico, y por tanto referido a Dios como supremo creador de todas las cosas. De allí se pasó a su asignación al Monarca, aun cuando dándole una derivación de Derecho divino, y luego, por la acción de los movimientos revolucionarios y teorías al respecto –en las cuales contribuyeron notablemente las concepciones de soberanía popular formuladas por Emmanuel Sieyès– se le atribuyó al pueblo o nación<sup>50</sup>.

En efecto, el poder constituyente como lo conocemos hoy es un concepto que en la edad media era inconcebible. Según la concepción medieval, *“sólo Dios tiene la potestad y todo poder es delegado por El al soberano, por tanto todo poder viene de Dios, quien se manifiesta a través de los reyes, y son estos los únicos llamados a tener el poder constituyente”*, en este sentido, la constitución era entendida como un acto de mera voluntad de los monarcas, y toda ley dictada por ellos mismos era buena porque se derivaba de la voluntad de Dios, por lo que era justa y apropiada<sup>51</sup>. Fue a finales del siglo XVIII que, con motivo de la Declaración de los Derechos del hombre, la Independencia de Estados Unidos (1776), y la Revolución francesa (1789), se superó el concepto de Dios como poder constituyente actuando por medio del monarca y se adoptó la concepción de la Nación como nuevo sujeto del poder constituyente.

En este sentido, el poder constituyente comenzó a conformarse como un principio político según el cual el pueblo tiene el derecho natural de ser libre y soberano, y por lo tanto este derecho viene a ser un aspecto de la soberanía del Estado, es decir, una consecuencia del hecho mismo del nacimiento del Estado<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Sánchez Falcón, Ob. Cit. pp. 71-72.

<sup>51</sup> FAJARDO H., Angel R., “Compendio de Derecho Constitucional. General y Particular”, 7a. Edición (corregida y aumentada), Caracas, 1985. P. 353.

<sup>52</sup> *Ibidem*. p.355.

Esa creencia inspiró el constitucionalismo venezolano, pues desde antaño se reconoce que “la soberanía reside en el pueblo”<sup>53</sup>. Así pues, actualmente la Constitución en su artículo 5 determina que “La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta 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”.

### 3.3. Características del poder constituyente

#### i) Es ilimitado

El Poder Constituyente tiene carácter ilimitado, de manera que no tiene restricciones en su actuación. Se sostiene en tal sentido que ni siquiera la Constitución previa puede disponer límites al poder soberano del pueblo de convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de dictar nuevas normas fundamentales destinadas a promover cambios políticos sustanciales.

Así entonces, “el poder constituyente es una consecuencia del hecho mismo del nacimiento del Estado, y el pueblo, cuando se constituye en poder constituyente no se encuentra vinculado a ninguna norma constitucional anterior, su única vinculación la tiene el hecho de ser

---

<sup>53</sup> Invariablymente, las constituciones del siglo XX han acogido el señalado principio. Todas, en efecto, contienen fórmulas que proclaman que la soberanía reside en el pueblo. Existe, sin embargo, una diferencia significativa entre las constituciones correspondientes a los períodos de dictadura militar (1901-1945) y las que se dictaron con posterioridad a la constitución democrática de 1947. En efecto, quizá para justificar el hecho de que la elección del Presidente no se efectuaba por el pueblo, sino que se producía mediante elecciones parlamentarias completamente ficticias, las constituciones desde 1901 hasta 1945 señalaban que «La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce por medio de los Poderes Públicos». La Constitución de 1947 produce un cambio importante en esta formulación, al añadir que el pueblo, titular de la soberanía, la ejerce «*mediante el sufragio* y a través de los órganos de los Poderes Públicos». Nótese, que a diferencia de las constituciones formadas por los gobiernos militares que le antecedieron, la de 1947 no parte de una delegación absoluta de la soberanía del pueblo en el Poder Público, sino que por el contrario, el pueblo conserva su atributo soberano a través del sufragio. El principio de representatividad en esos términos se mantuvo en las constituciones posteriores y aparece en el artículo 4 de la vigente Carta Fundamental.

pueblo libre y soberano, y, por eso, es un derecho perpetuo que sigue subsistiendo después de ser creada la constitución”<sup>54</sup>.

Este carácter fue reconocido en el artículo 28 de la Constitución Francesa de 1793, en los siguientes términos:

“Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”<sup>55</sup>.

Es preciso señalar a pesar de ello, que ha sido admitido también por la doctrina que la falta de límites del poder constituyente no es total<sup>56</sup>. Sin embargo, es preciso también aclarar que con ello se ha pretendido limitar, no el poder constituyente si no el órgano de representación de dicho poder constituyente, es decir, la Asamblea Nacional Constituyente.

De acuerdo con lo anterior, no debe confundirse el Poder Constituyente, que como hemos dicho es de carácter ilimitado, con la forma como él es encauzado, es decir la Asamblea Nacional Constituyente, cuya actuación sí está limitada por una serie de valores, principios y normas para su legítimo funcionamiento.<sup>57</sup>

De esta forma, la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente no puede, por ejemplo, amparar en ningún momento la inclusión

<sup>54</sup> FAJARDO H., Angel R., “Compendio de Derecho Constitucional. General y Particular”, Ob. cit. p. 355.

<sup>55</sup> En este sentido, Antonio Negri ha considerado que el Poder Constituyente está caracterizado, originalmente, por ser motor de renovación de orden social, más que político. Vid. NEGRI, Antonio, “El poder constituyente. Ensayos sobre las alternativas de la modernidad”, Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, Ed. Traficantes de Sueños, Madrid, 2015. P. 11.

<sup>56</sup> Reseña el Profesor Tulio Álvarez que “según Sieyès, se trata [el poder constituyente] de un poder inicial, autónomo y omnipotente, pero es imprescindible advertir que, tal caracterización, era permisible en el momento del surgimiento del proceso constitucionalista. En el estado actual de consolidación de los valores democráticos, no puede aceptarse la existencia de un poder incondicionado al cual solo le compete decidir la forma y el modo en que debe darse una Constitución a la Sociedad. Más grave aún sería admitir que exista un Poder, así sea el Constituyente, no subordinado a cualquier regla de forma o de fondo”, Cfr. ÁLVAREZ, Tulio, “Constituyente, reforma y autoritarismo del siglo XXI”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007. P.27.

<sup>57</sup> ÁLVAREZ, Tulio, “Constituyente, reforma y autoritarismo del siglo XXI”, Ob. cit. p.28.

en el texto Constitucional que redacta de normas lesivas, de cualquier manera, a los derechos fundamentales del hombre, a su integridad física, a su libertad, facultad de procurarse los medios de vida, al matrimonio, a la libertad de culto, y a participar en el bien común del Estado, unas veces como gobernante y otras como gobernado<sup>58</sup>. En este sentido, “por encima del plano del derecho positivo, -anota Quintana- toda comunidad política, al ejercitar tan esencial facultad soberana, está naturalmente constreñida a respetar ciertos valores naturales y absolutos -como la libertad y la dignidad del hombre, la justicia, etc.-, que están por encima del constituyente y del legislador, como que emana del Supremo Constituyente”<sup>59</sup>.

## ii) Es originario

El carácter “originario” del Poder Constituyente del pueblo se concreta en que él es la fuente de las restantes potestades públicas, y no tiene otro origen que el que deriva de los hechos y del principio de autodeterminación de los pueblos; es decir, el poder constituyente es originario porque es la primera manifestación de la soberanía del Estado, “para darle nacimiento y personalidad, y para crearle sus órganos de expresión necesarias y continua”<sup>60</sup>, por lo que “da origen al orden jurídico”<sup>61</sup>. Se trata pues, en términos de Schmitt, de un poder en el cual “descansan todas las facultades y competencias constituidas y acomodadas a la Constitución”, y en este sentido, dicho poder no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución”<sup>62</sup>.

No hace falta, por lo tanto, regulación normativa previa que reconozca la existencia del poder constituyente en manos del pueblo, pues -se insiste- dicho poder tiene fuente en sí mismo, y no en declaraciones de Poderes Constituidos que, por tales, le resultan subalternos. La Sala Político-Administrativa del Supremo Tribunal, haciendo suyas las enseñanzas de la mejor doctrina subrayó el carácter “originario” del Poder

<sup>58</sup> *Ibíd.* p.359.

<sup>59</sup> Cit. en FAJARDO H., Angel R., *ob. cit.* p. 358.

<sup>60</sup> LINARES QUINTANA, *Ob. cit.* p. 90., cit. en FAJARDO H., Angel R., *Ob. cit.*

<sup>61</sup> FAJARDO H., Angel R., “Compendio de Derecho Constitucional. General y Particular”, *Ob. cit.* p. 355.

<sup>62</sup> Schmitt; *Ob. Cit.* pág. 70.

Constituyente que corresponde a la soberanía popular. En este sentido, sostuvo que el poder constituyente originario “se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional [...] la idea del Poder Constituyente presupone la vida nacional como unidad de existencia y de decisión. [...]”, por lo tanto:

“...el hecho de estar enmarcado históricamente el Poder Constituyente en la normativa constitucional, no basta para entenderlo subrogado permanentemente al Poder Constituido.

Pretender lo contrario, o sea, que las facultades absolutas e ilimitadas que en un sistema democrático corresponden por definición a la soberanía popular puedan ser definitivamente abdicadas en los órganos representativos constituidos equivaldría, en palabras de BERLIA:

‘que los elegidos dejan de ser los representantes de la nación soberana para convertirse en los representantes soberanos de la nación’ [...]

Al respecto, el mismo DE VEGA afirma:

‘De esta forma, la subsunción del poder constituyente en el ámbito de la normativa constitucional, para lo único que terminará sirviendo será, como pretendía Frochot en su célebre discurso ‘para garantizar la Constitución contra las ambiciones de sus representantes o delegados’, sino para sustraer al pueblo el ejercicio real de su soberanía y asegurar, constitucional y legalmente frente al mismo, el poder ilimitado de sus mandatarios [...]’.”

En definitiva, el poder constituyente que corresponde a la soberanía popular es originario, de modo que no hace falta disposición constitucional alguna que reconozca su existencia, antes bien, él mismo constituye su propia razón y fundamento. A esta misma conclusión había llegado varios años antes la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, al resolver los conflictos suscitados con motivo de las reformas constitucionales efectuadas en 1957 y en 1990, las cuales se realizaron a través de mecanismos -plebiscito popular y Asamblea Nacional Constituyente- que no se encontraban previstos en las Constituciones precedentes.

En este sentido, el procedimiento empleado en Colombia para la reforma plebiscitaria de 1957, no obstante apartarse de las previsiones constitucionales en materia de reformas, fue avalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 28 de junio de 1957, al sostener:

“Cuando la nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no está ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario... escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior, y por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden.

La nación constituyente, no por razón de autorizaciones de naturaleza jurídica que la hayan habilitado para actuar sino por la misma fuerza y efectividad de su poder político, goza de la mayor autonomía para adoptar las decisiones que a bien tenga en relación con su estructura política fundamental.

Cuando se apela a la nación y esta, en efecto, hace sentir su voz para constituir o reconstituir dicha estructura, adopta una posición de carácter político, que por serlo, es inapelable y no susceptible de revisión jurídica. Aun en el caso de posibles violaciones del orden precedente por parte de quienes hubieren convocado al constituyente originario, la manifestación de este hace inútil e improcedente todo posterior pronunciamiento jurisdiccional en torno a la validez de la convocatoria”.

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia Colombiana, en sentencia del 9 de octubre de 1990 -al resolver la demanda de nulidad incoada contra el decreto 1926 del 24 de agosto de 1990, dictado por el Presidente de la República de Colombia, a través del cual se procedió a realizar una consulta popular para permitirle a los ciudadanos la posibilidad de “convocar e integrar una asamblea constitucional”- sostuvo:

“Según principio generalmente aceptado en el derecho constitucional, tres son los elementos que configuran un Estado: El territorio o “país”, el pueblo que lo habita o “nación” y el orden jurídico que lo organiza (...).



Así, pues, la nación o sea el pueblo que habita nuestro país, es el constituyente primario del cual emanan los poderes constituidos o derivados. (...)

Como la nación colombiana es el constituyente primario, puede en cualquier tiempo darse una Constitución distinta a la vigente hasta entonces, sin sujetarse a los requisitos que esta consagraba. (...)"

Finalmente, por sentencia de fecha 1 de octubre de 1992, la Corte Constitucional de la República Colombiana, con ocasión de una demanda ejercida contra varias disposiciones de la nueva Constitución Política aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, expresó lo siguiente:

“La teoría constitucional distingue, pues, entre poder constituyente o primario y poder constituido o derivado o secundario.

El poder constituyente es el pueblo, el cual posee *per se* un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad. Casi siempre su manifestación va acompañada de una ruptura del orden jurídico anterior.

El poder del pueblo es anterior al derecho, fuente del derecho, esencia del derecho e, igualmente, modificadorio de todo el derecho, inclusive el derecho constitucional (...) “.

### iii) Es autónomo

La autonomía del Poder Constituyente Originario alude a la posibilidad de ejercitarlo indefinidamente, aun cuando ya se hubiere dictado un texto constitucional a través de los mecanismos de manifestación de tal poder, e incluso cuando -a través del texto constitucional previo- se hubiere delegado en los Poderes Constituidos, creados de conformidad a ese mismo ordenamiento, el ejercicio limitado de la función constituyente. No se admite entonces hoy lo afirmado por un sector de la doctrina<sup>63</sup> en el sentido que al aprobarse y promulgarse la primera

<sup>63</sup> Acosta Romero, Miguel. *Las mutaciones de los Estados en la Última Década del Siglo XX, necesidad de nuevas constituciones y reformas de las vigentes*. Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 10.

Constitución, el Poder Constituyente Originario desaparece como tal y la soberanía queda en la Constitución. Antes bien, se propugna que el pueblo no se desprende de la titularidad del Poder Constituyente, sino que a lo sumo, en ocasiones llega a transferir su ejercicio -en forma limitada y derivada- a favor de los Poderes Constituidos, reteniendo la titularidad del mismo y, por tanto, como ha expresado Sieyés, el mismo pueblo “al conservar en sus manos el Poder Constituyente, no queda obligado -en el ejercicio de su función constituyente- por la Constitución: ésta podrá obligar a las autoridades constituidas, pero no puede encadenar al soberano mismo, o sea al pueblo, que siempre es dueño de cambiarla”<sup>64</sup>. En el mismo sentido, Schmitt sostiene que “Así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir el Poder Constituyente. Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido el Poder Constituyente. La decisión política implicada en la Constitución no puede obrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política. Al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad”<sup>65</sup>.

El referido carácter (autonomía) del Poder Constituyente también fue reconocido por el la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en el citado fallo del 19 de enero de 1999, al sostener, partiendo del análisis del artículo 4 de la Constitución, que [“La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público”] que, indudablemente, “quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria (...)”.

### **3.4. Modos de manifestación del Poder Constituyente**

La actividad constituyente originaria se manifiesta a través de mecanismos jurídicos que hacen reconocible la inmediata voluntad popular dirigida hacia la adopción de una decisión sobre el modo y la forma de existencia de la unidad política (Schmitt). Esos mecanismos o procedimientos que sirven de manifestación a la actividad

<sup>64</sup> Sánchez Falcón. Ob. Cit., pág. 68.

<sup>65</sup> *Ibíd.*

constituyente originaria, surgen en forma espontánea cada vez que aparece la necesidad de incorporar cambios sustanciales a los principios políticos fundamentales sobre los cuales se erige el régimen estatal. No es necesario, por tanto, que tales mecanismos se encuentren previstos en textos normativos, máxime si se tiene en cuenta las consecuencias que derivan del carácter soberano, ilimitado y originario de la función constituyente originaria.

Las experiencias del Derecho Constitucional Comparado han permitido a la doctrina (Schmitt) elaborar un catálogo –cuyo carácter enunciativo deriva de la misma naturaleza del asunto estudiado- de mecanismos a través de los cuales el pueblo expresa su voluntad constituyente. En este sentido, el pueblo puede manifestar su Poder Constituyente Originario, mediante:

### **i) Aclamación**

La aclamación es un mecanismo de democracia directa propio de las sociedades democráticas primitivas, en las cuales la voluntad constituyente era manifestada por el pueblo en multitud reunida. Por la dificultad de su implementación en los Estados complejos, esta figura ha desaparecido de las modernas experiencias.

### **ii) Convenciones Constituyentes**

Las Convenciones Constituyentes son órganos representativos, comisionados para preparar un proyecto de constitución, cuya aprobación debe someterse a ratificación del pueblo. Esta modalidad supone entonces dos pasos de participación popular, por una parte, la elección de la Convención Constituyente; y en segundo lugar, la aprobación o ratificación del texto elaborado por dicha Convención.

De acuerdo a las enseñanzas de Duverger, este mecanismo responde más a la teoría rousseauiana de mandato representación fraccionada y mandato imperativo, de mayores bases democráticas que la anterior, y en cuyo mérito se asegura a los electores contar con un mecanismo de sanción o control de las actuaciones cumplidas por sus representantes. Ese mecanismo de control sería, en el caso de las Convenciones Constituyentes, la posibilidad de ratificar o improbar el texto

elaborado por la Convención. En este punto, debemos señalar que aun cuando el proceso constituyente que se adelanta en Venezuela ha sido denominado formalmente “Asamblea Nacional Constituyente”, se trata en realidad de una “Convención Constituyente”. En efecto, según lo expuesto con anterioridad, mientras la Constitución adoptada por Asamblea Nacional Constituyente entra en vigencia sin necesidad de aprobación popular, ello no ocurre así en los casos de Convenciones Constituyentes, pues estos organismos solo preparan un proyecto de texto constitucional, el cual entra en vigencia después de ser ratificado por el pueblo en vía de referendo. Este último es, precisamente, el modelo planteado en Venezuela, y así se evidencia de lo previsto en el artículo 9 de las bases comiciales para el referendo consultivo sobre la Convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente (Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 36.669 del 25 de marzo de 1999), cuyo contenido, textualmente, es el siguiente:

“**Noveno:** la Constitución que redacte la Asamblea Nacional Constituyente será sometida a referendo dentro de los treinta (30) días continuos a su sanción. La Constitución quedará definitivamente aprobada si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos”.

Nótese que de acuerdo con la norma transcrita, la denominada “Asamblea Nacional Constituyente” se limitará a elaborar un proyecto de constitución, que será posteriormente sometido a la aprobación de un referendo popular. Por lo tanto, no obstante su expresada denominación, el referido organismo se tratará en verdad de una Convención Constituyente y no de una Asamblea Nacional Constituyente.

### iii) Plebiscito constituyente

A través de un mecanismo de consulta popular destinado a legitimar un proyecto de constitución elaborado por algún órgano constituido. Para la legitimidad de este método se exige modernamente que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado, qué votan afirmativamente y qué votan negativamente; así como el cumplimiento de un quórum mínimo de validez. Fue este el mecanismo utilizado para la reforma Constitucional colombiana de 1957.

#### **iv) Asambleas constituyentes**

Este mecanismo, como modo de manifestación del poder constituyente, lo abordaremos a continuación.

### **4. Asamblea Nacional Constituyente**

#### **4.1. Concepto de Asamblea Nacional Constituyente**

El mecanismo más complejo de modificación de la Constitución es la Asamblea Nacional Constituyente. La Asamblea Nacional Constituyente es la representación del poder constituyente, que tiene como fin redactar un proyecto de Constitución, dirigido a crear un nuevo ordenamiento jurídico y transformar el Estado (artículo 347).

Las asambleas constituyentes son órganos representativos, distintos a los poderes constituidos, que se convocan y eligen con la misión específica de elaborar una Constitución. En principio, el producto de las asambleas constituyentes tiene eficacia solo después de su ratificación por parte del pueblo. Obviamente, la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente supone la previa decisión del pueblo en este sentido, lo que se hace por la vía del sufragio, a través de un referendo.

Como postulados actuales de este órgano de representación se sostiene que el conjunto de los diputados de la Asamblea representa al conjunto del pueblo, de manera que los representantes están ligados por un mandato preciso recibido de sus electores, puesto que los verdaderos mandantes son éstos y no la Asamblea. El pueblo, al tratarse del único depositario de la soberanía, y por tanto del poder constituyente, es el único con poder para dar instrucciones a sus representantes; es decir, el pueblo no sólo le otorga a la Asamblea el mandato de representarla, sino que le ordena de forma precisa la misión y los límites como debe desempeñarla. Así, los diputados no son libres en cuanto a sus actos y decisiones, y estos últimos sólo son legítimos en la medida en que se correspondan con las competencias asignadas por el poder constituyente.

Por lo tanto, en el marco de una Asamblea Nacional Constituyente, resultaría necesaria la organización de un nuevo proceso a los fines que el pueblo manifieste su conformidad con las decisiones tomadas por la Asamblea. De esta forma, la implementación pura de este mecanismo

-es decir, la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que pueda dictar normas de rango constitucional con efectos inmediatos, sin la previa aprobación del pueblo soberano- atentaría contra los valores fundamentales de la sociedad y, en especial, violaría el derecho de los ciudadanos a la participación política, pues supondría la abdicación de la soberanía popular a favor de la Asamblea Nacional Constituyente.

#### **4.2. Límites de la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente**

Hemos dicho que el Poder Constituyente, cuando es ejercido por su titular originario que no es otro que el pueblo, reviste carácter ilimitado<sup>66</sup>, de manera que, en principio, dejando a salvo la necesidad de respetar los valores naturales y absolutos, no tiene restricciones en su actuación. Sin embargo, el proceso constituyente, por medio del cual el Poder Constituyente es encauzado, y la Asamblea Nacional Constituyente, como representación de ese poder, deben estar necesariamente influidos e informados, de una parte, por los límites establecidos por el poder constituyente originario, es decir, por los que disponga el pueblo en ejercicio directo de su soberanía; y, de otra parte, por los principios fundamentales que establece la Constitución, referidos especialmente al ejercicio de la soberanía del pueblo venezolano y la democracia. Así entonces, todas y cada una de las fases del proceso constituyente, así como todas las actuaciones que desempeñe la Asamblea Nacional Constituyente en el ejercicio de sus funciones, están obligatoriamente ceñidas a los siguientes principios:

---

<sup>66</sup> Los únicos límites que encuentra el pueblo al ejercer soberanamente ese Poder Constituyente, Son los que la propia naturaleza humana le impone, vale decir los derechos del hombre y los derechos fundamentales del ciudadano. Por tal motivo cobra fuerza y relevancia la paz y el orden mundial, pues el pueblo venezolano debe atender al entorno político y social del resto del mundo, atendiendo a instrumentos de protección de derechos humanos tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrita en el seno de la ONU, el Pacto de San José de Costa Rica suscrito por los miembros de la Organización de Estados Americanos, el cual contiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Véase al respecto RAFFALLI ARISMENDI, JUAN M. (1998) “Revolución, Constituyente y Oferta Electoral”. Caracas: Editorial Sherwood. Pág. 41-42.

#### **4.2.1. Límites establecidos por el Poder Constituyente originario**

Al ser la Asamblea Nacional Constituyente un producto de la soberanía popular en ejercicio del poder constituyente originario, ella está estrictamente sometida a los criterios y límites precisos que el pueblo soberano disponga al manifestar su voluntad mediante referendo consultivo. Entonces, la soberanía popular, expresada como poder constituyente originario mediante referendo consultivo va determinar en primer lugar la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente. Todo lo que sea decidido por la voluntad popular referido al proceso constituyente será de obligatorio cumplimiento y de rango y validez superior. Esa validez superior quiere significar que los resultados que emerjan de la consulta popular efectuada tienen categoría supranacional por ser la manifestación más directa de la soberanía del pueblo<sup>67</sup>.

Las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente estarán regidas en un primer término por las normas aprobadas por el pueblo soberano en el referendo consultivo. Estas normas fijan así el marco jurídico-político dentro del cual debe actuar dicha Asamblea, de modo que determinan cuál será la misión de la Asamblea Nacional Constituyente y los límites dentro de los cuales desempeñará esa misión, incluyendo el límite de temporalidad, es decir, el que define el tiempo en el que deberá estar constituida esta Asamblea Nacional Constituyente para la consecución de su objetivo.

Como ejemplo de lo anterior podemos referirnos a la Asamblea Nacional Constituyente del año 1999, en la cual el pueblo fue el que definió claramente la misión que ésta cumpliría, es decir: redactar una nueva Constitución, y a su vez estableció un parámetro de temporalidad de 6 meses para su funcionamiento. Determinado el objetivo para el cual fue creada la Asamblea Nacional Constituyente, además, se sujetó su actuación a las pautas de la voluntad popular dictadas en las

---

<sup>67</sup> BREWER-CARÍAS, Allan, “Misión y límites de la Asamblea Nacional Constituyente impuestos por el poder constituyente originario a través del referendo consultivo del 25 de abril de 1999”, véase enlace web: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/I.2.34.pdf>

bases comiciales<sup>68</sup>, las cuales habían determinado claramente que dicha Asamblea debía preparar una nueva Constitución que correspondiera a los criterios de transformación del Estado que ha determinado la soberanía popular<sup>69</sup>, “y a la par permitir el funcionamiento normal de los poderes constituidos, sin inmiscuirse en funciones que no le son propias al poder constituyente del pueblo –único soberano-, del cual esta Asamblea Nacional Constituyente era representante, por tanto sus poderes no eran ilimitados puesto que no es la Asamblea soberana, sino el pueblo que la designó”<sup>70</sup>.

En este sentido, expresa Brewer-Carías que “... *si bien la Asamblea Nacional Constituyente no está sujeta a los Poderes constituidos, nunca puede estar por encima de la voluntad popular y de la soberanía del pueblo, a quien corresponde, se insiste, el Poder Constituyente Originario, al cual aquella no puede sustituir.*”.

#### 4.2.2. Límites establecidos en el sistema jurídico vigente

Debido a que precisamente la Asamblea Nacional Constituyente no detenta un poder ilimitado o absoluto, como el que sí detenta el pueblo en ejercicio de su soberanía y del Poder Constituyente originario, ésta no puede modificar o suspender el ordenamiento jurídico vigente. Es decir, la Asamblea Nacional Constituyente no tiene la facultad de alterar o impedir la vigencia de la Constitución durante su funcionamiento, al no detentar el carácter de originario.

Así pues, “no es posible que la Asamblea Nacional Constituyente pueda disponer, durante su funcionamiento (...), la disolución del Congreso o de la Corte Suprema de Justicia, o de cualesquiera de los Poderes Constituidos que si bien no pueden limitar la actuación de la Asamblea, continúan rigiéndose por lo dispuesto en la Constitución

<sup>68</sup> HERNÁNDEZ CAMARGO, Lolymer, “El Proceso Constituyente Venezolano de 1999 “, Serie Estudios, 78, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008.

<sup>69</sup> BREWER-CARÍAS, Allan, “Misión y límites de la asamblea nacional constituyente impuestos por el poder constituyente originario a través del referendo consultivo del 25 de abril de 1999”. Ob. cit.

<sup>70</sup> HERNÁNDEZ CAMARGO, Lolymer, Ob. cit. 217.



(...) hasta tanto esta sea sustituida por la nueva Constitución”. Ello nada más lo puede decidir la voluntad popular como poder constituyente originario, y actuar de forma contraria sería contradecir lo dispuesto por la voluntad popular, fuera de los límites supranacionales que deben guiar su actuación<sup>71</sup>.

El límite que impone el ordenamiento jurídico vigente comprende “*la total observancia a la Constitución vigente y el respeto por las instituciones y órganos previstos por esta norma...*”<sup>72</sup>.

En este sentido se pronunció la ex Magistrada de la Corte Suprema de Justicia Hildegard Rondón de Sansó, mediante voto salvado en la sentencia 14 de octubre de 1999, de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, donde se decidió el recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto por Henrique Capriles Radonsky, en contra del acto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente del 25 de agosto de 1999, modificado por el Decreto de fecha 30 de agosto de 1999, mediante el cual se decretó la regulación de las funciones del Poder Legislativo Nacional, y en el cual se concluye que los actos de la Asamblea Nacional Constituyente no están sometidos a la Constitución, y en consecuencia, no cabe contra ellos recurso alguno de inconstitucionalidad. En la sentencia, la Profesora Rondón de Sansó disintió expresando lo siguiente:

*“La sentencia trata de ignorar que la función atribuida a la Asamblea Nacional Constituyente de reestructurar las bases del Estado, aludía al hecho de que tal reestructuración, debía realizarse mediante un proyecto de Constitución, debidamente aprobado mediante referéndum. Así, considera el fallo que, el hecho de que le hubiese sido otorgada a la Asamblea Nacional Constituyente la facultad de dictar un nuevo texto constitucional, abarcaba la potestad de modificar el orden jurídico, antes que el proyecto de nueva Constitución hubiese obtenido la aprobación popular exigida en la Base Novena.*”

<sup>71</sup> BREWER-CARÍAS, Allan, “Misión y límites de la asamblea nacional constituyente impuestos por el poder constituyente originario a través del referendo consultivo del 25 de abril de 1999”. Ob. cit.

<sup>72</sup> HERNÁNDEZ CAMARGO, Lolymar, Ob. cit. 217.

*No está presente en el fallo la premisa esencial del proceso constituyente en curso, que es la de la reelaboración de una nueva Constitución dentro de un régimen de iure. Es decir, que la Asamblea Nacional Constituyente se encuentra sometida a las reglas del Derecho existentes, fundamentalmente, a la Constitución y a las leyes de la República; pero asimismo, a toda la normativa vigente (bloque de legalidad), a la cual no puede modificar en forma alguna, sin que ello implique un desbordamiento de sus funciones, y algo aún más grave, la usurpación de autoridad.*

(...)

*En el caso planteado, al estar sometida la Asamblea Nacional Constituyente al Estado de Derecho, tiene que obedecer a las reglas que el mismo le impone, hasta tanto surja un nuevo orden jurídico. En la conformación de tal orden, ella opera como el instrumento para la elaboración y presentación al pueblo -que le ha dado el mandato para hacerlo- de un proyecto de Constitución, que sólo será válido y eficaz, una vez aprobado mediante referéndum, tal como lo prevé la antes citada Base Comicial Novena acogida por el cuerpo electoral el 25 de abril de este año.*

(...)

*ella está -ante todo- sujeta al sistema de la Constitución del '61, al orden vigente y a las bases comiciales en la determinación de sus competencias. Es con respecto a la estructuración de las nuevas instituciones que se consoliden en el nuevo texto constitucional, que está desvinculada del texto vigente”.*

Así pues, la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente como órgano constituido no puede limitar, ni mucho menos ejercer, el poder constituyente originario que sólo y exclusivamente le corresponde al pueblo, por lo que debe concretarse al ejercicio de la misión que le ha sido encomendada por el pueblo soberano dentro de las normas y reglas que el derecho vigente le exija, en especial la Constitución. En este sentido, el bloque de la constitucionalidad y el bloque de la legalidad vigente en el momento en que esté dispuesto el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente por mandato del Poder Constituyente originario del pueblo soberano, será inalterable hasta que la nueva Constitución sea aprobada por el pueblo, y por lo tanto comprenderá un límite a las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente.

#### 4.2.2.1 Principios constitucionales que rigen el proceso constituyente

Es precisamente la composición del proceso constituyente, deducido de la integridad del contenido de la Constitución, lo que nos permite definir y determinar los siguientes principios y límites constitucionales que rigen el proceso constituyente y por tanto, a la Asamblea Nacional Constituyente:

##### i) El principio de la democracia y la soberanía popular (artículos 2 y 5 de la Constitución)

El Estado venezolano, tal como lo dispone el artículo 2 de la Constitución, es un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico venezolano -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.

La democracia, como calificador del Estado venezolano, es reconocida como el principio más fundamental de los principios generales, y, en su significación más general comprende la titularidad popular del poder. Ello está estrictamente ligado con la definición que hace el artículo 5 constitucional que establece que “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”.

Del artículo 2 se deriva el carácter democrático que debe regir al Estado venezolano en todos sus niveles, mientras que del artículo 5 *eiusdem* se desprende la categoría normativa de la soberanía popular. La principal consecuencia de dicho reconocimiento, es decir, de la titularidad de la soberanía en el pueblo, es la de atribuir también a éste el poder de gobierno. Es por ello que la doctrina ha admitido que democracia y soberanía son dos caras de la misma moneda, de modo que “*Afirmar que el pueblo es el titular de la soberanía es adoptar la idea democrática*”.<sup>73</sup>

<sup>73</sup> Georges Burdeau cit. en MONAGAS RODRÍGUEZ, Ob. cit.

De acuerdo con lo anterior, la democracia, como principio jurídico inherente a la esencia misma del Estado constitucional, debe estar integrada en todos los niveles del mismo como fuente de validez. Sin embargo, para intervenir en el ordenamiento se requiere de una serie de conexiones que lo determinen en los distintos niveles o momentos en los que jurídicamente opera, para a su vez poder determinar qué efectos se despliegan por su aplicación<sup>74</sup>. En este sentido, la soberanía popular se erige en fundamento y esencia de la legitimidad democrática del poder, y exige que se garanticen y tutelen la participación efectiva de los ciudadanos y agrupaciones en la actividad política.<sup>75</sup>

Así pues, dentro del proceso constituyente la democracia representa la participación de las tendencias e ideas políticas de toda la ciudadanía con el fin de converger en *“una pluralidad común con vocación para establecer un franco régimen de convivencia democrática”*.<sup>76</sup>

El principio democrático implica en el proceso constituyente también, por ejemplo, que los preceptos constitucionales objeto del Proyecto de Constitución sean ampliamente conocidos, criticados, estudiados, analizados, examinados y discutidos, de modo que se evite cualquier imposición ideológica, partidista o personalista<sup>77</sup>, y con el fin de procurar el consenso del texto fundamental, como máxima expresión de la voluntad general, propia de la legitimidad democrática, y por ende, de la soberanía popular.

De esa forma, el ejercicio de la soberanía popular es el único origen legítimo que puede tener el constitucionalismo democrático del Poder del Estado, siendo su máxima expresión, el ejercicio del poder constituyente por voluntad general de los ciudadanos, concretado en el artículo 347 de la Constitución. Entonces, para que el proceso constituyente esté dotado de legitimidad, desde un punto de vista político, debe estar sustentado -afirmado y afincado<sup>78</sup>- en la soberanía popular.

<sup>74</sup> ARAGON, Manuel, “La eficacia jurídica del principio democrático”, en Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 8, N° 24, 1988, págs. 9-46

<sup>75</sup> Vid. MONAGAS RODRÍGUEZ, Orlando, “Reflexión sobre soberanía popular, poder constituyente y proceso constituyente”, en <http://www.franciscosantana.net/2017/05/reflexion-sobre-soberania-popular-poder.html>

<sup>76</sup> *Ibíd.*

<sup>77</sup> *Ibíd.*

<sup>78</sup> *Ibíd.*

Ahora bien, para que dicha soberanía popular se manifieste y en efecto el proceso constituyente sea legítimo, es preciso tener en cuenta una serie de valores y derechos que conforman el principio democrático, y que son desarrollados a lo largo de la Constitución:

**a. Bases federales del Estado  
venezolano como principio  
de organización democrática  
(Preámbulo y artículo 4)**

De acuerdo con el artículo 4 de la Constitución, la República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en la Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.

Vale destacar que esta forma de estado federal, como principio de organización democrática de Venezuela, tal y como lo señala el precitado artículo 4 de la Constitución, contiene particularidades que no se corresponden, en la realidad, a la clásica concepción del Estado Federal, pero que sin embargo, conserva sus valores fundamentales. Así pues, el texto constitucional de 1999 organiza el Estado venezolano con forma federal mediante un sistema de distribución del Poder Público en tres niveles: Nacional, Estadal y Municipal, “atribuyendo su ejercicio a diversos órganos y asignando competencias exclusivas en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos”<sup>79</sup>

El Estado de Venezuela está compuesto entonces por entidades políticas territoriales típicas del Estado federal y descentralizado como lo son los Estados y Municipios (junto al Distrito Capital, las dependencias federales y los territorios federales, artículo 16 de la Constitución), las cuales gozan de una autonomía territorial que comprende:

- i. Autonomía normativa (como la capacidad de dictar sus propias normas, dictar las leyes que regularán la comunidad en el ámbito territorial determinado);

<sup>79</sup> BREWER-CARÍAS, Allan, “Historia Constitucional de Venezuela”, Colección Trópicos, Editorial Alfa. Caracas, 2008. P.176.

- ii. Autonomía tributaria (capacidad de crear impuestos y tener ingresos propios dentro del ámbito de las competencias propias de la ida local);
- iii. Autonomía política (capacidad de elegir a sus propias autoridades, sin interferencia alguna de los poderes nacionales), y
- iv. Autonomía administrativa (como la libre gestión de los asuntos propios de la entidad)<sup>80</sup>.

### **b. Ejercicio democrático de la voluntad popular (artículo 3)**

Como fin esencial del Estado, el artículo 3 de la Constitución establece, entre otros<sup>81</sup>, el ejercicio democrático de la voluntad popular. De acuerdo con lo dispuesto en el precitado artículo 5 constitucional, la soberanía, y por ende, la voluntad popular, se ejerce de dos maneras según el régimen de democracia representativa y participativa:

- i) El ejercicio de la soberanía por el pueblo de forma directa, según lo previsto en la Constitución y la ley.
- ii) El ejercicio de la soberanía por el pueblo de forma indirecta, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el poder público.

El artículo 70 de la Constitución determina, entre otros, los medios de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía. En lo que respecta al ámbito político<sup>82</sup>, el artículo 70 enuncia los siguientes mecanismos:

---

<sup>80</sup> BREWER-CARÍAS, Allan, "Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana", Colección Monografías Administrativas N°1, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1978.

<sup>81</sup> la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, , 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 reconocidos y consagrados en esta Constitución.

<sup>82</sup> Respecto al ejercicio de la soberanía por el pueblo en lo social y económico, la Constitución enuncia los mecanismos de participación en 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 (artículo 70 de la Constitución).

- a. La elección de los cargos públicos;
- b. El referendo;
- c. La consulta popular,
- d. La revocatoria del mandato;
- e. Las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente;
- f. El cabildo abierto;
- g. La asamblea de ciudadanos cuyas decisiones serán vinculantes;
- h. Otros.

### c. Pluralismo político (artículo 2)

El artículo 2 de la Constitución, además de caracterizar el Estado venezolano como democrático, social, de derecho y de justicia, propugna como valores superiores de su ordenamiento, y de su actuación, entre otros<sup>83</sup>, el pluralismo político.

El pluralismo político en el proceso constituyente implica, entre otras cosas, el derecho de la mayoría gobernar y el derecho de la minoría a no ser atropellada. De acuerdo con Humberto Njaim, la sociedad contemporánea se caracteriza por ser receptáculo de una variedad compleja de formas y modos diversos de vida cuyas fuentes pueden ser encontradas en factores filosóficos, políticos, económicos, sociales, culturales, geográficos y hasta internacionales<sup>84</sup>. De lo anterior se desprende la necesidad de las constituciones democráticas no sólo de consagrar esa diversidad, sino también valorarla como manifestación de libertad y otros derechos humanos, estableciéndola como principio destacado en las leyes fundamentales, y hasta como valor superior del Estado, como una de las características de su sistema de gobierno, como ocurre precisamente en la Constitución venezolana.<sup>85</sup>

<sup>83</sup> Tales como: la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos y la ética (artículo 2 de la Constitución).

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 69.

**d. Carácter democrático de las entidades políticas que componen el Estado (artículo 6)**

El Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, así como las entidades políticas que las componen, están sujetos al principio de democracia, es decir, están condicionados a lo que disponga la voluntad popular como titular del poder soberano.

Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución conforme al cual “los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”; y del artículo 6 *eiusdem* que indica: “*el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandato revocable*”.

**e. Respeto a los derechos políticos (artículo 39)**

El artículo 39 de la Constitución establece que los venezolanos que no estén sujetos a inhabilitación política ni a interdicción civil, y que cumplan con las condiciones de edad previstas en la Constitución, ejercen la ciudadanía y por lo tanto son titulares de derechos y deberes políticos.

**f. Participación libre en los asuntos públicos (artículo 62)**

Los derechos políticos implican esencialmente la facultad que tienen los venezolanos de participar libremente en los asuntos públicos, bien sea de forma directa o por medio de sus representantes elegidos o elegidas (artículo 62 de la Constitución).

**g. Derecho al sufragio (artículo 63)**

Asimismo, a la globalidad los venezolanos como pueblo se les reconocen el derecho al sufragio como manifestación de su soberanía. En este sentido, el artículo 63 de la Constitución determina que el sufragio se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas.



## **ii) Principio legalidad (artículo 137)**

Las actuaciones de los órganos constituidos deben adaptarse a los preceptos establecidos en la Constitución y las leyes. Así, de conformidad con el artículo 137 Constitucional, los órganos que ejercen el Poder Público, incluyendo al Presidente de la República, deben sujetar las actividades que realicen al contenido del texto constitucional y las leyes.

Por lo que se refiere al principio de la legalidad, hay tener en cuenta que se trata de una de las conquistas más grandes del constitucionalismo moderno: la aceptación de que todas las actuaciones de los órganos de los poderes públicos deben estar sometidos a derecho. Bloque de legalidad. Respecto del tema Moles Caubet, señala que el “concepto de legalidad tiene función de principio, actuando por tanto como lo primero de cuanto le sigue. Así el principio representa un valor jerárquico respecto al conjunto de normas a las cuales da sentido. Por esto mismo el principio de legalidad es algo más que el enunciado contenido en una norma, el artículo 117 de la Constitución, pues consiste realmente en una contextura propia del Estado de Derecho, o sea aquel tipo de Estado cuya actuación ha de estar condicionada por el Derecho, del cual la Ley es una parte integrante”.

## **iii) Principio de separación de poderes (artículo 136)**

El ejercicio del Poder Público, incluso las facultades constitucionales dadas a los órganos constituidos, siempre debe estar enmarcando dentro del principio de separación de poderes, en tanto que conforme al artículo 136 Constitucional, segundo aparte, cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias.

Así, cuando algún órgano del Poder Público realice actuaciones tendentes a activar o continuar el proceso constituyente no puede obligar a otro órgano a que continúe con el ejercicio de dicha actividad si la misma no se encuentra ajustada a derecho conforme al principio de legalidad antes mencionado. Por el contrario, como en el ejercicio de sus competencias éstas son absolutamente independientes, deben ajustarse a derecho tales actuaciones y están obligadas a no tramitar las

solicitudes efectuadas por otro poder hasta tanto no se enmarque dentro de la Constitución.

La colaboración de los órganos entre sí para los fines del Estado, como lo puede ser la transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución a través de una Asamblea Nacional Constituyente. En efecto el segundo aparte del artículo 136 establece que los órganos a los que les incumbe el ejercicio del Poder Público colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

#### **iv) Principio de progresividad de los derechos (artículo 19)**

La Constitución establece, artículo 19, el principio de progresividad de los derechos, conforme al cual el Estado debe garantizar a toda persona y sin discriminación alguna el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.

Nuestra Constitución prevé la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos, mas no de manera simple, sino que debe garantizarlos conforme a la obligación constitucional no solo de establecer los mecanismos para su efectivo y real goce y disfrute, sino con el compromiso de que la actuación estatal no empeore, disminuya, ni constituya un retroceso o una desmejora en el contenido de los derechos humanos.<sup>86</sup>

En palabras de BREWER CARÍAS: *“establece así, en primer lugar, la garantía estatal de los derechos humanos, conforme al principio de la progresividad, lo que implica necesariamente que la interpretación de las normas correspondientes y cualquier revisión constitucional futura debe realizarse de manera más favorable al ejercicio y goce de los derechos y, además, conforme al principio de la no discriminación.”*<sup>87</sup>

De manera que las modificaciones a la Constitución, a través del mecanismo de Asamblea Nacional Constituyente, no pueden, en virtud

<sup>86</sup> Espina Molina, M. (2007) “Sobre el principio de la progresividad y la regresión de las reformas”. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO N° 112/2007. Caracas. Visto en [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/112/rdpub\\_2007\\_112\\_261-266.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/112/rdpub_2007_112_261-266.pdf)

<sup>87</sup> Allan Brewer-Carías, (2004) *“La Constitución de 1999”*, Derecho Constitucional Venezolano, Tomo I. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. p. 550.

del principio de progresividad, disminuir y empeorar el contenido de los derechos humanos y las garantías para su efectivo goce y ejercicio (Criterio ratificado en sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 22 de enero del año 2003, con ponencia del Magistrado Iván Rincón).

Así lo ha reconocido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual mediante Sentencia N° 1709 del 7 de agosto de 2007 (caso *Luis Américo Pérez y otros vs. artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal*) al señalar que el principio de progresividad: “*se concreta en el desarrollo consecutivo de la esencia de los derechos fundamentales, en tres aspectos fundamentales: ampliación de su número, desarrollo de su contenido y fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección. En este contexto surge la necesidad de que la creación, interpretación y aplicación de las diversas normas que componen el ordenamiento jurídico, se realice respetando el contenido de los derechos fundamentales.*”

En suma, este principio se erige como limitante al ejercicio de las potestades de la Asamblea Nacional Constituyente, pues los derechos reconocidos al pueblo venezolano no pueden ser desmejorados en la redacción de un nuevo texto constitucional.

#### **v) Principios y valores de nuestra historia republicana (artículo 350)**

Los valores y principios de nuestra historia republicana están presentes en la enunciación del artículo 350 de la Constitución, que dispone lo siguiente:

*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 contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.*

Esta norma está contenida en el Capítulo III (De la Asamblea Nacional Constituyente) del Título IX (De la Reforma Constitucional), como un límite al Poder Constituyente.

Tal como lo señaló la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 22 de enero del año 2003, en doctrina se han establecido límites generales al poder constituyente, como el respeto de los derechos fundamentales del hombre (Sieyés); al principio de la división de los poderes; a la idea de la democracia (Torres del Moral); a las condiciones existenciales del Estado, entre otros. Algunos de estos límites fueron incorporados dentro de las bases comiciales para el referendo consultivo del 25 de abril de 1999, concretamente la Base Octava, que a la letra señala:

*“Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos”.*

Así pues, al incorporar el Constituyente esta modalidad de revisión constitucional en la Constitución de 1999 estableció, en el artículo 350, último del Capítulo III, los límites al Poder Constituyente, los cuales siguen en lo fundamental lo contenido en la precitada Base Octava. Entonces, *“El régimen constitucional resultante, así como la normativa legal o las autoridades públicas que se funden o deriven de dicho régimen, deben respetar la tradición republicana, la independencia, la paz, la libertad, la democracia y los derechos humanos”*<sup>88</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con la precitada sentencia del 22 de enero del 2003: *“En lo que concierne a los términos “tradición republicana”, “independencia”, “paz” y “libertad”; éstos no requieren aclaración alguna, pues su sentido es inequívoco en la lengua castellana, además de que el propio Constituyente lo ha plasmado tanto en el Preámbulo como en el Título I (Principios Fundamentales) de la Carta de 1999, que consagra la libertad e independencia del país (artículo 1);*

<sup>88</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 22 de enero del año 2003, con ponencia del Magistrado Iván Rincón.

*la opción por la paz internacional “en la Doctrina de Simón Bolívar, el Libertador” (artículo 1); la libertad de la Nación (artículo 1) (y como valor intrínseco del ser humano –artículo 44-); y el modelo republicano de gobierno, consagrado expresamente en la parte orgánica de la Constitución”.*

Así pues, como se desprende de la Exposición de Motivos de la Constitución y de su Preámbulo, la tradición republicana venezolana implica por una parte el deber de promoción, respeto, y defensa de todo lo que identifica nuestra Nación (como los símbolos patrios y valores culturales), y por otra parte las misiones que tenía el Poder Moral del Libertador, *“en cuyo proceso se debía sembrar el respeto y el amor a la Constitución; a las instituciones republicanas, sobre la base de que “si no hay un respeto sagrado por la patria por las leyes por las autoridades, la sociedad es una confusión, un abismo”*<sup>89</sup>.

#### **vi) Principio de responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 140)**

En Venezuela, la Constitución de 1999 reconoce el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado en el artículo 140, el cual dispone:

*“El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”.*

De otra parte la Exposición de Motivos, respecto del tema, establece:

*“Finalmente, en las disposiciones generales, se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna, la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, **normal o anormal,***

---

<sup>89</sup> Título V De la Organización del Poder Público Nacional. Capítulo IV Del Poder Ciudadano de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999.

***de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones***” (énfasis añadido).<sup>90</sup>

La interpretación de la norma Constitucional y de la exposición de motivos lleva a considerar incluido en la Constitución de 1999 la responsabilidad del Estado por cualquier actuación de la Administración, así como la responsabilidad originada bien por falta o por sacrificio particular derivado de un daño causado por los servicios públicos o por cualquier actividad pública sea administrativa, judicial, legislativa, de control o electoral, de los entes públicos o privados en ejercicio de tales funciones.

Adicionalmente, la Constitución de 1999 consagra una norma expresa referida a la responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad judicial. En este sentido, tal responsabilidad se encuentra referida a los supuestos de error judicial y retardo u omisión injustificados. Así, se establece en el artículo 49, numeral 8:

*“Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificada. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o magistrada, juez o jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas”.*

Además de las normas citadas precedentemente este principio de responsabilidad patrimonial del Estado se ve respaldado por las disposiciones referentes al derecho a la tutela judicial efectiva<sup>91</sup>, el

<sup>90</sup> Debe tenerse en cuenta que el nuevo texto constitucional venezolano abandona la clásica tripartición del poder público para definir un Estado en el que el Poder se divide en cinco ramas. Además de las tradicionales ejecutiva, legislativa y judicial, se agregan una rama electoral y otra denominada ciudadana, que agrupa los órganos constitucionales de control (Contraloría General de la República, Ministerio Público y Defensoría del Pueblo).

<sup>91</sup> Por lo que se refiere al principio de tutela judicial efectiva, la Constitución de 1999 lo prevé en forma expresa en el artículo 26 el cual dispone: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de Administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso

principio de igualdad ante las cargas públicas –fundamento moderno de la responsabilidad<sup>92</sup> así como la garantía indemnizatoria en la expropiación<sup>93</sup>.

### **vii) Acuerdos y tratados internacionales (artículo 23)**

Según lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución, en Venezuela, los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado, tienen jerarquía constitucional y además, prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público, incluyendo en este caso, la Asamblea Nacional Constituyente.

Así pues, en este caso, los atributos y garantías de los derechos esenciales contenidos en tratados internacionales son incorporados al derecho interno como fuentes del derecho constitucional y como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales de Venezuela<sup>94</sup>. En este sentido, la Constitución de Venezuela comparte el máximo rango normativo con otras normas, y hasta, puede subordinarse a un ordenamiento jurídico internacional que contenga como se dijo, normas sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables o ventajosos que su propio texto<sup>95</sup>.

---

los colectivos o difusos, a la tutela judicial 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”.

<sup>92</sup> Artículos, 21, 133 y 140 de la Constitución.

<sup>93</sup> Artículo 115 de la Constitución.

<sup>94</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, en “VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo”, Universidad Monteávila, Caracas, 2016. p. 58., p. 32.

<sup>95</sup> Lo cual es el ejemplo dominante que han seguido, además de Venezuela, las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica; Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Santo Domingo, entre otras Ibídem, pp. 28- 32.

Ahora bien, que los tratados Internacionales conformen dicho bloque de la Constitución tiene consecuencias jurídicas<sup>96</sup> con inmensa relevancia, tal como lo explica el Profesor Carlos Ayala Corao: “*al igual que la constitución, los tratados sobre derechos humanos son “la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” por lo que “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos” a ellos (art. 7)*”<sup>97</sup>.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR, Asdrúbal, “*Historia inconstitucional de Venezuela 1999-2012*”, editorial jurídica venezolana, Caracas, 2012.
- ÁLVAREZ, Tulio, “*Constituyente, reforma y autoritarismo del siglo XXI*”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.
- ARAGÓN, Manuel, “*La eficacia jurídica del principio democrático*”, en Revista española de derecho constitucional, Año nº 8, Nº 24, Madrid, 1988.
- AYALA CORAO, Carlos, “*La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y su consecuencias*”, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (funda), México, 2004.
- AYALA, Javier M. “*La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*”, Temas Claves de la Constitución Española, Edit. Tecnos, S.A. Madrid, 1988.
- BADELL MADRID, Rafael, “*Estudio sobre las Constituciones en el siglo XX. en “Venezuela Siglo XX. Visiones y Testimonios”*”, Fundación Polar, Caracas, 2001.
- BETTI, E., “*Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*”, traducción J. de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.
- BIDEGAIN, Carlos María, “*Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*”, Buenos Aires, 1969.
- BREWER-CARÍAS, Allan, “*Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente (Comentarios Sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente)*”, Colección Estudios Jurídicos Nº 72, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999.

<sup>96</sup> *Ibíd*em

<sup>97</sup> AYALA CORAO, Carlos, “*La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y su consecuencias*”, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (funda), México, 2004.



- BREWER-CARÍAS, Allan, “*Asamblea constituyente y ordenamiento constitucional*”, Serie Estudios N°53, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999.
- BREWER-CARÍAS, Allan, “*La Constitución de 1999*”, Derecho Constitucional Venezolano, Tomo I. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2004.
- BREWER-CARÍAS, Allan, “*Historia Constitucional de Venezuela*”, Colección Trópicos, Editorial Alfa. Caracas, 2008.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. “*Las Constituciones de Venezuela*”. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008.
- BREWER-CARÍAS, Allan, “*Sobre cómo se puede convocar en Venezuela una asamblea nacional constituyente*” véase enlace web: <http://versionfinal.com.ve/politica-dinero/sobre-como-se-puede-convocar-en-venezuela-una-asamblea-nacional-constituyente/>
- BREWER-CARÍAS, Allan, “*Misión y límites de la asamblea nacional constituyente impuestos por el poder constituyente originario a través del referéndum consultivo del 25 de abril de 1999*”, véase enlace web: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb-849fea3/Content/I.2.34.pdf>
- BREWER-CARÍAS, Allan, “La Asamblea Nacional Constituyente de 1999 aprobó que solo el pueblo mediante “referendo de convocatoria” puede convocar una Asamblea Constituyente: Análisis del diario de debates”, véase enlace web: [http://allanbrewercarias.com/?s=la+Asamblea+Nacional+constituyente+de+1999+aprob%C3%B3&taxonomy\\_year=](http://allanbrewercarias.com/?s=la+Asamblea+Nacional+constituyente+de+1999+aprob%C3%B3&taxonomy_year=)
- CABALLERO SIERRA, Gaspar y ANZOLA GIL, Marcela, “*Teoría constitucional*”, Editorial TEMIS S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995.
- CASAL H, Jesús María, “*Constitución y Justicia Constitucional*”. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2004.
- ESPINA MOLINA, M. “*Sobre el principio de la progresividad y la regresión de las reformas*”. Revista de Derecho Público N° 112/2007. Caracas, 2007. Visto en [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/112/rdpub\\_2007\\_112\\_261-266.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/112/rdpub_2007_112_261-266.pdf)
- ESCOVAR LEÓN, Ramón, “Noción de pueblo en las bases comiciales y en la sentencia n° 378 de la Sala Constitucional”, conferencia dictada en “Jornada sobre la Asamblea Nacional Constituyente: Génesis y perspectivas”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 13 de junio de 2017.

- ESCOVAR LEÓN, Ramón, “*Neoconstitucionalismo y anticonstitucionalismo*”, en el Nacional digital. Véase enlace web: [http://www.el-nacional.com/noticias/columnista/neoconstitucionalismo-anticonstitucionalismo\\_180317](http://www.el-nacional.com/noticias/columnista/neoconstitucionalismo-anticonstitucionalismo_180317)
- ESCOVAR LEÓN, Ramón, “*Justificar lo injustificable*”, en Prodavinci. Véase enlace web: <http://prodavinci.com/blogs/justificar-lo-injustificable-por-ramon-escovar-leon/>
- FAJARDO H., Angel R., “*Compendio de Derecho Constitucional. General y Particular*”, 7a. Edición (corregida y aumentada), Caracas, 1985.
- FAVOREU, Louis, “*El Bloque de la Constitucionalidad*” en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 5, enero-marzo 1990, Madrid.
- HERNÁNDEZ, José I., “Lo que dice el diario de debates de la Constituyente (1999) sobre la convocatoria de una Constituyente”, en Prodavinci. Véase enlace web: <http://prodavinci.com/blogs/lo-que-dice-el-diario-de-debates-de-la-constituyente-1999-sobre-la-convocatoria-de-una-constituyente-por-jose-i-hernandez/>
- HERNÁNDEZ CAMARGO, Lolymar, “*El Proceso Constituyente Venezolano de 1999*”, Serie Estudios, 78, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008.
- HOYOS, A. “*La Interpretación Constitucional*”. Editorial Temis. Bogotá, 1993.
- LINARES QUINTANA, “*Derecho constitucional e instituciones Políticas*”, Tomo II, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “*La naturaleza emancipadora de los procesos constituyentes democráticos. Avances y retrocesos*”, en AA.VV. “*Por una Asamblea Constituyente. Una solución democrática a la crisis*”, Ediciones sequitur. Madrid, 2012.
- MONAGAS RODRÍGUEZ, Orlando, “*Reflexión sobre soberanía popular, poder constituyente y proceso constituyente*”, en <http://www.franciscosantana.net/2017/05/reflexion-sobre-soberania-popular-poder.html>
- NEGRI, Antonio, “*El poder constituyente. Ensayos sobre las alternativas de la modernidad*”, Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, Ed. Traficantes de Sueños, Madrid, 2015.
- 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.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “*El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas*”, en “*VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo*”, Universidad Monteávila, Caracas, 2016.
- PEÑA SOLÍS, José, “*Lecciones de Derecho Constitucional General*”, Volumen I, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2008.
- RAFFALLI ARISMENDI, Juan M. “*Revolución, Constituyente y Oferta Electoral*”. Editorial Sherwood. Caracas, 1998.
- RONDÓN DE SANSÓ, H. *La Asamblea Nacional Constituyente Venezolana de 1999*. Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación 1915-2015. Colección Centenario Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015.
- SIEYÉS, Emmanuel, “*¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*”, Ciencia política, Alianza Editorial, Madrid, 2003.
- VEDEL, George y DEVOLVÉ, Pierre, “*Droit Administratif*”, 11<sup>a</sup> ed., vol., I, París, 1990.

**TEXTO DE LA VIDEO-CONFERENCIA DICTADA  
POR EL DR. ALLAN R. BREWER-CARIÁS,  
INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN:  
SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD  
DEL DECRETO 2.830 DEL 1 DE MAYO  
DE 2017, POR MEDIO DEL CUAL SE CONVOCÓ  
LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.**

En el contexto del programa de esta *Jornada sobre la Asamblea Nacional Constituyente: Génesis y perspectivas*, a la cual tan amablemente la Academia me ha invitado a participar vía tele-conferencia, y en vista de la brevedad del tiempo disponible, me limitaré a comentar el texto del Decreto No. 2.830 de 1 de mayo de 2017, publicado en *Gaceta Oficial* No. 6.295 Extraordinario de la misma fecha, mediante el cual en violación directa de la Constitución, el Presidente de la República, usurpando el poder constituyente originario que solo el pueblo puede ejercer, convocó una Asamblea Nacional Constituyente.

El decreto, en efecto, es inconstitucional en su integridad, estando su texto, además, afectado de falsedad, de insolencia y de ironía, siendo a la vez un decreto inútil y engañoso, de carácter fraudulento, que contiene una burla a los ciudadanos, además de una usurpación, y de ser discriminatorio y contradictorio.

Esos ocho vicios de fondo y forma que afectan el Decreto son los que voy a analizar brevemente a continuación, tal como se nos ha solicitado.

## **I. UN DECRETO CON BASE CONSTITUCIONAL FALSA: EN EJERCICIO DE ATRIBUCIONES INEXISTENTES**

En primer lugar, el decreto está afectado de inconstitucionalidad por pretender basarse en una falsedad, cuando el Presidente afirma que lo dicta “en uso de la facultad que le confiere el artículo 348 de la Constitución.”

Este solo enunciado es falso, pues dicho artículo no le confiere al Presidente atribución alguna para poder convocar ninguna Asamblea Constituyente. Dicha norma, como deriva de su propio texto, solo regula la legitimación necesaria atribuida a determinados órganos o a

una fracción de electores, para tener la iniciativa de iniciar un proceso constituyente, que solo el pueblo puede convocar.

Para tales efectos, es evidente que el pueblo no puede espontáneamente iniciar un proceso constituyente. Para que se manifieste, que solo puede hacerlo en este caso mediante referendo (referendo de convocatoria), tiene que iniciarse previamente el proceso, atribuyéndose la iniciativa para ello al Presidente de la República en Consejo de Ministros, a la Asamblea Nacional mediante un voto calificado, a un número calificado de Concejos Municipales o a un 15 % de electores a nivel nacional. Por tanto, también en falsa la afirmación del Presidente en el decreto al indicar que supuestamente tendría la iniciativa “exclusiva” para iniciar el proceso constituyente, ya que hay esos otros legitimados.

Pero es evidente que iniciativa para iniciar el proceso constituyente no significa poder de convocatoria de la Asamblea Constituyente que solo le corresponde al pueblo. Por tanto, el Presidente no es tal para “invocar el Poder Constituyente Originario” como lo afirma en el decreto, que solo el pueblo puede invocar.

El artículo 347 de la Constitución, en efecto, es absolutamente diáfano en indicar que el pueblo como único depositario del poder constituyente originario, es el que puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente, lo que implica que ningún órgano constituido del Estado ni alguna fracción de electores, pueden convocarla. Solo el pueblo, y como se dijo la única forma que tiene de manifestar su voluntad en este caso, es mediante “referendo de convocatoria,” como se lo denominó en las discusiones en la materia de la Asamblea Nacional Constituyente en 1999. Por ello, la convocatoria que ha hecho el Presidente de la república de una Asamblea Nacional Constituyente en el decreto No. 2830 es absolutamente inconstitucional, y rompe el principio de la necesaria participación del pueblo en toda reforma constitucional.

Sostener, tal como se deriva del texto del Decreto, avalado en forma incomprensible por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al resolver un recurso de interpretación de las dos normas citadas, en la penosa sentencia No. 378 de 31 de mayo de 2017, que para convocar una Asamblea Nacional Constituyente no es necesario que el pueblo se pronuncie mediante referendo, es aceptar el absurdo de que para cambiar una “coma” en un artículo constitucional mediante una enmienda

constitucional, se requiere de un referendo aprobatorio, y que para reformar el texto de un artículo fundamental de la Constitución mediante “reforma constitucional” también se requiere de un referendo; pero según el Presidente de la República con el aval infame del Tribunal Supremo, para cambiar TODA la Constitución, reformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico no hay necesidad de que el pueblo se pronuncie.

Mayor absurdo inconstitucional es imposible.

## **II. UN DECRETO DE CONTENIDO INSOLENTA: SUPUESTAMENTE DICTADO CON LA BENDICIÓN DE DIOS**

Pero además de estar basado en una falsedad, el Decreto 2830 es en sí mismo una tremenda insolencia.

En su texto, en efecto, el Presidente de la República le informa a todos los ciudadanos, y al mundo entero, que ha dictado el decreto “con la bendición de Dios Todopoderoso.” No se trata de que al dictarlo ha invocado a Dios o haya rogado porque lo bendiga a él y a todos los venezolanos; no, lo que afirma en el texto del decreto es que lo dicta ya “con la bendición de Dios,” como si la misma ya se la hubiese dado y él la hubiese recibido, lo que en su propio lenguaje significa que ya sería un ser bendito ¡!

Tamaño insolencia requiere de una explicación. El Presidente tendría que informarle a los mortales, dada su supuesta cercanía con Dios, al menos, cómo, cuándo, dónde, y en qué forma tuvo acceso a Él, y cómo fue que logró entrevistarse con Él. Lo menos que requeriríamos los ciudadanos es que nos explicara tal situación, para que no quede su afirmación como la insólita insolencia que es.

## **II. UN DECRETO DE CONTENIDO IRÓNICO: PARA GARANTIZAR LA PAZ CUANDO EL LOGRO E IMPEDIR A LOS VENEZOLANOS VIVIR EN PAZ**

El decreto, por otra parte, además a partir de una falsedad y contener una imperdonable insolencia, está basado en una ironía absolutamente inaceptable, y es que en el mismo se afirma que la finalidad de

la inconstitucional convocatoria de la fraudulenta Constituyente es para “garantizar la paz” en el país.

Es una nueva manifestación abusiva de utilizar la “paz” para justificar violencia, lo que queda demostrado con el solo hecho de que precisamente desde que el decreto se anunció el 1º de mayo de 2017, el país entero se ha alzado en rechazo de la Constituyente inconstitucionalmente convocada, habiéndose materialmente incendiado políticamente la nación, todo lo cual incluso ha provocado fisuras y disidencias en el propio régimen, todo lo cual lamentablemente nos aleja de la paz que todos queremos.

Desde que se dictó el decreto, parecería que al contrario, la orden ejecutiva que se dictó es para asegurar que nadie más pueda ya vivir en paz, trastocándose todo, al punto de que ahora hasta las hordas o bandas de malhechores armados y protegidos por el gobierno, y que están a su servicio para reprimir, ni siquiera ya se las llaman “colectivos,” sino “grupos de paz y el amor.”

Mayor y más amarga ironía ya es simplemente imposible de digerir.

#### **IV. UN DECRETO DE CONTENIDO PARCIALMENTE ENGAÑOSO: INUTILIDAD DE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE PARA LOS OBJETIVOS PROPUESTOS**

El Decreto 2830, además de partir de una falsedad, de la insolencia de su contenido y de la ironía que lo afecta, es básicamente un texto inútil y engañoso al identificarse los objetivos programáticos que supuestamente justificaron su emisión.

Es decir, para lograr la casi totalidad de los objetivos programáticos que se enumeran no es necesario convocar ninguna Asamblea Nacional Constituyente, ni reformar la totalidad de la Constitución, ni reformar el Estado ni crear un nuevo orden jurídico. Es decir, para afianzar la paz, perfeccionar el sistema económico, continuar con el sistema de “misiones” y subsidios sociales, ampliar competencias judiciales, defender la soberanía, promover la pluriculturalidad, asegurar los derechos de la juventud y preservar la vida, no se requiere dictar una



nueva Constitución. Para lograr todo ello lo único que es necesario es aplicar y ejecutar la Constitución actual mediante políticas de Estado que deben definirse y para cambiar la política destructiva en los órdenes político, económico y social que han caracterizado hasta el presente la gestión del gobierno.

Es un engaño intolerable que se le indique al país, que dichos objetivos programáticos no se han podido lograr por culpa de la Constitución y que por ello es que hay que cambiarla toda. Nada más falso. Lo que ha hecho falta en el país, al contrario, es la ejecución efectiva de la Constitución, lo cual deliberadamente el régimen no ha hecho hasta la fecha.

## **V. UN DECRETO DE CONTENIDO FRAUDULENTO AL QUERER ELIMINAR EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y SUSTITUIRLO POR UN ESTADO COMUNAL YA RECHAZADO POR EL PUEBLO EN 2007**

En realidad, de los objetivos programáticos enumerados en el decreto para supuestamente justificar la necesidad de reformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y dictar una nueva Constitución mediante una Asamblea Nacional Constituyente, solo uno encajaría en ello, y es la propuesta de eliminar en forma definitiva el Estado Constitucional (el Estado democrático y social de derecho y de justicia, federal y descentralizado definido en la Constitución), y sustituirlo por un Estado Comunal o Estado del Poder Popular, que inconstitucionalmente se ha venido implementando mediante leyes orgánicas dictadas en 2010.

Para ello en el decreto se enuncia como objetivo programático de la convocatoria de la Asamblea Constituyente, el “constitucionalizar” fraudulentamente dicho Estado del Poder Popular o Estado Comunal, pues se pretende hacerlo sin que haya ninguna expresión de parte del pueblo mediante referendo, y además, ignorando que ya el pueblo se pronunció en el referendo de rechazo de la reforma constitucional propuesta por el Presidente Chávez en 2007.

Es decir, en el lenguaje ambiguo del Decreto, se pretende eliminar de manera fraudulenta el Estado democrático de derecho que regula la Constitución, pero sin consultar al pueblo mediante el referendo de

convocatoria que el decreto niega violando la Constitución; y además, en fraude a la voluntad popular que ya rechazó la misma propuesta en el referendo en 2007, sobre la reforma constitucional que con el mismo propósito, propuso el Presidente Chávez.

## **VI. UN DECRETO DICTADO COMO UNA BURLA A LA FORMA FEDERAL DEL ESTADO**

Por otra parte, el decreto dictado por el Presidente de la República convocando inconstitucionalmente una Asamblea Nacional Constituyente, además de tener una base falsa, contener una insolencia, una ironía, un engaño y ser a la vez inútil y fraudulento, constituye además una burla macabra respecto de la forma federal del Estado que regula la Constitución.

En efecto, siendo el propósito esencial de la convocatoria de una Asamblea Constituyente la eliminación del Estado democrático de derecho y de justicia, federal y descentralizado enumerado en la Constitución, y sustituirlo por un Estado del Poder Popular o Estado Comunal en el cual quedarían eliminadas las entidades políticas territoriales autónomas del Estado federal y descentralizado como los Estados y Municipios; no es sino una macabra burla pretender basarse, como dice el decreto, “en la estructura geopolítica del Estado federal descentralizado” que por lo demás ha sido ahogado por el centralismo exacerbado que se ha desarrollado en los últimos lustros, para conformar una Asamblea Constituyente cuyo objetivo es precisamente destruir definitivamente dicho Estado federal descentralizado.

## **VII. UN DECRETO QUE ENCUBRE LA USURPACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO**

El decreto 2830, por otra parte, promueve y oculta una usurpación inadmisibles del poder constituyente originario que conforme a la Constitución solo el pueblo es depositario, y con base en ello es que se puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente.

En este caso, el Presidente ha usurpado dicho poder constituyente originario del pueblo, y se ha sustituido inconstitucionalmente al

mismo, habiendo pretendido convocar directamente a una Asamblea Nacional Constituyente, calificándola en el decreto como “Originaria.”

De acuerdo con la Constitución, se insiste, solo el pueblo es el titular del poder constituyente originario, el cual no es transferible a ningún órgano y mucho menos a un órgano cuya conformación no es producto de la voluntad popular. Por ello, la Asamblea Constituyente convocada en el Decreto nunca podría tener tal carácter “originario” que solo el pueblo tiene; y que solo el pueblo puede determinar cómo se ejerce en caso de que mediante referendo convoque a la Asamblea Constituyente.

## **VIII. UN DECRETO CONTRADICTORIO CON CONTENIDO DISCRIMINATORIO**

Por último, el decreto 2830, a establecer con carácter general la forma de elección de los constituyentes, disponiendo contradictoriamente que será en “ámbitos sectoriales y territoriales,” pero “mediante voto universal, directo y secreto,” tratando de engañar a los venezolanos, confundiendo deliberadamente votación con representación.

Conforme a la Constitución, y de acuerdo con la forma federal del Estado, la votación de representantes siempre es y en todo caso es mediante sufragio universal, directo y secreto; y la representación que pueden tener es de carácter nacional, estatal, municipal o parroquial, según los niveles de los órganos representativos: nacional (Asamblea Nacional), estatal (Consejos Legislativos de los Estados), municipal (Consejos Municipales) y parroquial (Juntas parroquiales).

Con base en este sistema constitucional en general en Venezuela no puede haber elecciones “sectoriales,” salvo para la elección de los representantes de los pueblos indígenas. Esta es la única elección sectorial establecida en forma expresa y excepcional en los artículos de la Constitución. Fuera de este caso, no existe ni puede establecerse en las instituciones públicas una elección de representantes “sectoriales” para integrar órganos representativos.

Solo en el sector privado o no estatal pueden haber elecciones sectoriales, y es lo que sucede por ejemplo, en las elecciones de la directiva de las Academias, de los Colegios profesionales, de los sindicatos o incluso de un club social, en las cuales solo participan, respectivamente,

los académicos, los profesionales, los trabajadores o los miembros del Club.

En cuanto a la representación “territorial” la misma es la que se da y sólo puede darse en los cuerpos representativos de las entidades políticas, de manera que los diputados electos para la Asamblea Nacional son electos y representan a la totalidad de la población en todo el territorio; los diputados a los Consejos Legislativos de los Estados son electos y representan a la población del territorio de cada Estado; los concejales a los Concejos municipales son electos y representan a la población de cada municipio y lo mismo sucede con los miembros de las Juntas parroquiales (a pesar de que fueron inconstitucionalmente eliminadas en 2010) que deberían ser electos y representarían a la población de cada parroquia.

La única excepción que había respecto de estos principios de representación territorial a nivel nacional, de representantes que representaban no a la totalidad del pueblo de la nación, sino a los habitantes de cada Estado, era en la integración del Senado, hasta 1999 cuando fue eliminada.

En consecuencia, conforme a la Constitución no puede establecerse para la elección de representantes en un órgano nacional como es una Asamblea Nacional Constituyente, una ‘representación territorial que no sea la representación del pueblo en todo el territorio nacional. El principio incluso está en el artículo 201 de la Constitución cuando precisa (que a pesar de que los diputados a la Asamblea Nacional se puedan elegir por circunscripciones electorales) que los diputados “representan a los Estados y al pueblo es su conjunto” y no representan los circuitos territoriales en los cuales se eligieron.

Es inconstitucional, por tanto, pretender establecer la integración de un órgano representativo nacional como es una Asamblea Nacional Constituyente, mediante una representación territorial.

Todas las inconstitucionalidades antes mencionadas, han sido confirmadas y desarrolladas en las llamadas “bases comiciales” definidas en forma contradictoria por el Presidente de la República en el decreto No. 2978 de 23 de mayo de 2017, precisamente para no someterlas a “comicios” o votación alguna, en las cuales se regularon las modalidades de la representación sectorial y territorial. En cuanto a la

representación “sectorial,” la misma se basó en la definición arbitraria de “sectores” a la usanza de los que podía haber en una sociedad como la rusa al comienzo de la revolución, donde se quería pasar el poder a los obreros, dándosele por ejemplo, relevancia a los pescadores artesanales, y campesinos, e ignorando a las academias, la universidad o a los colegios profesionales.

Y en cuanto a la representación territorial, se estableció una absurda forma de elección de un representante por cada uno de los municipios del país, conduciendo a que un municipio de más de un millón de habitantes como los de Caracas, Valencia o Maracaibo tengan igual número de representantes que los municipios de solo unos centenares de habitantes del Estado Amazonas.

Dichas bases comiciales, además, están afectadas de inconstitucionalidad global, al haber excluido de la posibilidad de formar parte de la Asamblea Nacional Constituyente, a los venezolanos por nacimiento con otra nacionalidad o a los venezolanos por naturalización, reservando tal posición solo a los venezolanos por nacimiento que no tengan otra nacionalidad.

Esta previsión viola el principio esencial de igualdad entre todos los venezolanos, sin discriminación alguna, que está a la base de la Constitución, donde por lo demás se establece enumerativamente la excepción, es decir, los casos en los cuales para ocupar una función pública se requiere ser venezolano por nacimiento sin otra nacionalidad (art. 41).

Lo anterior muestra, en resumen, los vicios de inconstitucionalidad del Decreto No. 2830 de 1° de mayo de 2017, los cuales sin embargo no hay esperanza alguna de que un Juez Constitucional pueda llegar a controlar, cuando está totalmente sometido al Poder Ejecutivo, como el que existe en el país.

Gracias de nuevo por haberme invitado a participar en esta Jornada y poder compartir con ustedes mis ideas sobre este fraudulento proceso constituyente que se está desarrollando en el país, contra la inmensa mayoría de los venezolanos.

New York, 13 de junio de 2017.

**LA CONVOCATORIA DE UNA SUPUESTA  
ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y  
LOS LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE.  
DR. JESÚS M. CASAL, INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN.**

Mediante el Decreto N° 2.830, del 1 de mayo de 2017, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.295 Extraordinario de la misma fecha, el Presidente de la República convocó a una pretendida Asamblea Nacional Constituyente, y en el Decreto N° 2.878, del 23 de mayo de 2017, publicado en la Gaceta Oficial N° 41.156, de la misma fecha, fijó “las Bases Comiciales para la Asamblea Nacional Constituyente”.

Esta actuación del Presidente de la República es absolutamente inconstitucional, porque solo el pueblo puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente (ANC) y aprobar sus bases comiciales, mediante referendo. Además, las bases comiciales que ha establecido el Presidente son contrarias a la Democracia y a la Constitución) y permiten sostener que el órgano que eventualmente será elegido como ANC tendrá en realidad otra naturaleza.

La inconstitucionalidad de esta convocatoria de una supuesta ANC debe ser examinada a la luz tanto de las disposiciones constitucionales relativas a la soberanía popular, al poder constituyente, al sufragio, al sistema electoral, a la progresividad de los derechos humanos y demás preceptos constitucionales aplicables, como también a partir de los principios superiores del sistema constitucional que en 1999 quedaron plasmados en la Base Comicial Octava de la ANC y que hoy se encuentran reflejados en el artículo 350 de la Constitución, el cual traza límites al proceso constituyente en todas sus fases (convocatoria, instalación y funcionamiento de la ANC, referendo aprobatorio de la nueva Constitución).

Estos asuntos serán analizados en el presente estudio.

## **I. SOLO EL PUEBLO PUEDE CONVOCAR UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y APROBAR SUS BASES COMICIALES**

El artículo 347 de la Constitución señala claramente que quien puede convocar una ANC es el pueblo, como depositario (y titular) que es del poder constituyente originario. De modo que cuando el artículo 348 de la Constitución faculta al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, y a otros órganos, o a una porción del electorado, para ejercer la iniciativa de convocatoria de la ANC no puede referirse a la decisión sobre tal convocatoria sino a la iniciativa que permita que tal decisión sea tomada. En nuestra Constitución la referencia a la “iniciativa” tiene un significado muy claro: es el impulso para que una decisión sea adoptada por el órgano o sujeto competente para ello, no la adopción de la decisión como tal. Así el artículo 204 de la Constitución regula la “iniciativa” de las leyes, que implica la facultad de activar el procedimiento de formación de las leyes, cuyo desarrollo queda en manos de la Asamblea Nacional al igual que el destino final del proyecto, que pudiera no llegar a ser ley, según lo que el cuerpo resuelva. Lo mismo cabe decir de la iniciativa para la enmienda o la reforma constitucional (arts. 341, numeral 1, y 343 de la Constitución). La iniciativa también es un acto que conduce a la celebración de un referendo en el cual el pueblo se pronuncia sobre determinados asuntos (art. 71, entre otros, de la Constitución).

De la misma manera, cuando el artículo 348 constitucional atribuye al Presidente de la República y a otros órganos, o a una porción del electorado, la “iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente”, evidentemente no se refiere a la decisión de convocarla sino a la iniciativa para que sea convocada. De lo contrario la Constitución hubiera dicho que aquellos pueden convocar la ANC. La diferencia puede parecer sutil pero es expresión de principios de fondo esenciales a la Constitución: el de la soberanía popular, el del pueblo como titular del poder constituyente y el de la participación ciudadana (arts. 5, 6, 62 y 347 de la Constitución). El titular del poder constituyente y solo él puede decidir si quiere ejercerlo. No puede ser sustituido por ningún



poder constituido en la toma de esta determinación. Y al pueblo corresponde también la aprobación de las bases comiciales de la ANC, en el mismo referendo en el que se pronuncia sobre el ejercicio de su poder constituyente.

Al interpretar las escasas normas de la Constitución sobre la ANC ha de tenerse en cuenta el contexto histórico-político en que fueron elaboradas. En particular, ha de recordarse que cuando los constituyentes de 1999 abordaron esta temática tenían muy presente el proceso constituyente en desarrollo, en el cual el decreto presidencial de iniciativa para un referendo consultivo sobre la ANC dio lugar a que el pueblo se pronunciara sobre su convocatoria y sobre la aprobación de las respectivas bases. La parquedad de la regulación de la ANC contenida en el capítulo III del Título IX de la Constitución se explica porque los constituyentes, después de proponer normas en las cuales se precisaba lo relativo al referendo (previo) que era necesario celebrar con los dos fines indicados y a las consecuencias del rechazo popular de la iniciativa, resolvieron reducir al mínimo esta regulación, para que fuera el pueblo el que moldeara su proceso constituyente libremente<sup>98</sup>. En otras palabras, la supresión de esas normas obedeció no a la idea de restar protagonismo a la ciudadanía y de entregar a los poderes constituidos la posibilidad de decidir por ella si se convocaba la ANC, sino más bien al propósito de no colocar barreras al titular del poder constituyente.

Del Diario de Debates de la ANC de 1999 se desprende claramente que la alusión a la “iniciativa de convocatoria” estaba concatenada con la previsión de la celebración de un referendo en los términos señalados. La distinción entre la iniciativa de convocatoria y la convocatoria como tal estuvo claramente plasmada en las propuestas para la nueva Constitución presentadas por el Presidente Hugo Chávez ante la ANC<sup>99</sup>. En el articulado respectivo se mencionaba primero que la ANC es “expresión del poder constituyente originario, cuyo titular es el pueblo soberano”, y después de aludir a sus límites, se regulaba “la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente”, reconocida al Presidente

<sup>98</sup> Diario de Debates de la ANC, sesión del 9 de noviembre de 1999.

<sup>99</sup> Chávez, Hugo, Ideas fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República, Caracas, Presidencia de la República, 1999.

de la República, en Consejo de Ministros, a la Asamblea Nacional por acuerdo aprobado por las dos terceras partes de los integrantes de cada Cámara<sup>100</sup> y al diez por ciento de los electores”.

Luego se preveía la celebración de un referendo relativo a la aprobación de la convocatoria.

Estas propuestas quedaron reflejadas con mínimos ajustes en el Anteproyecto de Constitución y en el texto considerado en su primera discusión<sup>101</sup>, en relación con la iniciativa y la convocatoria, era de este tenor:

“Artículo 391. – La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Constituyente puede hacerla el Presidente de la República en Consejo de Ministros, la Asamblea Nacional mediante el acuerdo de las dos terceras partes de sus miembros, los concejos municipales en cabildo mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos, y el 15% de los electores inscritos en el Registro Electoral.

Artículo 392. – Se considerará aprobada la convocatoria a la Asamblea Constituyente si en el referendo llamado al efecto el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. Si el resultado del referendo fuese negativo, no podrá presentarse una nueva iniciativa de convocatoria a la Asamblea Constituyente en el mismo período constitucional.

Artículo 393. – Las bases para elegir la Asamblea Constituyente serán incluidas en el referendo de convocatoria. En ellas se establecerán como límites de los actos de la Asamblea los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República que se refieran al respeto por los derechos humanos y las garantías democráticas.”

Los artículos 392 y 393, este último en lo concerniente a la necesaria consulta en referendo de las bases comiciales, fueron suprimidos pero no porque se pensara que pudiera prescindirse del referendo

---

<sup>100</sup> Estas normas partían de la existencia de un parlamento bicameral.

<sup>101</sup> Véanse los detalles de esta discusión en Brewer-Carías, Allan, “La Asamblea Nacional Constituyente de 1999 aprobó que solo el pueblo mediante referendo de convocatoria puede convocar una asamblea constituyente: análisis del Diario de Debates”.

correspondiente, sino porque se quiso reducir al mínimo la regulación sobre la materia. Las intervenciones que se produjeron al discutir el articulado reafirmaban que se estimada indispensable realizar dicho referendo.

Aquellas normas estaban además calcadas del proceso que había conducido a la convocatoria de la ANC en 1999. El artículo entonces numerado como 391, hoy 347, con ajustes de redacción, recogía en sustancia la primera pregunta del referendo impulsado por Hugo Chávez para la convocatoria de la ANC:

¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento de una Democracia Social y Participativa?

La formulación de esta pregunta fue objeto de discusiones y no es en modo alguno casual. Quien convoca la ANC es el pueblo, esto es, los electores, nunca un órgano del poder constituido. Es lo que se aviene con una teoría democrática del poder constituyente.

Los constituyentes de 1999 intentaron replicar en la normativa sobre la ANC el procedimiento que había permitido desembocar en la instalación de la ANC ese mismo año. Nunca se plantearon que los poderes constituidos se apropiaran del poder constituyente del pueblo, es decir, nunca pretendieron invocar el poder constituyente originario del pueblo para que este pudiera ejercerlo a través de ellos y finalmente entregarlo a los poderes constituidos, en evidente usurpación.

Desde el gobierno se ha sostenido que el referendo fue necesario en 1999 porque la ANC no estaba regulada en la Constitución de 1961, mientras que sí lo está en la de 1999. Pero este razonamiento es falaz y regresivo, pues es absurdo interpretar que el protagonismo del pueblo en el ejercicio de su poder constituyente es menor ahora que la Constitución admite expresamente la posibilidad de activarlo, en un marco de Democracia (representativa y) participativa. Adicionalmente, si de lo que se trata es de la invocación del poder constituyente originario, al cual alude el artículo 347 de la Constitución, está completamente fuera de lugar toda lectura de la misma que permita dejar al pueblo al margen

de la decisión referida a la convocatoria de la ANC. El medio más trascendental de ejercicio directo de la soberanía (art. 5 de la Constitución) es la convocatoria de una ANC, por lo que el pueblo no puede ser privado de esta facultad intransferible, que es también expresión del derecho a participar directamente en los asuntos públicos.

Una ojeada al constitucionalismo de la región corrobora lo expuesto. Nótese en particular que las Constituciones aprobadas en procesos que se inspiraron en el venezolano, como las de Bolivia y Ecuador, reconocen con nitidez esa indispensable manifestación del pueblo, mediante referendo, sobre la convocatoria de una ANC.

El artículo 411.1 de la Constitución de Bolivia reza:

La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

Y el artículo 444 de la Constitución de Ecuador dispone que:

La asamblea constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.

Este referendo previo es igualmente requerido por la Constitución colombiana (art. 376), cuya formación influyó a su vez en el proceso venezolano.

Estas Constituciones son, en este punto, fruto del mismo principio que orientó el proceso constituyente venezolano y el de los países señalados: la facultad inalienable y permanente del pueblo de decidir ejercer el poder constituyente originario, aun cuando ello no estuviere permitido en la Constitución entonces en vigor. Es una idea que se puede compartir o no y que no es frecuente en el constitucionalismo europeo, pero que tienes perfiles nítidos.

De acuerdo con este principio, que es el de nuestra Constitución, no hay nada más alejado de la soberanía popular y del poder constituyente del pueblo que la imposición de un proceso constituyente por un poder constituido. Esto conduciría al exabrupto de que un órgano del poder constituido resuelva convocar una ANC aunque el pueblo no la quiera, tal vez porque está conforme con su Constitución o entiende que hay otras prioridades que atender. Conduciría también al absurdo de que ese órgano decisor imponga unas bases de elección y funcionamiento de la ANC con las cuales el pueblo no esté de acuerdo. Se encontraría en ese caso el electorado, e incluso la mayoría de los electores, ante el dilema de participar o no en unas elecciones para la integración de una ANC que no hubiera querido convocar o cuyas reglas de conformación y funcionamiento le parezcan inaceptables, sobre lo cual ni siquiera habría sido consultado formalmente mediante referendo.

Conviene apuntar que la Corte Suprema de Justicia, durante el proceso constituyente de 1999, debió pronunciarse sobre la pretensión del Presidente Hugo Chávez de preguntar a pueblo si lo facultaba para que él mismo definiera, en consulta con los distintos sectores sociales, las bases comiciales de la ANC. En la sentencia respectiva, del 18 de marzo de 1999, se anuló esta segunda pregunta del referendo relativo a la ANC, ya que:

Se entiende así, que un mecanismo de consulta directo llamado a resolver sobre materias que no han sido previamente delegadas en representantes, debe preservar, mantener y defender como principal valor, el ser fiel expresión de la verdadera voluntad popular. Tal nivel de certeza será el obligado resultado de disminuir, en tanto sea posible, instancias que medien en la expresión o exteriorización de esa voluntad colectiva.

Dicho en otras palabras, se pretende obtener una expresión popular lo más diáfana posible, lo más cercana al reflejo de voluntad de las mayorías, que implica ineludiblemente la definición de aquellos aspectos relacionados con el régimen de la Asamblea que se pretende instalar. Sólo así se consigue librar el proceso -que por su trascendencia para la vida nacional debe gozar de la plena confianza del colectivo- de toda sombra de dudas o falsas interpretaciones que deriven en un resultado inaceptable.

Entonces, es indispensable, que formulada la pregunta sobre la conveniencia de instalar una Asamblea Nacional Constituyente, proceda a consultarse sobre aquellas reglas fundamentales que detallen su organización y régimen general.

La Resolución impugnada en la segunda pregunta, a que se refiere su artículo 2, ignoró tales postulados al pretender delegar, en el ciudadano Presidente de la República, la fijación de las bases del proceso comicial por el que se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente; de allí, concluye la Sala, en su inconstitucionalidad, por vulneración del derecho a la participación política implícito en el artículo 50 de la Constitución de la República, como derecho inherente a la persona humana, y así expresamente se declara.

En suma, sería un contrasentido histórico entender que después de la aprobación de la Constitución de 1999 es posible activar un proceso constituyente en términos menos democráticos (por antidemocráticos) a los que condujeron a la adopción de esa Constitución, a pesar de que las bases comiciales entonces aprobadas por el electorado recogieron el principio de progresividad en materia de derechos humanos, plasmado ahora en el artículo 19 e implícito en el artículo 350 de la Constitución, derechos entre los cuales se encuentra el de participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, que debe ser favorecido por los órganos del poder público (art. 62 de la Constitución).

## **II. LAS BASES COMICIALES**

Otro aspecto inconstitucional del planteamiento presidencial sobre la ANC radica en la composición que pretende atribuirle. Sus miembros

serán electos en los “ámbitos sectoriales y territoriales”. La mención de los ámbitos sectoriales supone la elección de alrededor de un tercio de los constituyentes entre quienes pertenezcan a determinados sectores de la sociedad (campesinos, pescadores, trabajadores, empresarios, estudiantes, jubilados o pensionados, integrantes de comunas y consejos comunales, miembros de los pueblos indígenas, etc.).

Esta conformación de una eventual ANC es completamente inconstitucional y antidemocrática, ya que fragmentaría la soberanía popular y el concepto mismo del pueblo como su titular. El artículo 5 de la Constitución reconoce que la soberanía reside en el pueblo, y su artículo 63 establece que el sufragio es un derecho que se ejerce mediante votaciones “libres, universales, directas y secretas”. De allí que, con la excepción de los pueblos indígenas que tienen constitucionalmente asegurada una representación propia en cuerpos deliberantes (art. 125), en consonancia con las obligaciones internacionales de la República, no es admisible una división sectorial del electorado o conformación corporativa a los fines de elegir los integrantes de la ANC. La regulación sectorial contenida en las bases comiciales vulnera adicionalmente el derecho al sufragio “igual” (art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), pues permite que algunos ciudadanos emitan más de un voto mientras que otros solo pueden votar en los ámbitos territoriales, al considerarse que no integran ningún sector. Lo anterior es igualmente contrario a las garantías democráticas que sustentan la legitimidad del sistema político (art. 350 de la Constitución).

La apelación a esta integración sectorial de la ANC solo puede explicarse por el intento de obtener una mayoría en la ANC que no se alcanzaría en elecciones que preserven la unidad del pueblo y de su soberanía o, en otras palabras, la universalidad del sufragio correspondiente a toda la ciudadanía.

El Decreto N° 2.830 se refiere también a los ámbitos “territoriales”, y en tal sentido las bases comiciales prevén unas elecciones en circunscripciones municipales uninominales, lo cual atenta contra el carácter federal del Estado que el propio decreto invoca. Las circunscripciones electorales deberían ser principalmente estatales, en atención al carácter federal de nuestro Estado (art. 4 de la Constitución). Otro principio constitucional vulnerado es el de la representación proporcional (art. 63

de la Constitución), que forma parte de nuestra evolución democrática desde sus inicios, en 1946, desde la elección de los miembros de la ANC que aprobaría la Carta de 1947 y, por tanto, puede aseverarse que pertenece a nuestra tradición republicana. Justamente, las circunscripciones estatales plurinominales facilitan la aplicación de fórmulas de representación proporcional que no son posibles en una adjudicación de escaños basada únicamente en circuitos uninominales. Las excepciones a esta regla de la elección territorial que contienen las bases son de escasa significación o solo aparentes: los escaños correspondientes al Distrito Capital, como muestra de lo primero, y los dos constituyentes por municipios capitales de Estado, como ejemplo de los segundo, pues aquí se terminan formando en la práctica circuitos binominales contrarios a la representación proporcional.

La elección en el ámbito sectorial contempla parcialmente la aplicación de la representación proporcional, pero la integración sectorial es en sí misma inconstitucional y antidemocrática, como ya se explicó.

### **III. ¿PUEDE CALIFICARSE EL ÓRGANO CONVOCADO COMO UNA ANC?**

Cabe preguntarse si lo que el Presidente de la República pretende convocar es una ANC. Existen varias razones para responder negativamente. La primera es que esta ANC nacería con un acotamiento temático extraño a la naturaleza de un cuerpo electo en ejercicio del poder constituyente originario. En el Decreto N° 2.830 el Presidente de la República propone los “objetivos programáticos” de la ANC, los cuales propenden a restringir la esfera material dentro de la cual esta puede moverse. Ello resulta contrario al concepto de poder constituyente originario, ya que una verdadera ANC es libre al decidir las materias que ha de tratar con motivo del cambio constitucional, sin perjuicio de los límites últimos de todo poder constituyente. Además, algunos de los asuntos que el Presidente de la República señala como objetivos programáticos de la ANC son ajenos completamente a un proceso constituyente y a una Constitución, mientras que otros ya están tratados suficientemente en ella o son lesivos de principios democráticos y de nuestra tradición republicana (art. 350 de la Constitución). En tal sentido, el logro de una



economía productiva se refiere al diseño y ejecución de políticas públicas; la preservación de la vida en el planeta está comprendida ya en la Constitución por un conjunto de derechos ambientales, pendientes de una actuación pública cónsona con ellos; y la ampliación de competencias o poderes del Estado en materia de seguridad ciudadana y de garantía de la soberanía, en el actual contexto de represión y persecución política, resulta riesgosa para las libertades públicas. La alusión por otro lado a organizaciones del llamado Poder Popular parece ir orientada no a incorporarlas dentro del diseño constitucional de manera compatible con los principios democráticos y el sistema federal, sino a menoscabar estos bajo la concepción y las prácticas ideológicamente excluyentes y ejecutivistas que han prevalecido en estos años.

En segundo lugar, el Presidente de la República ha sostenido que no se pretende introducir grandes modificaciones en la Constitución, es decir, no se busca elaborar una nueva Constitución, lo cual, además de reforzar la idea de que Nicolás Maduro y no el pueblo es el dueño de la supuesta ANC, contrasta con la finalidad principal que es propia de dicha instancia: “redactar una nueva Constitución” (art. 347 de la Constitución).

En el fondo lo que ocurre es que se acude fraudulentamente el poder constituyente, desfigurándolo, para lograr objetivos distintos a los del cambio constitucional. Lo que se persigue es la postergación de cualquier proceso electoral y, probablemente, la inclusión en la Constitución “ajustada” de nuevas reglas electorales que reediten los criterios sectoriales y territoriales de la ANC y permitan prolongar la ocupación de las instancias de poder por quienes han perdido el respaldo mayoritario del electorado. Tal vez estos mismos criterios sectoriales serán empleados en una eventual e ilegítima consulta popular ratificatoria de la Constitución, para soslayar la celebración de un verdadero referendo aprobatorio, con lo cual se cerraría el círculo de un proceso adelantado merced a la usurpación y, a fin de cuentas, la negación del poder constituyente del pueblo. En todo caso, esta finalidad desviada se pone de relieve al constatar que las bases comiciales no fijan una limitación temporal para la ANC, con lo cual la ANC podría asumir una absoluta concentración de poderes, por tiempo indefinido además. Tal vez lo que se persigue es terminar de liquidar funcionalmente a la Asamblea

Nacional por medio de la ANC, que se arrogaría sus atribuciones, o destituir o cercar políticamente a la Fiscal General de la República.

La exhortación formulada por el Presidente de la República, mediante una autocorrección de sus bases comiciales, para que la ANC someta la Constitución elaborada a referendo aprobatorio, no parece haber modificado mucho las cosas. En todo caso, la verdad es que el referendo aprobatorio de la nueva Constitución viene exigido por el artículo 347 constitucional, que faculta a la ANC para “redactar” no para aprobar una nueva Constitución, tal como lo establecía la base comicial novena del proceso de 1999.

#### **IV. LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE Y DE LA ANC**

##### **A) El ejercicio del poder constituyente y el orden constitucional**

La Constitución limita a los poderes públicos pero también debe ser respetada por el pueblo. El pueblo hace la Constitución, por medio de representantes o delegatorios elegidos y, frecuentemente, mediante la aprobación o ratificación por referendo del texto constitucional, pero ello no implica que pueda ignorarla. Durante la vigencia de una Constitución el pueblo está sujeto a sus preceptos, y las formas de participación política que ella pueda establecer han de ejercerse en conformidad con el ordenamiento jurídico.

El punto crítico de las relaciones entre el Estado de derecho y la soberanía popular puede sin embargo suscitarse al activarse el poder constituyente del pueblo. Por lo general las Constituciones no prevén su sustitución por otra emanada de una asamblea constituyente, sino que tienden a reservar a las instancias democráticas instituidas la adopción de enmiendas o de reformas parciales o generales a la Constitución, sin perjuicio de una intervención final del pueblo mediante referendo. Esta es al menos la orientación tradicional, que sufrió un quiebre a partir del proceso constituyente colombiano de 1991 y de la Constitución correspondiente, así como de las que han seguido esa estela, en otros contextos.

Pero en circunstancias extremas de deslegitimación o descomposición de un orden político-constitucional es posible que tales cauces

institucionales normativamente instaurados para la modificación de la Constitución no puedan canalizar las exigencias mayoritarias, ante lo cual no es descartable que se acuda a una invocación del poder constituyente originario y al despliegue de su fuerza política y jurídica demiúrgica.

En términos de la teoría y práctica constitucional cabe afirmar que la competencia de revisión constitucional encomendada a determinados órganos, normalmente al parlamento, no es apropiada para satisfacer el requerimiento de crear una Constitución enteramente nueva, cuya elaboración corresponde al pueblo en ejercicio del poder constituyente. Si la Constitución vigente no permite la activación por el pueblo de este poder o si solo la autoriza en condiciones formales que no están en consonancia con las aspiraciones mayoritarias, surge un conflicto entre la soberanía popular y la normatividad en vigor. Ello fue certeramente advertido por Loewenstein:

“Como una necesaria válvula de escape, la revisión total no puede ser criticada teóricamente; pero su valor práctico puede ser pequeño. Si el descontento de los destinatarios del poder con su constitución está tan extendido que aspiran a una transformación radical, o —el caso más frecuente— si un grupo desea apoderarse del poder, pero se siente impedido por el procedimiento de reforma en vigor, suele producirse, por lo general, un golpe constitucional revolucionario”<sup>102</sup>.

En realidad, la posibilidad de una revisión constitucional total encomendada al poder constituido sí ha sido objeto de fundadas críticas teóricas, en las que no nos detendremos<sup>103</sup>. Interesa ahora apuntar que, según la opinión dominante en la teoría constitucional, el poder constituyente del pueblo no desaparece ni queda irremediamente encadenado una vez que es ejercido al aprobarse la Constitución. Permanece más bien en estado de letargo o latencia y puede aflorar cuando el pueblo lo determine.

<sup>102</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986, p. 185.

<sup>103</sup> Véase de Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 77 y ss.; de Cabo Martín, Carlos, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 27 y ss.

La Constitución en vigor no podría proscribir su invocación, lo cual en la mayoría de las concepciones se fundamenta en postulados democráticos y en el carácter político y previo al Derecho del poder constituyente, así como en su independencia respecto de la normatividad constitucional existente al momento de su irrupción<sup>104</sup>. En sentido contrario se ha afirmado que el pueblo quedaría autolimitado por las disposiciones que él mismo ha dictado al elaborar la Constitución, incluyendo a las normas referidas a su reforma<sup>105</sup>. No sería pertinente abordar aquí estas y otras teorías destinadas a explicar la naturaleza y el alcance del poder constituyente. Sí es importante advertir que la primera concepción, en sus versiones más radicales, no está en capacidad de canalizar adecuadamente la aludida tensión entre el Estado de derecho y la soberanía popular, pues sacrificaría a aquel en beneficio de esta.

La exigencia de respetar el Estado de derecho no solo rige en los supuestos en los que se hace uso de la competencia de revisión de la Constitución, sino también es relevante cuando el pueblo pretende elaborar una nueva Constitución. Sin embargo, desde postulados político-decisionistas lo importante sería lo que el pueblo, es decir, una porción mayoritaria del electorado, determine en cada ocasión en cuanto al sí y al cómo de la manifestación del poder constituyente<sup>106</sup>. Obsérvese que, aun en los casos de ordenamientos que han previsto una asamblea constituyente como mecanismo para la aprobación de una nueva Constitución, podría sostenerse, sobre estas premisas, que dicha regulación deja incólume la facultad del pueblo de optar por una expresión del poder constituyente no coincidente con los procedimientos o parámetros fijados en la Constitución.

Nótese que conforme a los postulados decisionistas enunciados la tensión latente en la concepción del poder constituyente no solo estaría referida a la supremacía constitucional, por un lado, y a la soberanía popular, por el otro, sino más bien a esta última y al Estado de Derecho

<sup>104</sup> Véase Vanossi, Jorge, *Teoría constitucional I (Teoría constituyente)*, Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 123 y ss.

<sup>105</sup> Kriele, Martin, "Das demokratische Prinzip im Grundgesetz", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 29, Berlín Nueva York: Walter de Gruyter, 1971. pp. 49 y ss.

<sup>106</sup> Véase Vanossi, op. cit., pp. 39 y ss.

globalmente considerado, pues se estaría admitiendo que hay una fase dentro de la evolución del Estado en la cual el derecho quedaría, en gran medida, silenciado o desplazado, y en la cual la política, a través de la voluntad de la mayoría, se impondría a las consideraciones normativas, siendo posible que en acatamiento a dicha voluntad llegue a reemplazarse la ordenación del Estado de acuerdo con la separación de poderes por una concentración de estos en una asamblea constituyente.

Es obvio que diversos acontecimientos políticos pueden provocar la caída de un régimen y de la Constitución que le servía de soporte. Igualmente, es posible que una nueva Constitución originada en circunstancias de esa índole alcance legitimidad política, aun cuando el poder constituyente haya sido ejercido al margen de lo dispuesto en la normatividad constitucional precedente. Ninguna Constitución puede impedir que ello ocurra, pues en cuanto norma jurídica pretende establecer un deber ser y no predetermina el curso de los acontecimientos históricos. No obstante, una cosa es admitir los límites del Derecho frente a la realidad histórico-política y otra muy distinta es afirmar que es lícito prescindir del Estado de Derecho mientras se ejerce el poder constituyente.

El proceso constituyente venezolano de 1999 es un buen ejemplo de ese conflicto potencial entre Estado de Derecho y soberanía popular y, al mismo tiempo, muestra omisiones y excesos difíciles de justificar. Cuando todavía se discutía sobre la posibilidad de reformar la Constitución de 1961 para incluir en ella la figura de la asamblea constituyente, la Corte Suprema de Justicia abrió las puertas a la celebración de un referendo con efectos vinculantes para consultar al pueblo sobre la convocatoria de una ANC; ello con apoyo, entre otros argumentos, en el carácter “soberano, previo y total” del poder constituyente, en su naturaleza “de poder soberano, ilimitado y principalmente originario” o en sus facultades absolutas e ilimitadas, lo cual, a juicio de la Corte, impedía que la Constitución vigente vedara su activación<sup>107</sup>. Con razón se ha puesto de relieve la perplejidad que ocasiona escuchar esta aseveración en boca de un órgano creado por la Constitución para su propia defensa

<sup>107</sup> Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia N° 17 del 19 de enero de 1999.

y que fuera de ella carece de sustento jurídico<sup>108</sup>.” Aparentemente el máximo tribunal intentaba tender puentes entre el orden constitucional que languidecía y el emergente, para no colocar un dique que desembocara en una ruptura abierta de consecuencias impredecibles. Pero la forma en que abordó el problema jurídico planteado, al disolverlo, en lugar de resolverlo, con el fluido abrasivo de la omnipotencia política, socavó los propios fundamentos de su actuación contralora y anticipó la caída de la Constitución vigente. En ningún caso una instancia jurisdiccional puede afirmar que algún poder sea total, absoluto o ilimitado a causa de su preestatalidad. Aunque a nuestro juicio el problema reside no solo en la condición y las coordenadas institucionales del órgano autor de tal afirmación, sino también en la función del Derecho en un Estado de tal signo, en el que todo poder jurídico es por definición limitado<sup>109</sup>.”

Aquel poder que acaso sea ilimitado en términos políticos no puede tener cabida con tales prerrogativas en un tribunal ni en el Estado de Derecho, mucho menos recibir de estos una bendición jurídica, suerte de genuflexión del Derecho ante la política. Una Constitución no puede impedir o descartar que el poder constituyente se manifieste de manera revolucionaria, pero sí puede aspirar a encauzar el cambio constitucional. Pedro de Vega, cuyo pensamiento sobre el poder constituyente fue invocado como sustento por la sentencia citada de la Corte Suprema de Justicia, ha identificado con claridad el ámbito en el que ha solido predicarse el carácter irrefrenable del poder constituyente:

“...el poder constituyente, como fuerza externa al sistema, permanece indemne en toda su pujanza. Al poder constituyente le corresponderá siempre la posibilidad de reformar la Constitución existente o la de establecer una nueva, pero su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos, sino por las vías de hecho. La distancia que media entre la actuación del poder de reforma y el poder constituyente es, como ya dijimos, la que separa la acción legal de la revolución<sup>110</sup>.”

<sup>108</sup> Véase Piacenza, Eduardo: “Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo n° 17 del 19/01/1999 de la CSJ: algunos materiales para su discusión académica”, en *Crisis y acción política*, Carabobo, Universidad de Carabobo, 2000, pp. 160 y ss.

<sup>109</sup> Véase Casal, Jesús M., “Reflexiones sobre la Asamblea y el Poder Constituyente”, en *Combellas, Ricardo (Coord.), Constituyente: aportes al debate*, Caracas, COPRE, 1998, pp. 3 y ss.

<sup>110</sup> De Vega, op. cit., pp. 238-239.

El carácter previo, total o ilimitado que a menudo es atribuido al poder constituyente solo puede explicarse desde esta óptica política o fáctica, no desde la jurídica. No descartamos que una interpretación basada en los principios estructurales o básicos de un orden constitucional pueda justificar jurídicamente, con una Constitución que no prevea una asamblea constituyente, la activación del poder constituyente del pueblo, especialmente en los supuestos en los que dicho texto no contemple la iniciativa popular y el referendo en los procedimientos de cambio constitucional, pero en tales casos el Derecho tendría que acompañar, ab initio, el fundamento y límites del proceso constituyente. Desde esta óptica, el poder constituyente posee una dimensión política y otra jurídica, que están en tensión y deben ser conjugadas. Cuando el poder constituyente se ejerce en el marco de una Democracia constitucional y sin acudir al golpe de Estado o a la ruptura abierta de sistema aquella impone con mayor fuerza condiciones o límites jurídicopolíticos que no pueden ser soslayados.

Si la opinión prevaleciente en el alto tribunal hubiera sido la de permitir, con base en una interpretación (jurídica) de la Constitución de 1961, la celebración del referendo sobre la convocatoria de la ANC, sus mayores esfuerzos dogmáticos habrían debido estar orientados, desde el comienzo, a subrayar la fundamentación jurídica de la consulta y de la eventual convocatoria de la asamblea constituyente, así como las limitaciones que a estas y a la propia asamblea imponían principios contenidos en dicha Constitución. Esta vía argumental era posible, desde un razonamiento apoyado no tanto en la letra o texto constitucional, que circunscribía la participación política a la elección de los representantes ante los órganos constituidos y que nada decía sobre una asamblea constituyente y sus límites, sino en los principios básicos o superiores del orden constitucional entonces vigente, entre los cuales se encontraban la soberanía popular y el Estado de Derecho, así como una comprensión de la Democracia en la cual la representación proporcional ocupaba una posición capital. En lugar de cruzar el puente constituyente de la mano del Derecho, la Corte se hizo eco de visiones político-decisionistas corrosivas del orden jurídico que luego, tardíamente, intentaría preservar.

Ni siquiera acotó el pronunciamiento judicial que, de acuerdo con el pensamiento fundacional de Sieyès sobre el poder constituyente, su

carácter ilimitado se referiría únicamente a la libertad del cuerpo constituyente para definir la forma política de una nación, por cuanto aquel no se encontraría atado al modelo constitucional establecido al aflorar dicho poder, sino solo al derecho natural. Sieyès nunca pensó en la actuación de una instancia plenipotenciaria facultada para concentrar todas las funciones públicas o menoscabar o cercenar desde su instalación el funcionamiento de los órganos del Estado. La sentencia tampoco hizo mención a los derechos humanos como la versión contemporánea del derecho natural invocado por Sieyès, ni al Derecho Internacional Público en general como barrera que ningún poder del Estado, ni siquiera en la etapa constituyente, puede desconocer, y aquí ocupan una posición especial las normas de *ius cogens*. Las bases comiciales aprobadas mayoritariamente mediante referendo en abril de 1999 aludieron a estas limitaciones, pero ello podría no haber sucedido y el papel de la justicia constitucional debía ser el de advertir sobre la existencia de estas, que tienen un valor objetivo y no dependen de la voluntad de la mayoría. La aceptación jurisprudencial de una invocación directa del poder constituyente del pueblo solo hubiera sido lícita desde la Constitución, no desde la política. Solo así podía ella mantener su supremacía respecto de la consulta popular sobre la convocatoria de una asamblea constituyente, así como respecto del sistema electoral aplicable y del funcionamiento de dicha instancia. Sin embargo, en la sentencia citada los argumentos jurídicos fueron aderezos de una tesis de fondo de índole política, entendiendo esta expresión en sentido científico. El desgarré jurídico que el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia comportaba era de tal magnitud que no fue posible remendarlo luego cuando el mismo tribunal pretendió someter al poder constituyente en gestación a la Constitución de 1961, negándole su naturaleza originaria.

Lo que vino después es conocido. La ANC se proclamó originaria y se consideró facultada para invadir la esfera de atribuciones de los órganos constituidos, lo cual comportaba una degradación de la Constitución vigente, del principio de la separación de poderes y, a la postre, de la idea de la limitación jurídica del poder inherentes al Estado de Derecho.



## **B) Límites del poder constituyente y de la ANC**

Desde una perspectiva político-sociológica suele enfatizarse el carácter ilimitado del poder constituyente, como ya se indicó. Pero también se subrayó que en el pensamiento fundacional sobre el poder constituyente estaba presente la idea de su limitación. Experiencias como la de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, depuradas de ciertos desafueros en los que se incurrió, han contribuido a perfilar una noción del poder constituyente (originario) que combina la posibilidad y licitud de su irrupción, aun cuando la normativa constitucional en vigor guarde silencio al respecto, con la existencia de limitaciones a su ejercicio. En estos países, en especial en los tres últimos, los respectivos procesos constituyentes ilustran sobre excesos cometidos contra el Estado de Derecho y sobre una visión de la ANC como instancia plenipotenciaria. Sin embargo, la corriente democrática también concurrente en las correspondientes convocatorias y la ulterior previsión de la ANC en tales Constituciones han animado una discusión científica que apunta hacia un replanteamiento de la concepción tradicional del poder constituyente.

Cuando el poder constituyente (incluso originario) y su ejercicio directo por el pueblo están contemplados expresamente en una Constitución, como ocurre en Venezuela, es mucho más inaceptable una óptica predominantemente política o fáctica acerca del alcance de este poder, ya que ha de atenderse sobre todo a los principios jurídicos superiores propios de la Democracia constitucional, dentro de la cual el proceso constituyente se desarrolla. También cuando la interpretación constitucional permite reconocer al pueblo esa facultad, en el seno de un orden constitucional. Como antes se apuntó, al activarse el poder constituyente en el marco de una Democracia constitucional y conforme a sus principios fundacionales y, en parte, con arreglo a su Constitución, el tratamiento del poder constituyente no puede ser igual al que algunos autores han efectuado pensando en situaciones de golpes de Estado u otras rupturas similares con el sistema político establecido.

De allí en parte que frente a la caracterización tradicional del poder constituyente como ilimitado se contraponga hoy la de su autonomía respecto de la normativa constitucional vigente, es decir, su capacidad para desplegarse aun cuando aquella no lo prevea o permita, lo cual no

es incompatible con su condición de poder limitado<sup>111</sup>. En otras palabras, puede irrumpir democráticamente en el espacio público aunque la Constitución vigente no lo contemple, pero el proceso constituyente, en todas sus fases, debe respetar ciertos principios superiores, pertenecientes a lo que Hauriou denominada la legitimidad constitucional<sup>112</sup>. Sin entrar en detalles sobre una temática extensa y compleja, suele sostenerse que el poder constituyente está sujeto, principalmente, a los siguientes límites:

- a) Los derechos humanos y sus principios fundamentales de interpretación y aplicación, como el de progresividad;
- b) La Democracia y los principios y derechos que le son inherentes, como la soberanía popular, la universalidad del sufragio, las elecciones libres y periódicas, entre otros;
- c) Los contenidos esenciales del Estado de Derecho, cuya existencia es indispensable para afirmar que estamos ante una Democracia constitucional;
- d) Las obligaciones internacionales del Estado asumidas en tratados internacionales;
- e) Las normas imperativas de Derecho Internacional o de *ius cogens*;

En ocasiones se añade la referencia a los elementos existenciales del Estado o a ciertos presupuestos históricos de la Constitución. También se han aducido límites de naturaleza funcional, relativos a la labor constituyente, que no debería comportar una concentración de los poderes del Estado en la ANC, y de índole temporal. Como cuerpo extraordinario que es, la ANC debe estar sujeta a un periodo de funcionamiento.

Las bases comiciales aprobadas en referendo en 1999 reflejaban en buena medida estos linderos. En particular, la base comicial octava establecía que la ANC tenía “como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del

<sup>111</sup> Nogueira, Humberto, “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional”, *Revista Ius et Praxis*, 2009, pp. 229 y ss.

<sup>112</sup> Hauriou, Maurice, *Derecho Público y Constitucional*, Madrid, Reus, 1927, pp. 326 y ss.

hombre y las garantías democráticas, dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos”.

Con apoyo en esta base comicial la Corte Suprema de Justicia<sup>113</sup> y, luego, la Sala Constitucional declararon que podían ejercer un control de validez sobre los actos de la ANC.

Estos límites fueron recogidos de manera casi literal en el Anteproyecto de Constitución considerado por la ANC de 1999<sup>114</sup> y después quedaron plasmados, en lo esencial, en el artículo 350 de la Constitución. Originalmente la redacción de la norma se refería solamente a los límites de la ANC, al igual que la base comicial octava, pero durante la elaboración de la Constitución se dio al artículo respectivo una formulación más amplia, de tal modo que las condiciones de legitimidad contempladas en el artículo 350 son aplicables a cualquier manifestación de poder público, no solo a la ANC.

Esto implica que, al producirse la aprobación en referendo de la Constitución de 1999, el pueblo determinó los límites que habrían de regir cualquier proceso constituyente iniciado en el futuro, a los cuales podrían añadirse otros, según lo establecido en las correspondientes bases comiciales. Tales limitaciones operan respecto de la ANC y también frente al mismo poder constituyente, ya que el pueblo, al ejercerlo, no podría aprobar unas bases comiciales ni una nueva Constitución que fueran contrarios a aquellas.

La base comicial décima primera de la ANC írritamente convocada por Nicolás Maduro ha reproducido la base comicial octava, aunque carece evidentemente de la significación que tiene la de 1999, que sí fue objeto de aprobación popular y podía considerarse como una auto-limitación del poder constituyente y una restricción que este imponía la ANC. En todo caso, las premisas conceptuales antes explicadas indican que aun en ausencia de tal base comicial existen principios superiores que limitan el poder constituyente. Hoy están plasmados en el artículo 350 de la Constitución, que alude a:

- a) El pueblo (como titular de la soberanía y protagonista del proceso político);

---

<sup>113</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, del 14 de octubre de 1999.

<sup>114</sup> Chávez, Hugo, op. cit.

- b) Los derechos humanos (interpretados a la luz de los principios constitucionales correspondientes, como el de progresividad, interdependencia e indivisibilidad; art. 19 constitucional);
- c) Las garantías democráticas (con todas sus implicaciones);
- d) La tradición republicana (la “tradición de cultura” a la cual aludió la Corte Suprema de Justicia en 1999).

Si bien este artículo no menciona a los tratados internacionales, estos fijan obligaciones que deben ser respetadas en todo momento por el Estado -en los términos de la vigencia de los tratados-, por fuerza del propio Derecho Internacional Público, al igual que las normas de *ius cogens*.

Es preciso apuntar que estos límites últimos del poder constituyente y de la ANC sustentan otros que se desprenden de diversas disposiciones constitucionales, contenidas paradigmáticamente en el Título I o en el Título III de la Constitución.

Por último, es necesario aludir al artículo 349 de la Constitución, que evoca la apoteosis de poder irrestricto escenificada en la ANC de 1999. En particular, la norma según la cual “Los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente”, la cual refleja sin duda la intención de los constituyentes de que una futura ANC tuviera el carácter plenipotenciario que había asumido la que ellos integraban. Sin embargo, más allá de esa intención, la Constitución y los principios superiores que la sostienen se oponen a una interpretación del artículo 349 que se traduzca en reconocer a la ANC poderes ilimitados. Me inclino a sostener que el sentido que ha de atribuírsele a este precepto a la luz de tales postulados estriba en que los poderes constituidos no pueden adoptar medidas o dictar actos que impidan a la ANC cumplir su misión constitucional, cuyo eje funcional es la redacción de una nueva Constitución. Esto implica interpretar adecuadamente, a su vez, el artículo 347 de la Constitución, que no puede ser entendido como una norma que autoriza a la ANC a transformar el Estado o establecer un nuevo ordenamiento jurídico al margen de la nueva Constitución, es decir, con autonomía respecto de la elaboración y referendo de la nueva Constitución. En la “operación constituyente”, en palabras de Hauriou, el Estado se transforma y el ordenamiento jurídico se regenera por medio de la nueva Constitución.

A lo sumo cabría admitir que la ANC emita actos de ejecución inmediata que hagan posible su funcionamiento y que enfrenten acciones de poderes constituidos que menoscaben su campo de actuación. Siempre bajo la premisa de que las medidas que adopte deben ser en principio reversibles, pues el rechazo popular de la Constitución redactada por la ANC debería comportar la cesación de los respectivos efectos.

En todo caso, está claro que la pretendida ANC que ha sido convocada tendrá una lectura distinta acerca de sus propios poderes. Aunque no surgió del ejercicio del poder constituyente por su titular, el pueblo, y no puede en consecuencia exhibir la legitimidad y la condición de ANC, si logra instalarse se erigiría en plenipotenciaria y daría lugar, por tiempo indefinido, al despliegue de un poder absoluto que abrasaría a los órganos que han mantenido su independencia del Ejecutivo y se atribuiría competencias legislativas y tal vez jurisdiccionales. Ya algunos voceros oficialistas se han referido a la aprobación de leyes constitucionales por la ANC o a la imposición de inhabilitaciones políticas por una comisión de la verdad creada por dicha instancia. Lo primero es evidentemente una extralimitación, lesiva del Estado de Derecho y de la Democracia, más aún si se pretende que tales leyes tengan rango constitucional con carácter permanente y con prescindencia del referendo sobre la nueva Constitución, y lo segundo vulnera flagrantemente derechos humanos. Pero aquella sería la concepción predominante y sería iluso pensar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, artífice político fundamental para la consolidación del autoritarismo gubernamental, ejerza control alguno frente a tales desafueros. Quedarían, sin embargo, a la disposición ciertas vías internacionales de reclamo en materia de derechos humanos.

## **V. REFLEXIÓN FINAL**

En síntesis, es el pueblo el que puede decidir, mediante referendo, si convoca o no una ANC y el que debe aprobar los términos de su integración (elección de sus miembros y número de estos), periodo de funcionamiento, eventuales límites de la ANC adicionales a los reflejados en la Constitución, entre otros aspectos.

Además, debe rechazarse la conformación corporativa, orgánica o sectorial de una parte de la ANC, así como el desconocimiento del carácter federal del Estado y del principio de representación proporcional que comporta el sistema territorial contemplado en las bases comiciales.

# **NOCIÓN DE PUEBLO EN LAS BASES COMICIALES Y EN LA SENTENCIA N° 378 DE LA SALA CONSTITUCIONAL. DR. RAMÓN ESCOVAR LEÓN, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN.**

## **SUMARIO**

I. Introducción. II. La noción de pueblo en los discursos de Hugo Chávez y de Nicolás Maduro. III. Reflexiones sobre la sentencia de la Sala Constitucional N° 24/22.01.2003: 1. Interpretación de los derechos consagrados en los artículos 333 y 335 de la Constitución; 2. Una reflexión a partir de Henry David Thoreau. IV. La asamblea constituyente originaria sin consulta popular: 1. Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau; 2. La posición de Antonio Negri; 3. La opinión de Carl Schmitt; 4. Comentario adicional sobre la falta de consulta popular. V. La "sentencia" N° 378/31.05.17: 1. La "sentencia" carece de motivación; 2. La crisis de la justicia constitucional y la propuesta de Jeromy Waldron. VI. El uso de la técnica del gerrymandering. VII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Con ocasión de la Jornada sobre la Asamblea Nacional Constituyente: génesis y perspectiva, organizadas por la Academia de Ciencias políticas y Sociales (13.06.17), elaboré dos artículos de opinión relacionados con el tema. El primero en El Nacional, titulado La noción de pueblo en el discurso de Nicolás Maduro (1.06.2017); y el segundo en Prodavinci, con título Asamblea Constituyente: ¿una empresa sin ganancia?” (13.06.17), los cuales recogen el tema que me correspondió exponer como ponente en la Jornada de la Academia. Lo que presento a continuación es un ensayo que recoge parte de ambos textos con ampliaciones y añadidos. El objeto es demostrar, en primer lugar, que la noción de pueblo en el discurso político de la dirigencia del Psuv se restringe en la medida en que la propuesta socialista pierde apoyo popular. Para estos fines voy a analizar la sentencia de la Sala Constitucional 24/2003 para luego contrastarla con la 378/2017. De este contraste se advertirá que cuando Hugo Chávez gozaba de popularidad, la noción de pueblo correspondía al concepto jurídico del mismo: la totalidad de los habitantes del territorio de Venezuela. Para Maduro esa noción se restringe a sus seguidores, es decir, a quienes le pueden garantizar el triunfo en las urnas. Así lo acoge, además, las bases comiciales que el Ejecutivo le propone al Consejo Nacional Electoral.

En segundo lugar, me voy a referir a la tesis de la sentencia N° 378/31.05.2017 que elimina la consulta popular en el proceso constituyente comunal que propone el madurismo. Se trata de una tesis inédita en el constitucionalismo universal, como se podrá evidenciar al referir a dos posiciones ideológicas opuestas: Antonio Negri y Carl Schmitt. En tercer lugar, reflexionaré sobre los derechos consagrados



en los artículos 333 y 350 de la Constitución, a partir de la jurisprudencia de la Sala Constitucional. En cuarto lugar, me referiré a la posición de Jeromy Waldrom para reflexionar sobre la crisis de la justicia. Por último, presentaré un compendio de conclusiones.

## **II. LA NOCIÓN DE PUEBLO EN LOS DISCURSOS DE HUGO CHÁVEZ Y DE NICOLÁS MADURO**

La noción de pueblo puede adquirir distintos significados según la ideología y el contexto dentro del cual se emplee este vocablo. Sin embargo, desde un punto de vista semántico este sustantivo colectivo no deja margen para la duda, como se evidencia del significado que la Real Academia Española (2014) registra para esta palabra en su tercera acepción: “Conjunto de personas de un lugar, región o país”. Por su parte, María Moliner (2007), en su célebre Diccionario de uso del español, define el término como el “Conjunto de los habitantes de un país”.

Con el mismo sentido señalado parece emplearse en la sentencia vinculante de la propia Sala Constitucional, que definió pueblo como: “el conjunto de las personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o un pequeño poblado, y menos individualidades” (sentencia N°. 24 /22.01.2003).

Asimismo, en este último texto se señala que “la soberanía reside de manera fraccionada en todos los individuos que componen la comunidad política general que sirve de condición existencial del Estado Nacional”: concepto que la sentencia toma de Jean-Jacques Rousseau y su contrato social, porque la noción de pueblo, al ser sujeto de la soberanía, está estrechamente ligada al concepto de autodeterminación y al principio de integridad territorial.

En claro contraste con lo anterior, el madurismo restringe la noción de pueblo a un “conjunto de personas seguidoras del gobierno, con exclusión de quienes se le oponen”. Y esta es la noción que acogen las “bases comiciales”, al hacer suyas esa visión limitada e interesada de pueblo; al considerar, sin más, que lo integran las comunas, los sectores al estilo de Mussolini y los empleados públicos, es decir, aquellos que le pueden garantizar al Psuv los resultados electorales que desea. En su discurso político el pueblo incluye al propio grupo y a sus

seguidores, que suelen ser legitimados; y excluye a los otros, con la respectiva deslegitimación -e insultos- de la que suelen ser objeto los adversarios políticos.

La noción de pueblo no fue discutida en los referéndums correspondientes al proceso constituyente de 1999; ni tampoco en los debates del año 2007 sobre la reforma constitucional; ni en el de 2009 cuando se sometió a votación la reelección indefinida de los cargos de elección popular. Es decir, Hugo Chávez no discriminó, al menos en la práctica, aunque sí en su discurso, cada vez que convocó al “pueblo” en los procesos antes señalados. Nicolás Maduro, al contrario, tiene un referente distinto al de Hugo Chávez en este aspecto, pues el primero, en un delirio semántico, distorsiona el significado del sustantivo colectivo pueblo, no solamente en el discurso si no, lo que es más grave, en la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) que pretende poner en marcha, a su minúsculo grupo de seguidores. Como consecuencia de esto, entre otras cosas, su gobierno se ha debilitado, lo que lo ha llevado a incrementar la represión, la intolerancia y el uso abusivo de las instituciones -como el Consejo Nacional Electoral, la Contraloría General, la Defensoría del Pueblo y el Tribunal Supremo de Justicia- que controla; al tiempo que manipula para falsear el concepto de pueblo en su pretensión de llevar a cabo una constituyente sin llamar al soberano, en toda su extensión, a decidir. La única elección prevista es la de los constituyentes, bajo la modalidad del “entubamiento electoral”, como se conoce en el lenguaje político vernáculo. En parte esto explica las razones por las cuales se pretende llevar a cabo una ANC con unas “bases comiciales” y sin la necesaria consulta electoral que exige la Constitución: la primera, para activar la convocatoria; la segunda, para aprobar o no la nueva Constitución.

Así las cosas, la propuesta de la ANC comunal tendrá mayoritariamente como electores a los cuadros del partido de gobierno; se trata, más bien, de una constituyente del Psuv. A esto se añade que los “juristas” socialistas han interpretado literalmente el artículo 348 de la Constitución que faculta al presidente para la iniciativa del proceso constituyente. Eso y nada más. La convocatoria propiamente dicha corresponde al pueblo, como lo establece el artículo 347 de la Constitución: “El pueblo es el depositario del poder constituyente originario”, norma que

no distingue la noción de pueblo ni discrimina entre simpatizantes y adversarios.

En consonancia con lo anterior, el artículo 5 de la Constitución no deja margen para la duda: “La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo”. Entonces, el poder constituyente originario corresponde al pueblo, quien ejerce su soberanía mediante el sufragio, y no al presidente de turno. Este asunto no ameritaría discusión alguna pues está claramente explicitado en la Carta Magna. Sin embargo, hay que traerlo a colación ya que se pretende llevar a cabo una constituyente simulada, sin referéndum y con unas bases comiciales que son, más bien, un oxímoron, una *contradictio in terminis*, ya que carecen de comicios.

Aquí conviene referir el valioso ensayo del profesor Horacio Biord Castillo<sup>115</sup> que distingue cinco acepciones de pueblo; son los siguientes:

- “el jurídico o “pueblo” como conjunto de ciudadanos de un Estado, iguales ante las leyes y con deberes y derechos;
- el sociológico o “pueblo” entendido como población, más bien en un sentido demográfico, aunque con articulación social;
- el antropológico o “pueblo” como sinónimo de sociedad o agregado de individuos con recursos culturales propios, historia e identidad;
- el político o “pueblo” como población objetivo de sus tesis, prédicas y programas; y, finalmente,
- el despectivo o “pueblo” como designación eufemística de grupos desposeídos o clases sociales bajas”<sup>116</sup>.

La primera de las acepciones señaladas corresponde a la contemplada en la sentencia N°. 24 / 22.01.2003 de la Sala Constitucional; noción que olvida de manera asombrosa la sentencia N° 378 como señalaremos más adelante (N° 5). El profesor Biord destaca, además, que estos conceptos “se han mezclado de manera desprevenida y confusa,

<sup>115</sup> “De la negación a la reafirmación: polarización, diversidad social y entendimientos en Venezuela”. En: Revista venezolana de economía y ciencias sociales. Caracas, UCV, enero-abril 2013, Vol. 19, n° 1.

<sup>116</sup> BIODR CASTILLO: Ob. cit., p. 174.

por tanto equivoca, en especial durante los últimos años”<sup>117</sup>. Lo que pretendo resaltar es que, para el madurismo, la noción de pueblo, a los efectos de la constituyente fraudulenta que promueven, se restringe al “escuálido” grupo que queda de lo que fue el movimiento populista-militarista, hoy fracturado entre chavistas históricos y maduristas. A través de esta manipulación semántica es que se pretende consumir este fraude constitucional.

De todo lo anterior se desprende que tanto en el discurso de Nicolás Maduro como en sus acciones la noción de pueblo va a contrapelo del significado que tiene esta palabra en los diccionarios, en la tradición venezolana, en la doctrina y, más grave aún, en la Constitución. Aquí cabe recordar lo que decía Lewis Carroll en *A través del espejo*: “Cuando uso una palabra, ella significa exactamente lo que decido que signifique, ni más ni menos. La cuestión es quién es el que manda; eso es todo”.

### **III. REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL N° 24/22.01.2003**

El texto de la decisión<sup>118</sup> se mueve en el plano de la ambigüedad para interpretar el derecho a la resistencia y a la rebelión. Además de la conceptualización de la noción de pueblo, se adentra de delimitar el sentido de los artículos 333 y 350 de la Constitución, y al respecto declara: (i) que la norma del artículo 350 por ser aislada se interpreta como un conjunto armónico, es decir, con inseparable relación con el artículo 333; (ii) que ordenamiento jurídico está adscrito al sistema romano-germánico centrado en la norma jurídica “completamente objetivada, con carácter general y abstracto”; (iii) que el derecho a la rebelión previsto en el artículo 350 no se refiere a un gobierno aunque viole derechos humanos o del principios y garantías democráticas, porque ese “no es el sentido que el constituyente asigna a esta

<sup>117</sup> *Ibíd.*

<sup>118</sup> Véase Allan BREWER-CARÍAS: *El Derecho a la desobediencia y a la resistencia contra la opresión, a la luz de la Declaración de Santiago*. En: <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2013/04/II-4-70Brewer.-DESOBEDIENCIA-Y-RESISTENCIA-DECL.-SANTIAGO-24-2-2012.pdf>

disposición”<sup>119</sup>; (iv) que esta norma implica “un límite al Poder Constituyente”<sup>120</sup> al estar contenida en el Capítulo III del Título IX; (v) que la doctrina ha establecido límites al poder constituyente en lo que atañe a los derechos fundamentales, la separación de poderes y “a la idea de democracia”; (vi) que “El derecho de resistencia a la opresión o a la tiranía” está consagrado en el artículo 333 de la Constitución y que este es un “un mecanismo legítimo de desobediencia civil que comporta la resistencia a un régimen usurpador y no constitucional”; (vii) que para acudir a la desobediencia civil hay que agotar “todos los recursos y medios judiciales, previstos en el ordenamiento jurídico para justiciar un agravio determinado, producido por ‘cualquier régimen, legislación o autoridad’, no sea materialmente posible ejecutar el contenido de una decisión favorable”; (viii) que lo anterior es la manera de entender el artículo 350 de la Constitución para evitar situaciones de anarquía y no entenderlo así “comportaría una transgresión mucho más grave que aquella que pretendiese evitarse a través de la desobediencia, por cuanto se atentaría abierta y deliberadamente contra todo un sistema de valores y principios instituidos democráticamente.”

La falta de claridad de la sentencia que se comentan, se explica si la ubicamos en contexto. En efecto, dicha decisión se profiere luego del golpe de Estado contra Hugo Chávez el 11 de abril de 2002; para

<sup>119</sup> “A tal respecto, esta Sala aclara que el argumento del artículo 350 para justificar el “desconocimiento” a los órganos del poder público democráticamente electos, de conformidad con el ordenamiento constitucional vigente, es igualmente impertinente. Se ha pretendido utilizar esta disposición como justificación del “derecho de resistencia” o “derecho de rebelión” contra un gobierno violatorio de los derechos humanos o del régimen democrático, cuando su sola ubicación en el texto Constitucional indica que ese no es el sentido que el constituyente asigna a esta disposición”.

<sup>120</sup> “En efecto, esta norma está contenida en el Capítulo III (De la Asamblea Nacional Constituyente) del Título IX (De la Reforma Constitucional), como un límite al Poder Constituyente. Cuando se anunció la decisión de convocar una Asamblea Constituyente bajo la vigencia de la Carta Magna de 1961, se planteó la duda acerca de si ese poder originario era o no ilimitado. Como lo reconoció la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia de la Sala Político administrativa del 19-01-99, que abrió el camino a la convocatoria de la Asamblea Constituyente, en principio, el poder constituyente originario es incondicionado e ilimitado, en relación a la organización de los poderes del Estado. Sin embargo, en doctrina se han establecido límites generales a dicho poder, como el respeto de los derechos fundamentales del hombre (Sieyés); al principio de la división de los poderes; a la idea de la democracia (Torres del Moral); a las condiciones existenciales del Estado, entre otros”...

evitar posibles protestas, la Sala Constitucional decidió limitar el derecho humano consagrado en el artículo 350 de la Constitución. Con este propósito produce esta alambicada decisión N° 24 que, por una parte, define el concepto de pueblo y, por la otra, restringe el derecho a la desobediencia civil.

### **1. Interpretación de los derechos consagrados en los Artículos 333 y 350 de la Constitución**

De la referida decisión N° 24/2003 se extrae que los derechos consagrados en los artículos 333 y 350 de la Constitución no pueden leerse sino en inseparable relación. José Ignacio Hernández los ve acertadamente como “dos caras de un misma moneda”<sup>121</sup>: el primero se refiere a un derecho pasivo -desobediencia-, y el segundo es un derecho activo -resistencia-. Eso fue lo que ocurrió en el caso de Ghandi, en la India, quien logró la independencia de los británicos a punta de desobediencia pacífica.

Para la Sala Constitucional la resistencia o desobediencia no es posible contra el poder constituido, pero sí contra el poder constituyente, salvo que se apele al mecanismo previsto en el artículo 70 de la Constitución, esto es: “la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas”. Esto es una manera de restringir el derecho humano previsto en el artículo 350 de la Constitución a los procesos electorales a que se refiere el artículo 70 eiusdem y, por eso, es que definen el concepto de pueblo en su sentido amplio, es decir, jurídico como lo describe el ensayo de Bior Castillo a que me referí antes.

Bueno es advertir, que la SC, sin motivación, decidió que la desobediencia civil constituye una amenaza que puede propiciar la anarquía, tal como acertadamente lo examinó René Molina en un valioso ensayo sobre el tema<sup>122</sup>. De esta manera, la SC en lugar de interpretar

<sup>121</sup> Véase José Ignacio HERNÁNDEZ: “¿Cómo se interpretan los artículos 333 y 350 de la Constitución?”. En: <http://prodavinci.com/blogs/como-se-interpretan-los-articulos-333-y-350-de-la-constitucion-por-jose-ignaciohernandez/>

<sup>122</sup> René MOLINA GALICIA: “La Sala constitucional y la desobediencia civil”. En: *Desobediencia civil en Venezuela: dos ensayos*. Caracas, Colección ensayos jurídicos, 2003, p. 31.

el derecho a la rebelión civil de manera expansiva, lo hace de manera restrictiva, para desestimular cualquier expresión democrática contra el gobierno de la época, en vista de que la sentencia se produce luego del referido golpe de Estado del año 2002. Por eso, según la decisión, se acepta la desobediencia civil contra actos del poder constituyente originario, como dije, que violen derechos humanos y la separación de poderes. Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto, sí es posible activar la desobediencia civil-también- contra el poder constituido que impulse una asamblea fraudulenta al violar los valores democráticos, porque según un principio general del derecho quien puede lo más, puede lo menos (quipotest plus, potestminus). En todo caso, como sí se admite la resistencia en relación con el poder constituyente originario, los actos del poder constituido –derivado del primero– no escapan del ámbito de los artículos 333 y 350 de la Constitución. Entenderlo de otra manera es limitar uno de los valores de la democracia, como es el acatamiento absoluto de los derechos fundamentales.

Excluir el derecho consagrado en el artículo 350 de la Constitución en relación con un gobierno democráticamente electo, es restringir un derecho humano que rebasa el texto constitucional.

En efecto, ese gobierno electo, con legitimidad de origen, puede mutar a gobierno ilegítimos por el ejercicio antidemocrático del poder. Es lo que ocurre con el gobierno de Maduro que viola los derechos fundamentales de los ciudadanos, como se evidencia a la asamblea constituyente que promueve.

De manera que la restricción que hace la SC es una limitación a las reglas de la democracia participativa. En todo caso, y como dije antes, como sí lo admite en relación con el poder constituyente originario, los actos del poder constituido que constituyen –inconstitucionalmente- la fuente del poder constituyente no escapan a al ámbito de los artículos 333 y 350 de la Constitución.

Para activar el derecho a la desobediencia civil, según la SC, deben agotarse todos los recursos disponibles en la Constitución, lo que se señala a los efectos de darle una interpretación restrictiva a este derecho. En todo caso, en los actuales momentos la Fiscalía General de la República y otras instituciones como el Colegio de Abogados de Caracas ha

propuesto demandas de nulidad contra la convocatoria y, de esta manera, se están agotando todos los recursos a que se refiere esta decisión.

## 2. Una reflexión a partir de Henry David Thoreau

*La desobediencia es el verdadero fundamento de la libertad. Los obedientes deben ser esclavos.*

Thoreau

El pensamiento de Thoreau sobre la desobediencia civil, de la cual es considerado su padre, nos invita a reflexionar a partir del ser humano. Los ciudadanos, como seres humanos, tienen el derecho al “libre desenvolvimiento de la personalidad”, como lo establece el artículo 20 de la Constitución. Es esto uno de los fundamentos de Henry David Thoreau cuando, en su ensayo sobre la desobediencia civil, escribió:

*“Para hablar como simple ciudadano y no como esos que niegan todo gobierno, no pediré que se anule en seguida toda forma de gobierno, sino que se nos dé en seguida un gobierno mejor. Que cada hombre haga saber qué clase de Gobierno gozaría de su respeto, y ése será el primer paso para conseguirlo”<sup>123</sup>.*

Una población tiene derecho a aspirar a un buen gobierno, a uno mejor del que tiene; especialmente si está sometido a un implacable deterioro a su nivel de vida, causado por la corrupción, la ineficiencia y a la aplicación dogmática de modelos económicos fracasados. Los ciudadanos tienen derecho a pedir el cambio de un gobierno que no garantice un nivel de vida mínimo, con acceso a los alimentos, medicinas, educación y a una sociedad libre del hampa. Si este gobierno cierra las puertas a la salida electoral, amparado en complicidades institucionales, tiene derecho a apelar a la desobediencia civil tal como lo autoriza el artículo 350 de la Constitución.

Si se trata de impedir el proceso electoral por la vía de una constituyente fraudulenta que busque cambiar el orden constitucional, se activa también el artículo 333 del texto fundamental. Asimismo, y desde

<sup>123</sup> Henry David Thoreau: Del deber de la desobediencia civil. Medellín, Editorial Álvaro Lobo, 2008, p. 16.



este punto de vista, del derecho de cada cual a desarrollar su proyecto de vida, justifica la activación de esta “moneda de dos caras” que es la articulación de los artículos 333 y 350 de la Constitución.

Un gobierno mejor que garantice el proyecto de vida es lo que aspiran los jóvenes que protestan en Venezuela, porque piden libertad y un país mejor, como parte de ese derecho previsto en la Constitución, pero que la dictadura, a punta de represión, les pretende aniquilar.

#### **IV. LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE ORIGINARIA SIN CONSULTA POPULAR**

La propuesta del presidente Nicolás Maduro, acogida por el CNE y por la SC representan una modalidad inédita en la historia del constitucionalismo: una asamblea constituyente originaria sin participación del pueblo. Es una manera de burlar el sentido y el alcance de lo que es un proceso constituyente democrático. Para destacar el esquema dictatorial de este “proceso constituyente” voy a referirme a las opiniones de Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, Antonio Negri y Carl Schmitt sobre la vinculación del poder constituyente con la participación del pueblo. En ellas se podrá advertir la coincidencia en lo que atañe a la necesaria participación popular en estos asuntos.

##### **1. Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau**

Estos profesores españoles que fueron asesores de Hugo Chávez en el proceso constituyente de 1999 se pronunciaron contra la constituyente de Maduro en un artículo publicado en El País de Madrid titulado Una constituyente sin legitimidad<sup>124</sup>. El núcleo de la crítica de estos profesores se basa en que Maduro -sin respaldo popular- decidió fulminar la consulta al pueblo tanto para convocar la constituyente como para aprobar la Constitución que pretenden aprobar. Estos dos constitucionalistas no vacilan en declarar que la propuesta de Maduro “pasará a la historia negra de la política latinoamericana”. En otras palabras: la propuesta de Maduro cada día recibí más rechazo, incluso

<sup>124</sup> Véase: [http://elpais.com/elpais/2017/05/24/opinion/1495650765\\_391247.html](http://elpais.com/elpais/2017/05/24/opinion/1495650765_391247.html) [Disponible: 24.06.17]

de quienes apoyaron a su mentor, como se evidencia de las declaraciones de los mencionados profesores españoles y de los exfuncionarios chavistas.

## **2. La posición de Antonio Negri**

“Hablar del poder constituyente es hablar de democracia”, afirma Antonio Negri<sup>125</sup> en su obra canónica sobre el tema. El pensador del marxismo italiano no vacila en proclamar que la noción de dicho poder es asunto difícil de definir cuando “la democracia se resiste a la constitucionalización”<sup>126</sup>, porque ella es una “teoría del poder absoluto, mientras que el constitucionalismo es una teoría del gobierno limitado”<sup>127</sup>. La democracia supone algo más que el gobierno de las mayorías, pues implica separación de poderes; la democracia constitucional consagra la protección de las minorías, el límite al poder y el respeto por la ristra de derechos que consagra la Carta Magna. También afirma Negri que la génesis del poder constituyente está ligado al sufragio<sup>128</sup>.

Lo anterior se vincula al tema de la representación, porque a través del sufragio universal -hay que añadir- el pueblo decide todo lo concerniente al mismo: si lo quiere o no. El referéndum es inherente a la esencia de este poder porque es la forma en que el pueblo ejerce su soberanía. Sin consulta al pueblo, la asamblea constituyente se traduce en una simulación, en una burla, en una operación fraudulenta.

## **3. La opinión de Carl Schmitt**

Además de lo señalado, quiero agregar la posición de Carl Schmitt, quien sostiene que en las democracias modernas la asamblea constituyente democrática debe ser “elegida según los postulados fundamentales del sufragio universal e igual como procedimiento ‘democrático’ reconocido”<sup>129</sup>. Al mismo tiempo, Schmitt indica que la legitimidad de

<sup>125</sup> El poder constituyente. Madrid, Edit. Traficantes de Sueños, tr. Simona Frabotta y David Gámez Hernández, 2015, p. 27.

<sup>126</sup> *Ibíd.*, p. 28.

<sup>127</sup> *Ídem*

<sup>128</sup> *Ídem*, p. 30

<sup>129</sup> Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial, tr. Francisco Ayala, 2015, p.133 .

un Constitución depende de que la autoridad del poder constituyente sea “reconocida”<sup>130</sup>. Por consiguiente, también para este jurista, que diseñó la plataforma jurídica del nazismo, una asamblea como esta debe respetar las reglas del sufragio universal, es decir, la participación de la totalidad de los electores sin discriminación. La legitimidad del poder constituyente y la Constitución que de él emane depende del carácter democrático de este proceso; y esto depende de la aprobación popular, puesto que el poder constituyente -no lo discute nadie- reside en el pueblo. Vemos que la izquierda y la derecha coinciden en este aspecto.

#### **4. Comentario adicional sobre la falta de consulta popular**

Desde que el presidente Maduro anunció su “Constituyente” se han publicado numerosos escritos de abogados y politólogos, así como pronunciamientos de universidades y academias explicando lo que implica una asamblea de esta naturaleza. Hay consenso en el sentido de que el presidente puede iniciar este proceso; no obstante, solo es el pueblo por medio del referéndum quien puede convocarlo. De no cumplirse este indispensable requisito, su propuesta quedará, al igual que cuando habló a las vacas, como un hecho burlesco. La convocatoria a la Asamblea está marcada por el contexto de dolor, sangre y muerte que padece trágicamente el pueblo de Venezuela en esta hora menguada de su historia.

La oposición a la(in)constitucional constituyente es abrumadora y las razones han sido expuestas abrumadoramente por abogados, politólogos, sociólogos, historiadores, periodistas y analistas nacionales e internacionales. El único apoyo reside en la cada vía más reducida y sectaria dirigencia del Psuv y en los desprestigiados CNE y TSJ.

La consolidación de este daño para nuestro país –que implica la constituyente simulada con el propósito de establecer una Constitución reflejo de la cubana– recibió el aval de la Sala Constitucional en su sentencia 378/31.05.17, a la cual me referiré en la sección siguiente.

---

<sup>130</sup> 16 Ibid, p. 137

## **V. LA “SENTENCIA” N° 378/31.05.2017 DE LA SALA CONSTITUCIONAL**

Tenemos, entonces, tanto en la visión de Negri como en la de Schmitt, que la base del poder constituyente es el pueblo y que este debe expresarse por medio del sufragio universal. Dicho asunto, sobre el cual no hay discusión en las democracias modernas, no lo asume la Sala Constitucional, como se evidencia en su sentencia N° 378, la cual confunde, entre otras cosas, la iniciativa de convocatoria con la convocatoria misma, como lo dije antes.

Asimismo, la Sala sostiene que se justifica la elaboración de un nuevo contrato social “para poner de acuerdo al país”, lo que es una gruesa mentira: basta escuchar las intervenciones públicas del presidente y demás miembros de la nomenclatura para advertir el tono de agresividad con que prometen una constituyente comunal. La “constituyente para la paz” es un embuste retórico.

En resumen, el responsable del orden en el contrato social es el gobierno, pero luego de establecerlo viene la Justicia, como lo enseña el sabio Thomas Hobbes.

La Sala Constitucional reconoce que el pueblo es el titular de la soberanía, pero que “la ejerce a través del poder popular”; pese a que este poder no está previsto en la Constitución, pues cuando fue propuesto por Hugo Chávez, el pueblo lo repudió en el referéndum del año 2007. Asimismo, la Sala declara que la soberanía, cuyo titular es el pueblo, puede ser ejercida indirectamente por el presidente de la república, y agrega que: “no hay previsión alguna sobre un referéndum acerca de la iniciativa de convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente”.

Lo señalado anteriormente se puede desmontar si se interpretan las disposiciones constitucionales de manera articulada, en un diálogo de unas con otras. En este sentido, el artículo 5 de la Constitución establece que la soberanía reside en el pueblo (no en el presidente de la república) y es intransferible. Ya en los postulados de Locke era necesario el consentimiento del soberano para que hubiese contrato; pero esto es pasado por alto por el medievalismo abusivo de la Sala Constitucional.

El artículo 347 de la CRBV señala de manera tajante que el pueblo “es el depositario del poder constituyente originario”, el cual es

intransferible. El artículo 348, por su parte, atribuye al presidente el inicio del proceso para la convocatoria de la constituyente, pero llevarla a cabo es decisión del pueblo, es decir, de la totalidad de los habitantes del país. Entonces, es la lectura solapadamente aislada de las normas la que manipula la conclusión de que en el proceso constituyente quien decide es el presidente, y no el pueblo. En otras palabras: la Sala equipara con estos malabarismos retóricos al presidente con el pueblo; tesis que no acepta nadie porque la soberanía en una democracia reside en este último.

### **1. La “sentencia” 378/2017 carece de motivación**

Por si fuera poco, la sentencia 378 de la Sala Constitucional carece de motivación -o al menos esta es deficiente- puesto que la misma, entre otras cosas, ignora su propia jurisprudencia, concretamente la decisión N° 24/22.01.2003 que definió, como dije, la noción de pueblo acogiendo el significado jurídico del mismo. En esta oportunidad, y de manera autoritaria afirma que “el pueblo es titular de la soberanía y la ejerce directamente a través del poder popular”; y esta mención al poder popular, que es reiterada, la hace sin ninguna justificación, sin explicar las razones que permitan convencer al auditorio que el poder popular es el titular de la soberanía. Asimismo, este supuesto poder, que no fue acogida en la reforma constitucional de 2007, no aparece definido en la Constitución vigente.

Es sabido que la justificación de las sentencias es una de las reglas de la tutela judicial efectiva (artículo 26 CRBV). Por eso se ha dicho que: “El arte del jurista es el arte de la justificación. Su trabajo consiste en construir los argumentos suficientemente ingeniosos para convencer a su interlocutor o su auditorio de que su solución reposa sobre normas y que estas normas tienen pleno valor jurídico”<sup>131</sup>. Esta cita introduce un concepto esencial en las sentencias que se dictan en los sistemas democráticos: la motivación. Es a través de ella donde se plasman las razones que llevan a los jueces a decidir en un sentido u en otro,

<sup>131</sup> Olivier JOUANJAN: Justifier l’injustifiable. L’ordre du discours juridique nazi. Paris, Collection Léviathan, PUF, 2017, p.16).

siempre buscando la respuesta correcta que ofrece el Derecho, tal como lo postula Ronald Dworkin. Si la respuesta a la que llegan no convence ni al interlocutor ni al auditorio, la sentencia seguramente será errada o injusta. Pero si la decisión llega a una solución que restringe los derechos fundamentales y las libertades, quienes las profieren se incluyen en la lista de los violadores de derechos humanos, y los hace responsables. Así aconteció con los jueces nazis, lo que es sobradamente conocido<sup>132</sup>.

Esta sentencia N° 378 de la SC no solo manipula la noción de pueblo para reducirla a los seguidores de Maduro, sino que fulminó lo que quedaba de justicia constitucional. Pese a lo señalado en la sentencia 24/2003, hay que destacar que a los fines del proceso constituyente la noción de pueblo queda definida de esta manera amplia; aunque la perversa sentencia 378 lo restringe de manera arbitraria.

## **2. La crisis de la justicia constitucional y la propuesta de Jeremy Waldron**

Por esta razón, se ha planteado la discusión sobre la tesis de Jeremy Waldron<sup>133</sup> sobre si la justicia constitucional puede convertirse en un obstáculo para la democracia. La posición de Waldron tiene seguidores y detractores, pero no debe soslayarse por el constitucionalismo venezolano en momentos aciagos en los que la Sala Constitucional se ha convertido en la mayor amenaza para los derechos fundamentales y la libertad, pues se ha encargado de derrumbar, sentencia tras sentencia, las vigas maestras que sostenían la democracia venezolana.

La propuesta Jeremy Waldron no debería pasar inadvertida para los abogados venezolanos, pues invita a una seria discusión sobre el porvenir de la sala que se ha encargado de “interpretar” la Constitución. Son muchas las reflexiones que abre Waldron para los venezolanos: ¿cómo comenzó la degradación de la justicia constitucional?, ¿cómo

<sup>132</sup> Véase mi artículo, “Justificar lo injustificable”. En [prodavinci.com/blogs/justificar-lo-injustificable-porramon-escovar-leon/](http://prodavinci.com/blogs/justificar-lo-injustificable-porramon-escovar-leon/). Disponible 21.06.17.

<sup>133</sup> Democracia y desacuerdo. Madrid, Marcial Pons, tr. José Luis Martí y Águeda Quiroga, 2005. “The Core of the Case Against Judicial Review. En: *The Yale Law Journal*, 115, 2005-2006.

se consolidó?, ¿cómo salir de esta crisis? La respuesta a la primera pregunta es sencilla: con el uso y abuso de la justicia constitucional.

Para rescatar una justicia constitucional hay que regresar a un gobierno civil que establezca la democracia con separación de poderes y con un Poder Judicial integrado por jueces independientes.

## **VI. EL USO DE LA TÉCNICA DEL GERRYMANDERING**

El cúmulo de desvaríos no se detiene allí, puesto que las bases comiciales fueron presentadas por el Ejecutivo al Consejo Nacional Electoral, institución que de inmediato le dio la bendición. Entonces tenemos que el presidente convoca la constituyente, al tiempo que elabora sus bases comiciales, en las cuales se establece que los constituyentistas serán escogidos por ámbito territorial, usando la técnica de gerrymandering o manipulación de los espacios territoriales electorales al mejor estilo de Mussolini, sin que se sepa quienes integran las listas de “electores”. Ello demuestra que la constituyente es ridículamente fraudulenta. Es ya sobradamente conocido que todo este proceso arbitrario y dictatorial tiene como propósito burlar los procesos electorales y consolidar una supuesta revolución -que solo ha traído, y continuara trayendo, hambre, miseria, atraso, represión, sufrimiento y muertes- para establecer el Estado comunal y el modelo cubano, que sabemos ha fracasado; así como en la Venezuela de los 60 fracasó la izquierda de las guerrillas, la cual atentaba contra los gobiernos democráticos.

Por si fuera poco, las bases comiciales de la constituyente también son fraudulentas, pues restringen la noción de pueblo, ya que la participación preferente es la de los seguidores de la “revolución”. Esta es una constituyente repudiada por más del 80% de la población, como lo indican las encuestadoras confiables. Estas bases ilegales -puesto que fueron propuestas por el mismo que inicia la convocatoria-, restringe la noción de pueblo a espacios sectoriales y políticos. El concepto jurídico de pueblo se refiere a la totalidad de los habitantes de un territorio, como quedó explicado supra (1 y 2).

El Consejo Nacional Electoral hace suyas las bases comiciales que le presentó el ejecutivo, lo cual es una situación anómala y arbitraria.

De esta manera usa y expande la técnica del gerrymandering o manipulación de los circuitos electorales. Así se produce un efecto kafkiano: el Estado Falcón con un millón de habitantes tendrá 26 constituyentes; el Distrito Capital, con más de tres millones, solo tendrá 7 representantes. A esto se suma la representación proporcional de las minorías, y así tendremos un escenario electoral antidemocrático. Para cerrar el circuito de abusos, la representación sectorial plasma el ineludible aderezo fascista.

## VII. CONCLUSIONES

1. La noción de pueblo que acoge la Sala Constitucional (N° 24/22.01.2003) abarca a la totalidad de los habitantes del territorio de Venezuela. Sin embargo, la sentencia 378/31.05.17, manipula los artículos 5, 347 y 348 de la Constitucional, para conectar pueblo con “poder popular” y así reducir el concepto a los seguidores de Nicolás Maduro.
2. La mencionada sentencia 24/2003 de la SC estaba dirigida a restringir el derecho de rebelión civil plasmado en el artículo 350 de la Constitución. Definió la noción de pueblo, pero pretendió limitar este derecho de resistencia a un golpe de Estado y a una constituyente que viole los derechos fundamentales, la separación de poderes y los valores de la democracia. En este sentido, la sentencia autoriza a invocar el artículo 350 en relación con el 333 de la Constitución contra la constituyente comunal que impulsa Nicolás Maduro para evitar las elecciones.
3. La noción de pueblo a la que aludía Hugo Chávez en el proceso constituyente de 1999 se refería a la totalidad de los venezolanos; pero la sentencia 378/2017 de la SC lo restringe arbitrariamente solo a los seguidores de Maduro, para garantizarle su permanencia en el poder, pese a que carece de apoyo popular.
4. El CNE avala las bases comiciales que le presentó el ejecutivo y con ello utiliza la técnica del gerrymandering o manipulación de los circuitos electorales. Así se produce un efecto kafkiano: el Estado Falcón con un millón de habitantes tendrá 26 constituyentes; el Distrito



Capital con más de tres millones solo tendrá 7. Si a esto se suma la representación proporcional de las minorías, tendremos un escenario electoral antidemocrático.

5. La elección por sectores evoca las técnicas de Benito Mussolini, por lo que el proceso constituyente es de estirpe fascista
6. De todo lo anterior se evidencia que el poder constituyente, que ha sido consagrado en la Constitución, fue fulminado por las bases comiciales y por la decisión N° 378 de la Sala Constitucional.
7. La evolución de las “sentencias” de la SC, especialmente los números 155, 156 y 378 demuestran que en Venezuela no hay justicia constitucional; y que la misma -como ha sido entendida por los “jueces” sumisos del madurismo- se ha convertido en un obstáculo para la democracia. La manera de rescatarla es por medio de un gobierno civil y democrático que garantice la libertad.
8. Los ciudadanos, como seres humanos, tienen el derecho al “libre desenvolvimiento de la personalidad”, como lo establece el artículo 20 de la Constitución. Si el gobierno impide a la población el libre desarrollo de su proyecto de vida y cierra la opción electoral para lograr el cambio por un gobierno mejor, es posible democráticamente invocar el artículo 350 de la Constitución.
9. La disposición del artículo 350 del texto fundamental es tal vez la más hermosa de toda nuestra Constitución. Bien redactada y muy clara: el pueblo tiene derecho a desconocer “cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos”. Y acaso ¿no es esto lo que está ocurriendo en Venezuela? La violación de estos valores y principios autoriza a la desobediencia civil, tal como se ha declarado actualmente en nuestro país.

**GÉNESIS Y PERSPECTIVAS DE CIERTA  
ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.  
UNA MIRADA POLITOLÓGICA.  
DR. HUMBERTO NJAIM,  
INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN.**

La ciencia política es el estudio descarnado del poder, de cómo se busca obtenerlo y conservarlo y cuál es la probabilidad de que se lo logre y de cómo los actores políticos para obtener y conservar el poder están dispuestos a violar el derecho. Esta es la mirada desde la cual se ubica este trabajo. Por lo tanto no corresponde analizar sino la cierta Asamblea Nacional Constituyente (ANC) como fenómeno político y, en este sentido, interesan no tanto los rasgos del fenómeno que apuntan a catalogar las violaciones jurídicas sino aquellos que apuntan hacia predecir los resultados políticos de dichas violaciones, dentro del marco de su génesis y su éxito y fracaso, aun a costa de infringir no sólo el derecho sino también otras normas como las morales lo cual será el tema de las disquisiciones que, a continuación, se presentan.

## **GÉNESIS**

En cuanto a la génesis formularemos la siguiente proposición:

1. La Asamblea Nacional Constituyente es un recurso para evitar elecciones que el oficialismo tenía perdidas dando la apariencia de ofrecer un proceso electoral más amplio y de mayor significación que las que procuraba eludir.

## **PERSPECTIVAS:**

En cuanto a perspectivas se arriba a la siguiente proposición:

2. A pesar de las ventajas que la Asamblea Nacional Constituyente parece ofrecer al oficialismo es una jugada arriesgada de resultado incierto y probablemente negativo.

A continuación desarrollaremos estas proposiciones:

## GÉNESIS

1. La Asamblea Nacional Constituyente es una fórmula de evitar elecciones que el oficialismo tenía perdidas dando la apariencia de ofrecer una elección más amplia y de mayor significación que las que procuraba eludir. Examinemos esta proposición en sus dos aspectos:

### A) Eludir elecciones

Veamos en este sentido los resultados de algunas de las encuestas principales, conocidos en los momentos anteriores a la convocatoria de la ANC, y en cuanto a variables decisivas para probables resultados electorales.

El primero de estos aspectos a destacar es el agrado o desagrado con la figura presidencial. De esta manera vemos lo siguiente:

Encuesta Datanálisis, estudio de opinión pública (diciembre 2016): 73,3% desagrado, 18% agrado.

Datanálisis en su reporte sobre Tendencias del consumidor venezolano 2017 (abril): Evaluación de gestión por el país: Presidente Nicolás Maduro: 72,3% rechazo, 24,1% aceptación.

Hercon Estudio de opinión pública (mayo de 2017): Nicolás Maduro: desagrado 75%, agrado: 19,8%.

70,5% estarían dispuestos a votar por un candidato presidencial de la oposición

En las elecciones regionales para gobernador por candidato de la oposición 65, 5%. Para alcaldía 63,3%.

Datincorp (comienzos de mayo de 2017): evaluación de la gestión del Presidente Maduro negativa: 78%, positiva 21 puntos

En suma, una distancia de 50 puntos porcentuales de diferencia entre la valoración negativa y la valoración positiva. No es de extrañar que los comentaristas políticos concordaran en cuanto a que no había forma de que el gobierno pudiera resultar vencedor en ningún tipo de elección.

Tampoco podía tener éxito en un referendo de convocatoria a una ANC por parte del pueblo y esta es, sin más, la explicación de toda la parafernalia jurídica montada para justificar que no era necesario tal referendo.

Con la oferta de la Constituyente se trataba pues de ganar al menos en 2 terrenos fundamentales: no dar la impresión de que no se querían elecciones pero realizarlas de la forma más favorable al gobierno y hasta instalar un sistema donde ya no hubiera más elecciones como las hemos conocido y las que requiere la conciencia civilizada actual. Retengamos esta visión pues será una de los aspectos a ser considerados en cuanto a las perspectivas de éxito del designio.

En cuanto al atractivo que podía comportar la propuesta para la oposición es necesario tener en cuenta que ella, hasta las vísperas de la iniciativa gubernamental, preconizaba unas elecciones generales. Pero, en su seno, un sector inconforme señalaba que tales elecciones no estaban previstas en la Constitución más sí la Asamblea Nacional Constituyente que resultaba sumamente atractiva como poder plenipotenciario consagrado supuestamente en la Constitución.

Esta característica la hacía también atractiva para el gobierno. No hay que olvidar que hubo momentos bajo Chávez cuando se rumoraba que la consideraba como una alternativa y se observaba por algunos estudiosos que era tanto más atrayente cuanto que la Constitución no establece expresamente un referendo aprobatorio de la nueva Constitución pero, también, porque el gobierno como actor individual tiene mayores ventajas que actores colectivos para la iniciativa, tesis que ahora ha quedado demostrada. Lo cierto es que el diseño constitucional venezolano establece lo que podríamos llamar la tentación constituyente, una espada de Damocles pendiente sobre la Constitución del 99 y todo lo que, a partir de ella, se erija. Así pues el carácter originario de la Constituyente pudiera servir para demoler el Estado existente y para reconstruirlo de manera favorable tanto a la oposición como al gobierno ofreciendo considerables ventajas a quien se adelantara en el designio.

La causa se prestaba además a la acostumbrada estrategia chavista de reversión del discurso que constantemente ha sido utilizada por el partido de gobierno. Si la oposición quería elecciones y se quejaba de las maniobras frustradoras del referendo revocatorio y de la

injustificada dilación de las regionales ahora se le ofrecía la posibilidad de algo más atractivo por ser de mayor y más profundo alcance.

Nuestra hipótesis, sin embargo, es que el gobierno no se hacía ilusiones sobre el atractivo de la propuesta para la oposición sino que se trataba de un discurso dirigido principalmente a sus propias filas:

En efecto, la Constituyente podía ser una fuerza movilizadora y cohesionadora para el electorado chavista animándolo a una causa capaz de superar las frustraciones de la escasez, las colas y el desabastecimiento que resultaba tanto más atractiva en la medida en que la oposición se convertía en una amenaza cada vez más seria contra los logros de la revolución.

En unas circunstancias, además, en las cuales los incentivos materiales de todo tipo de subsidios se habían agotado era necesario ofrecer incentivos simbólicos. Al dar este paso, sin embargo, el oficialismo emprendía un camino lleno de dificultades como veremos más tarde.

## **PERSPECTIVAS:**

Las perspectivas son, desde luego, que el gobierno se salga con la suya o que no se salga con la suya. Comencemos con la primera.

Salirse con la suya: lo que esto significaría se puede derivar de algo a lo que no se ha prestado suficiente atención quizá porque se ha considerado puramente retórico y la atención se ha concentrado en las violaciones de la Constitución del 99 y los sesgos del sistema electoral diseñado. Se trata de las motivaciones que se alegan en el Decreto 2830 de convocatoria de la Constituyente.

Antes de discutir dichas motivaciones es necesario destacar la paradoja que enfrentan la cual consiste en plantear una Asamblea Constituyente originaria que, por definición, no admite le sea formulado un programa de actuación y si se lo formula no tiene ningún carácter vinculante para la futura Asamblea. Aquí se generan dos dificultades para el gobierno: en su relación con el sector opositor cualquier intento de acercamiento resultaba no creíble tanto si la Constituyente funcionaba como un mero apéndice del gobierno como si se tomaba en serio asumir atribuciones plenipotenciarias; la segunda dificultad es el desconcierto

que la iniciativa podía producir en las filas del chavismo y que realmente produjo. Independientemente de la autenticidad del mensaje de democracia participativa y protagónica de Chávez (autenticidad de la cual dudamos pero que no podemos abordar aquí) no se puede predicar ese mensaje, acostumbrar a los chavistas a estar orondos, gracias a su líder, de resultar invictos en sucesivas elecciones y eludir, sin más, no seguir el modelo de 1999 con la convocatoria popular de la Constituyente y el posterior referendo aprobatorio de la Constitución. Ello en cuanto a los sectores más ideológicamente conscientes y en cuanto a las masas no es lo mismo convocar una Constituyente en la embriaguez de las expectativas por un futuro promisorio que en las duras realidades del sufrimiento popular debido a la inflación, el desabastecimiento y la inseguridad entre otras plagas. Así se hace extremadamente arduo explicar la necesidad del tráfago y vastedad de recursos necesarios para una Constituyente que aparece como un desperdicio de recursos difícil de explicar.

Resultan también cómicas las piruetas en el Decreto 2830 para establecer un sistema de elusión de la voluntad popular y al mismo tiempo fundamentarse en el “proceso popular constituyente de 1999, Legado (*sic*) del Comandante Chávez” y remitirse a la Constitución pionera y fundacional de 1999. No es extraño que en el mismo chavismo se haya considerado que, más bien el Legado (*sic*) fue traicionado o para qué modificar algo tan pionero y fundacional cuando habría que concentrarse en resolver los graves problemas que el país afronta. Finalmente la paradoja se hizo más resaltante con la reforma a las Bases Comiciales al agregar posteriormente un artículo en el cual se exhorta a la ANC a convocar un referendo aprobatorio a la nueva Constitución que elabore; simple exhorto que la Asamblea podría no acoger o acogerlo estableciendo un tipo de referendo aprobatorio a su conveniencia.

Por otra parte siendo la Constituyente una caja de Pandora de ella puede salir tanto algo favorable al designio de quienes la han promovido como sorpresas no deseadas, si los constituyentes se toman en serio sus atribuciones y el asunto convertirse en un escenario de pugnas entre las corrientes que se agitan en el seno del gobierno y del partido de gobierno.

## LOS OBJETIVOS DEL DECRETO 2830

Después de las anteriores consideraciones, que enmarcan el tema, examinemos, enseguida, los objetivos relevantes, a nuestro modo de ver, enunciados en el Decreto 2830:

En el preámbulo del Decreto antes de formular dichos objetivos programáticos se habla de garantizar la paz del país pero a continuación se define un enemigo constituido por factores antidemocráticos y de marcada postura antipatria. Es decir, se trata de un proyecto destinado a la victoria sobre un adversario existencial. Esto comporta un caso inédito en la historia de las constituciones totalitarias pues estas han sido dictadas después de vencer un enemigo y no como un instrumento para vencerlo.

La situación de Venezuela es, en efecto, una lucha en la que si bien el gobierno posee el poder de fuego no las tiene todas consigo. Las declaraciones de los voceros oficialistas confirman esta impresión puesto que hablan de condiciones de establecimiento de gobernabilidad que traslucen que estas se alcanzarían eliminando a los factores que se consideran molestos, desde la Asamblea Nacional hasta recientemente la titular de la Fiscalía General de la República.

Los subsiguientes objetivos programáticos son diáfanos en cuanto a las preocupaciones que desvelan al gobierno y, al mismo tiempo, establecen un marco para juzgar acerca de sus perspectivas de éxito.

El objetivo 1 comienza refiriéndose nuevamente a la paz y surge una frase promisoría “el reconocimiento político mutuo” pero, a continuación, plantea la recuperación del principio constitucional de cooperación entre los poderes públicos, lo cual está evidentemente dirigido contra la Asamblea Nacional considerada en rebeldía como lo han declarado voceros gubernamentales y no ejerciendo legítimamente sus facultades de legislación y control. Es decir, el enemigo comienza a adquirir perfiles concretos pero la situación se complica porque ahora habría que agregar a la Fiscalía General de la República.

El objetivo 2 toca analizarlo a los economistas pero no podemos dejar de remarcar que “el establecimiento de un sistema de distribución que satisfaga plenamente las necesidades de abastecimiento de la población” revela que estas necesidades no se están satisfaciendo y la



incapacidad ideológica de lograrlo crea un serio problema para el gobierno independientemente de que logre establecer una constitución a su medida.

El objetivo 3 de constitucionalizar las Misiones y las Grandes Misiones Socialistas revela que el oficialismo no puede saltar por encima del proyecto de reforma constitucional de 2007 que se hizo avanzar mediante una serie de leyes espurias pero a las que faltaba su colofón constitucional. Esto significaría o bien la institucionalización del Estado paralelo o bien la desaparición de la administración pública para dar lugar a una administración ad hoc y constantemente improvisada.

El objetivo 4 refiere acerca de la ampliación de las competencias del sistema de justicia y lo que con ello se persigue.

Particular atención merece el objetivo 5:

Constitucionalización de las nuevas formas de la democracia participativa y protagónica a partir del reconocimiento de los nuevos sujetos del Poder Popular, tales como las Comunas y Consejos Comunales, Consejos de Trabajadores y Trabajadoras, entre otras formas de organización de base territorial de la población.

Ya la sentencia 378 confirmó la idea presidencial al establecer la enormidad de que la democracia directa se realiza por los referendos y por el Poder Popular es decir un Poder destinado a realizar el socialismo y al cual no se puede pertenecer si no se hace confesión socialista.

Si el Preámbulo y el objetivo 1 definen el enemigo interno el 6 sobre la defensa de la integridad y la soberanía de la nación definen el enemigo externo pero ya sabemos, según las constantes proclamaciones del gobierno, que enemigo interno y externo están unidos en una con-fabulación donde no es distinguible el uno del otro. De manera que este objetivo debe verse conjuntamente con lo ya mencionado respecto del preámbulo y del objetivo 1.

Debe resaltarse especialmente que en todo el lenguaje de convocatoria a la Constituyente en ninguna parte aparece el pluralismo sino lo pluricultural y la diversidad étnica (objetivo 7) lo cual no significa pluralismo puesto que estas múltiples culturas y etnias tendrían una unidad ideológica como lo practicó el régimen soviético con su organización

plurinacional bajo un férreo dominio del partido comunista. Lo dicho sobre el objetivo 5 de establecimiento de un Poder Popular destinado a realizar el socialismo sería la versión vernácula de este sistema. Prueba de que la unificación ideológica está por encima de la diversidad cultural es lo que ha ocurrido con los representantes indígenas del Estado Amazonas a los cuales no se vaciló en invalidar para hacer inefectiva la mayoría absoluta lograda por la oposición en las elecciones parlamentarias. Si todavía quedara duda que pluriculturalismo y diversidad étnica no quiere decir pluralismo ideológico téngase en cuenta lo expresado sobre el objetivo 5 y el segundo Considerando del sucesivo Decreto 2831 que designa la Comisión Presidencial que elaboró las Bases Comiciales se habla allí de “seguir cimentando las bases del Socialismo Bolivariano del siglo XXI”. Por cierto que la Comisión que se nombra no tiene nada de plural como ya fue mencionado.

Mención especial merece el objetivo 8 cuyo tema expresa el gran fracaso y la gran desazón del gobierno: la juventud. Que la lucha de calle haya pasado al comando de generaciones que no conocieron el sistema político anterior y que, por lo tanto, no se les pueda achacar nostalgia del pasado debe causar consternación en las filas del PSUV y este objetivo es revelador en tal sentido. Se trata de una juventud unida por una aspiración de libertad y que ha sufrido en carne propia las consecuencias de un modelo fracasado pero que cuenta con el vigor suficiente para la rebelión, agotado o amortiguado en sus mayores.

No perderemos tiempo en el objetivo 9 sobre la preservación de la vida en el planeta por ser inocuo.

Ahora bien, la descripción de estos objetivos nos permite establecer un método para poder responder específicamente la segunda cuestión que es la que más nos interesa. Es decir la probabilidad de que el gobierno no se salga con la suya.

A este efecto agruparemos los objetivos enumerados en dos grupos: aquellos que exacerbarían el conflicto es decir que convertirían la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente en una especie de bumerán que se volvería contra el régimen y aquellos que, de tener éxito, generarían un estado de cosas altamente inestable de manera que aun venciendo esta victoria sería efímera. De esta manera tendríamos:

Exasperación del conflicto: objetivos 1, 2, 6, 8.

Inestabilidad del orden creado por cierta Constituyente: objetivos 3, 4, 5, 7.

Examinaremos esto en la siguiente sección recapitulativa la cual empleará las dos categorías anteriores de exasperación e inestabilidad aplicándolas a todo el discurso del presente trabajo y no sólo a los objetivos enunciados en el Decreto 2830:

### **EXASPERACIÓN DEL CONFLICTO:**

La intención política del cierto proceso constituyente es tan transparente que asombra la falta de sutileza con que se lo presenta. Es un tanto curioso hablar de la transparencia del mal pues solemos suponer que el mal trata de ocultarse pero no sólo no se oculta en su administración jurídica sino menos lo hace en las declaraciones sucesivas de sus voceros políticos llenas de amenazas de todo tipo a todas las entidades y cargos que se enfrentan al actual estado de cosas y pretensiones gubernamentales, sino también en la precipitación de estos voceros para anunciar sus candidaturas a la Constituyente: confirmación palmaria de los objetivos de obtener un desenlace fulminante y rápido frente a toda oposición. Por supuesto ante la amenaza cierta y proclamada no puede menos que aumentar la alarma de los contrarios e intensificarse su lucha. Tal lucha se convierte ya en una cuestión de supervivencia.

Los objetivos 1, 2 y 6 que convierten al proceso constituyente no en un proceso de búsqueda de un pacto social sino en un espacio de guerra significan que la cuestión de la necesaria puesta en la palestra de los fundamentos del Estado se convierte en una ocasión para la discordia y no para el acuerdo y así como puede producir una alta motivación de lucha en sus propulsores no menos ocurrirá con sus adversarios. Ya no se trata de una deliberación racional sino de un combate de vida o muerte.

El objetivo 7 parece jugar a favor del gobierno porque ofrece un incentivo a las organizaciones que maneja para involucrarse en el propósito constituyente sin embargo aquí se debe tener en cuenta que podría no ocurrir tal cosa. Que más bien se aprovechara la ocasión para manifestar una inconformidad subyacente que buscaría manifestarse de

una manera contraria a los objetivos perseguidos por el régimen. Un dato, poco destacado, que apunta en esa dirección es la suspensión por 180 días de las elecciones de los Consejos Comunales, que resolvió en septiembre de 2016 el Ministerio de las Comunas y que siguen postergadas puesto que tampoco se realizaron, como correspondían, en abril de 2017. Esto apunta a un conflicto interno que más bien podría patentizarse a lo largo del proceso constituyente.

### **ESTABILIDAD:**

Aun suponiendo que se lleve a cabo la cierta Asamblea Constituyente no deja de tener importancia la forma como se lo ha logrado, esto es mediante la perturbación de lo que se suponía una revolución invencible, de una popularidad a toda prueba capaz de soportar cualquier tipo de desafío electoral. El resultado deja en muchos sectores chavistas la impresión de una triquiñuela que resiente su confianza y fe en el proceso: ¡tanto hablar de la soberanía del pueblo, de “el Soberano” y luego buscar eludirlo! El entusiasmo se desvanece y el apoyo tiene que seguir basado en sucesivas triquiñuelas e incluso en el uso de la violencia y el amedrentamiento psíquico contra los disidentes internos. El orden así logrado carecerá de porvenir por más que consiga prolongarse en el tiempo.

Veamos ahora los objetivos del Decreto 2830 que hemos incluido en esta categoría.

El 3 que nos habla de constitucionalizar las Misiones y las Grandes Misiones Socialistas es muy interesante en cuanto a sus repercusiones sobre el funcionamiento racional de un Estado moderno. Hasta ahora las Misiones han sido una especie de Estado paralelo mediante el cual se supone poder alcanzar los fines en los que supuestamente se muestra ineficiente la administración establecida. El saltarse por encima las restricciones burocráticas ha significado también la instalación de procedimientos en constante improvisación e incluso del desconocimiento de derechos laborales. Que la constitucionalización pretendida consolide el paralelismo o elimine de una vez a la administración reglada, en cualquier caso el resultado será un desorden permanente a la larga insostenible.

La ampliación de las competencias del sistema de justicia (objetivo 4) lleva a preguntarse qué se entiende por tal ampliación. Ciertamente el sistema de justicia está plagado de deficiencias y de vicios. Sin embargo, la manera como está formulado el objetivo no resulta muy alentadora sobre lo que puede ocurrir en ese campo y las frustraciones que una vez más se originen.

El anzuelo para la juventud que pretende ser el objetivo 8 termina frustrándose ante el atropello de que esta ha sido víctima en los recientes acontecimientos. No es lo mismo inferir daños a los adultos que a quienes son simientes de inconformidad que pueden hacerse más virulentas en el futuro y quizá más efectivas una vez que los hoy jóvenes hayan alcanzado la madurez y experiencia que les permitirá acciones opositoras quizá más efectivas.

Podemos finalizar esta parte determinando que si en la primera referida a la exasperación del conflicto el fracaso del proyecto constituyente habría sido su éxito, aquí, por el contrario, su éxito podría ser su fracaso.

## CONCLUSIÓN

En este escrito se quiso analizar desde el punto de vista político una decisión que ha sometido al país venezolano a una conmoción sin precedentes en su historia. Para consumarla se han infringido en forma tan temeraria toda suerte de disposiciones jurídicas que sólo un afán implacable de mantener el poder puede explicarlo.

El análisis se ha desarrollado mediante el empleo de 2 perspectivas. Una referida las intenciones del proyecto y otra a sus posibilidades de éxito. En ambas se encuentra la misma voluntad de sus autores de no vacilar en exponer a la nación a conflictos y enfrentamientos y a engendrar una Constitución que sería ante todo un tratado de rendición de una de las partes de esa nación y en la victoria de otra cada vez más reducida.

Que esto se haya podido desencadenar mediante disposiciones y entidades jurídicas obliga a repensar seriamente el diseño institucional desarrollado contra la llamada Constitución del 99 pero también ella misma y preguntarse si toda la concepción constituyente que la promo-

vió y que en ella se plasmó es fundamentalmente errónea y una lección no sólo para Venezuela sino también para otras sociedades que han caído o han estado a punto de incurrir en el mismo error. De esta manera en la experiencia venezolana y el sufrimiento de nuestro pueblo, pese a que hubiéramos preferido no padecerlo, quizá 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.

**FORO: "LAS MEDIDAS ECONÓMICAS  
TOMADAS POR EL GOBIERNO  
DE LOS ESTADOS UNIDOS  
Y LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL".  
4 DE OCTUBRE DE 2017.**

**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 considera de suma importancia la realización de este evento organizado conjuntamente por esta Academia y por el Instituto de Derecho Tatiana Maekelt, para suministrar información y criterios de interpretación a los profesionales del derecho y de las finanzas internacionales de nuestro país, frente a las recientes medidas adoptadas por el Gobierno de los Estados Unidos de América en relación con la contratación internacional de Venezuela, con la finalidad de presionar a nuestro país mediante medidas restrictivas para buscar el acatamiento del orden jurídico financiero internacional, defender los derechos humanos y combatir la enorme corrupción que se ha desarrollado en Venezuela a los más altos niveles de gobierno. A las cuales se añaden a las sanciones individuales impuestas por las Secretarías de Estado y del Tesoro de ese país a numerosos funcionarios del gobierno venezolano.

Comprende este conjunto de exposiciones de los doctores Eugenio Hernández-Bretón, Claudia Madrid y Miguel Mónaco, a quienes agradecemos su aporte, el análisis de las medidas creadas por la orden ejecutiva del Presidente de los EE.UU, su naturaleza y el carácter extraterritorial de las mismas; el carácter imperativo de las mismas y su efecto sobre la contratación internacional de toda persona americana que entre en relación con actores económicos del Estado venezolano o vinculados al mismo; así como también los casos prácticos de aplicación de dichas medidas en el derecho venezolano. Lo cual será seguido de una ronda de preguntas y opiniones del público frente a los expositores que serán respondidas por ellos.

El carácter unilateral e imperativo de estas medidas por parte de una potencia, nos evoca algunos pensamientos expresados a mediados del siglo XIX por el sabio venezolano don Andrés Bello, quien para la época vivía en Chile, país que lo adoptó como propio y su gobierno

llegó hasta a designarle como canciller. Como nos relata Isidro Morales Paúl, miembro ya fallecido de esta Academia, en un importante trabajo suyo publicado en el Boletín de esta Academia, para esa época, Bello era considerado un promotor del derecho público uniforme a nivel internacional y como dijo Rafael Caldera, el precursor del derecho internacional iberoamericano.

Con mucho realismo, don Andrés Bello afirmaba: “En la República de las naciones hay una aristocracia de grandes potencias, que es en la que de hecho reside exclusivamente la autoridad legislativa; el juicio de los estados débiles, ni se consulta ni se respeta”.

Aunque para la época en que Bello escribía, ya se reconocía la igualdad jurídica entre las Repúblicas o los estados débiles y fuertes, al igual que la que existía entre los individuos, no era menos cierto, según Bello, que “...el Estado más fuerte que se creía ofendido impone al más débil la pena que estime correspondiente a la ofensa, que él mismo califica de grave y que él mismo se encarga de castigar, de manera que en las cuestiones entre el poderoso y el débil, el poderoso es al mismo tiempo juez y parte, a no ser que se someta por excepción al juicio de un tercero. Tal es el estado del mundo y tal el verdadero valor de la pretendida igualdad internacional”. Tal vez estas palabras respondan a algunas de las interrogantes que hoy podríamos hacernos frente a las medidas del gobierno de los EE.UU.

Lo anterior nos lleva a otra reflexión del sabio Andrés Bello con respecto al carácter justo de esas acciones unilaterales de las potencias. Decía Bello: “De admitirse la intervención en apoyo de causas justas, esto reducirá las Repúblicas Americanas y todos los estados de la misma categoría a una dependencia humillante respecto de las naciones poderosas. En nuestras cuestiones interiores tendríamos que reconocer tantos tribunales supremos como estados hubiese en el mundo bastante fuertes para extender el brazo de la justicia hasta nosotros y después de someternos a su arbitrio, tendríamos además que pagarlo”.

Debemos preguntarnos entonces qué ha cambiado con respecto al tiempo en que Bello emitía estos trágicos juicios. Se dice que no hay nación que haya caído bajo el imperio del ilícito total que pueda libertarse sola, sin intervención internacional. ¿Estaríamos entonces frente a causas justas que legitimarían la intervención unilateral de las potencias en

los países débiles como el nuestro?. El tema de hoy nos lleva a reflexionar moralmente sobre esto, más allá de la sola interpretación objetiva de las medidas y su impacto en la economía del país, que seguramente será demoledor y ruinoso. El carácter humanitario de la intervención podría justificar su realización, siempre que mantuviera los límites de una operación humanitaria, pero, lo admitamos o no, hay que pensar en el después, en lo que quedaría en pie de nuestra soberanía e integridad nacional. Los invito entonces al análisis de las medidas, pero también al de sus efectos ulteriores.

Muchas gracias por su atención.

Caracas, 4 de octubre de 2017.

**SANCIONES ECONÓMICAS CONTENIDAS  
EN LA EXECUTIVE ORDER 13808  
DE 24.08.2017 DICTADA  
POR EL PRESIDENTE  
DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA  
Y LAS LISTAS OFAC: CONTENIDO  
Y APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL.  
DR. EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN,  
INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN.**

SUMARIO

Introducción. I. La EO 13808. 1. Contenido y alcance. 2. Base legal de la EO 13808 y su motivación. 3. Algunas definiciones importantes. 4. Régimen de excepciones a las prohibiciones. 5. Aplicación de la EO 13808 y sus consecuencias en Venezuela. II. Listas OFAC. 1. EO 13692. 2. Algunas definiciones importantes. 3. Las Listas OFAC y sus consecuencias en Venezuela. Conclusión.

## INTRODUCCIÓN

Esta conferencia tiene por objeto explicar, en primer lugar, el alcance de las sanciones económicas impuestas por el Presidente de los Estados Unidos de América de conformidad con la *Executive Order* 13808 (*Imposing Additional Sanctions With Respect to the Situation in Venezuela*) del 24 de agosto de 2017, publicada en *Fed. Reg.* 41155 de 29 de agosto de 2017 (“EO 13808”). La fecha de vigencia efectiva de la EO 13808 es las 12:01 am (EDT) del 25 de agosto de 2017 (“Fecha de Vigencia Efectiva de la EO 13808”) y, en segundo lugar, explicar el alcance de las sanciones económicas respecto de las personas incluidas en las llamadas Listas OFAC, también conocidas esas personas como *Specially Designated Nationals and Blocked Personso SDNs* (“Listas OFAC” o “ListasSDN”), dictadas de conformidad con la *Executive Order* 13692 (*Blocking Property and Suspending Entry of Certain Persons Contributing to the Situation in Venezuela*) del 8 de marzo de 2015, publicada en 80 *Fed. Reg.* 12747 del 11 de marzo de 2015 (“EO 13692”). La fecha de vigencia efectiva de la EO 13692 es las 12:01 am (EDT) del 9 de marzo de 2015 (“Fecha de Vigencia Efectiva de la EO 13692”).

### I. LA EO 13808

#### 1. Contenido y alcance

Mediante la EO 13808 el Presidente de los Estados Unidos de América impuso sanciones adicionales a las ya dictadas con anterioridad (entre ellas la EO 13692) relativas a la situación en Venezuela.

La EO 13808 prohíbe, entre otras cosas, (i) todas las transacciones, (ii) el financiamiento y (iii) cualesquiera negocios, por parte de *United*

*States persons* (Personas de los Estados Unidos) (“*USpersons*”) o por personas de cualquier nacionalidad dentro de los Estados Unidos de América, relativos a: a) *new debt* (nueva deuda) del *Government of Venezuela* (Gobierno de Venezuela) con vencimiento superior a 30 días, o b) cualquier *new equity* (nuevas participaciones sociales) del *Government of Venezuela*. Asimismo, la EO 13808 prohíbe el mismo tipo de operaciones antes mencionadas relativas a los siguientes negocios (i) si se trata de *new debt* de PDVSA siempre que su vencimiento sea de más de 90 días, (ii) si se trata de bonos emitidos por el *Government of Venezuela* antes de la Fecha de Vigencia Efectiva de la EO 13808, (iii) si se trata del pago de dividendos u otras utilidades al *Government of Venezuela*, por parte de cualquier ente propiedad de, o controlado por, directa o indirectamente, el *Government of Venezuela*, (Sección 1 (a) de la EO 13808), y (iv) si se trata de la compra, directa o indirecta de *securities* (papeles comerciales o títulos valores) que sean vendidos o transferidos por parte del *Government of Venezuela*, siempre que no sean los *securities* que se consideran como *new debt* con vencimiento inferior o igual a 90 o 30 días según se mencionó anteriormente, respectivamente (Sección 1 (b) de la EO 13808), por parte de un *USperson* o por cualquier persona dentro de los Estados Unidos.

Los términos de vencimiento se cuentan a partir de la emisión de la factura final siempre que tal emisión se haya hecho según los términos del contrato que hayan celebrado las partes. Cualquier extensión de términos de pago, aunque sea de gracia o tolerados por el acreedor, que exceda los fijados en la EO 13808 se entiende como violación de las prohibiciones. Por esto, el acreedor debe actuar con suma diligencia en el cobro de su crédito.

Las *USpersons* deben abstenerse de realizar las transacciones prohibidas y deben informar a la *OFAC* acerca de las mismas dentro de los 10 días hábiles siguientes, una vez que tengan conocimiento de tales transacciones. Las prohibiciones anteriores se aplican salvo lo establecido en leyes, reglamentos, órdenes, directivas o licencias que sean emitidas de conformidad con la *Executive Order* 13808 y se aplican a cualquier contrato celebrado o cualquier licencia o permiso otorgado antes de la Fecha de Vigencia Efectiva de la EO 13808 (Sección 1 (c))

de la EO 13808). La referida EO 13808 también prohíbe cualquier transacción que evada o evite, tenga el propósito de evadir o evitar, cause la violación de, o pretenda violar las prohibiciones anteriores, así como cualquier asociación que se forme para violar cualquiera de las antes mencionadas prohibiciones (Sección 2 de la EO 13808).

A partir de su fecha de vigencia efectiva la EO 13808 impone sanciones adicionales a las establecidas previamente por el Gobierno de los Estados Unidos de América que estaban dirigidas a funcionarios públicos venezolanos identificados como *SDNs* o Nacionales Especialmente Designados en los listados que emitió la *OFAC* los días 18 de mayo, 26 y 31 de julio, y 9 de agosto de 2017, respectivamente.<sup>134</sup> Tales listados fueron dictados de conformidad con la *Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act* (2014) (Ley de Defensa de los Derechos Humanos y la Sociedad Civil en Venezuela) y la EO13692, la cual contiene la declaración de emergencia nacional por razón de *unusual and extraordinary threat to the national security and foreign policy of the United States* (inusual y extraordinaria amenaza a la seguridad nacional y política exterior de los Estados Unidos de América; también conocido como el “Decreto Obama”). De esa forma se prohíben las transacciones en las que participen personas naturales y jurídicas de los Estados Unidos de América y los *SDNs* mencionados en dichos listados. Sobre esto volveremos en la segunda parte de esta conferencia.

Adicionalmente, debemos mencionar la *Presidential Proclamation 9645 (Enhancing Vetting Capabilities and Processes for Detecting Attempted Entry Into the United States by Terrorists or Other Public-Safety Threats)* (Aumentando las Capacidades de Escrutinio y los Procesos para Detectar los Intentos de Ingreso a los Estados Unidos de América de Terroristas Extranjeros o de Otras Amenazas a la Seguridad Pública) del 24 de septiembre de 2017, publicada en 82 *Fed. Reg.*45161 del 27 de septiembre de 2017, dictada en aplicación de la *Executive Order 13780 (Protecting the Nation From Foreign Terrorist Entry Into the United States)* (Protegiendo a la Nación contra el Ingreso de Terroristas Extranjeros a los Estados Unidos de América) del 6 de marzo de 2017, publicada en 82 *Fed. Reg.*13209 del 9 de marzo de 2017. La mencionada *Presidential Proclamation 9645*, en su sección 2 (f) suspende las

<sup>134</sup> Posteriormente la *OFAC* amplió la lista el 9 de noviembre de 2017.

visas e ingreso a los Estados Unidos de ciertos funcionarios públicos venezolanos y sus familiares inmediatos con Visas B1 y B2. Sin perjuicio de lo anterior, la *Presidential Proclamation* establece además que: ... *nationals of Venezuela who are visa holders should be subject to appropriate additional measures to ensure traveler information remains current*. En tal sentido, los venezolanos tenedores de tales visas, aunque no estén sujetos directamente a las medidas de la *Presidential Proclamation 9465*, deben estar atentos en casos de que se les requiera mayor información una vez que se presenten ante las autoridades de inmigración de los Estados Unidos.

## 2. Base legal de la EO 13808 y su motivación

La EO 13808 se fundamenta en diferentes instrumentos que otorgan al Presidente de los Estados Unidos de América la conducción de la política exterior de ese país, facultándolo para restringir el comercio internacional e imponer sanciones contra determinados países. Sigue así una tradición establecida desde 1812, cuya responsabilidad ha sido confiada por el Presidente de los Estados Unidos de América al Departamento del Tesoro y, desde 1950, particularmente, a la *OFAC*.

En especial, es de mencionar que según la jurisprudencia estadounidense, la conducción de relaciones comerciales con terceros países no es un derecho de las personas sino un privilegio concedido por el Estado (*United States v. Yoshida International* 562 F.2d560, 580 (CCPA 1975)). Además, la EO 13808 se basa en la *International Emergency Economic Powers Act* (1977) (que posibilita una declaratoria de emergencia en caso de *any unusual and extraordinary threat, which has its source in whole or substantial part outside the United States, to the national security, foreign policy, or economy of the United States, if the President declares a national emergency with respect to such threat*, así como en la *National Emergencies Act* (1976) y en la Sección 301 del Título 3 del *United States Code*.

Según la motivación expresada en su propio texto, la EO 13808 se dicta en atención a la recientes acciones y políticas del Gobierno de Venezuela, que incluyen graves abusos de los derechos humanos y las



libertades fundamentales, las cuales han producido la profundización de la crisis humanitaria: el establecimiento de una Asamblea Nacional Constituyente ilegítima, que ha usurpado las competencias de la Asamblea Nacional democráticamente electa así como de otras ramas del Poder Público; la corrupción pública generalizada y la constante represión y violencia y persecución contra la oposición venezolana.

### 3. Algunas definiciones importantes

Según sus propios términos, las prohibiciones se aplican a *USpersons*. De conformidad con la Sección 3 (c) de la EO 13808, *USperson* significa (i) cualquier nacional estadounidense o extranjero residente permanente, (ii) *entity* (incluyendo las sucursales extranjeras de una sociedad mercantil constituida en los Estados Unidos de América) y (iii) cualquier persona natural o jurídica que se encuentre en los Estados Unidos de América (Sección 3 (c) de la EO 13808). Las personas naturales que sean simultáneamente nacionales de Venezuela y de los Estados Unidos caen bajo la aplicación de la EO 13808, al igual que los venezolanos que sean residentes permanentes legales de los Estados Unidos de América dondequiera que se encuentren y los venezolanos que por cualquier razón se encuentren en el territorio de ese país.

Es de destacar que según la Sección 3 (b) de la EO 13808 se entiende por *entity* una sociedad de personas, asociación, *trust*, *jointventure*, corporación, grupo, subgrupo u otra organización constituida según las leyes de los Estados Unidos de América o de cualquier estado de esa federación.

Las subsidiarias extranjeras de las sociedades constituidas en los Estados Unidos de América no están sujetas a la aplicación de la EO 13808, pero la EO 13808 prohíbe cualquier transacción (incluyendo transacciones por entes extranjeros) que tengan por finalidad evadir o evitar las prohibiciones de la EO 13808. Adicionalmente, la interpretación dada por la *OFAC* en el caso de otros programas de sanciones económicas implementados y administrados por la propia *OFAC*, permite afirmar que la *OFAC* consideraría que la EO 13808 prohíbe también cualquier participación o facilitación (*facilitation*), en el sentido de

autorización, aprobación, ratificación, negociación, asesoría o similar, por parte de un *USperson* respecto de una operación *offshore* que tenga que ver con cualquiera de las transacciones prohibidas por la EO 13808. Es decir, cualquier participación de un *USperson* en una transacción prohibida extendería las prohibiciones de la EO13808 a las transacciones en que participen las personas que no sean *USpersons* bajo la EO 13808. Por lo tanto, la participación de *USpersons* en las operaciones de *non-USpersons* (personas que no serían personas de los Estados Unidos para los efectos de la EO 13808, por ejemplo un venezolano residente en Venezuela) fuera del territorio de los Estados Unidos crearía un *jurisdictional nexus* (nexo o vinculación jurisdiccional) entre la transacción de que se trate que se realiza en Venezuela y una *USperson*.

Según la Sección 3(d) de la EO 13808, *Government of Venezuela* significa el Gobierno de Venezuela, cualquier subdivisión, agencia o instrumentalidad del mismo, incluyendo el Banco Central de Venezuela y PDVSA, y cualquier persona propiedad de o controlada por, o que actúe por o por cuenta del Gobierno de Venezuela. En general y según la interpretación que ha hecho la *OFAC* en otros casos, esta definición también incluiría cualquier ente en el cual el Gobierno venezolano sea propietario de un 50% o más de su capital. No está claro si las empresas mixtas creadas bajo la Ley Orgánica de Hidrocarburos, que también son parte del *Government of Venezuela* para los efectos de la EO 13808, siguen el régimen aplicable a PDVSA o a los demás entes del *Government of Venezuela*.

La *OFAC* ha interpretado en otros casos similares que bajo *new debt* se comprenden bonos, préstamos, extensiones de crédito, garantías de préstamos, cartas de crédito, aceptaciones bancarias, notas de descuento, letras de cambios y papeles comerciales. También se incluye bajo *new debt* la extensión de los términos de pago bajo contratos comerciales para la venta y el suministro de bienes y servicios.

#### **4. Régimen de excepciones a las prohibiciones**

El mismo día de la Fecha de Vigencia Efectiva de la EO 13808, la *OFAC* dictó cuatro autorizaciones o licencias generales que establecen excepciones específicas a las prohibiciones establecidas en la

EO 13808. De tal manera, de conformidad con las licencias generales se pueden realizar transacciones sujetas a las prohibiciones en los siguientes casos:

Licencia No. 1: Período de gracia de 30 días para realizar todo lo necesario para liquidar los compromisos pendientes derivados de los contratos celebrados antes de la Fecha de Vigencia Efectiva de la EO 13808.

Licencia No. 2: Autoriza realizar las transacciones prohibidas relativas a “nueva deuda” o *new equity* o compra de *securities* del Gobierno de Venezuela o de PDVSA siempre que el único ente del *Government of Venezuela* involucrado sea CITGO Holding, Inc. o cualquiera de sus subsidiarias.

Licencia No. 3: Autoriza operaciones con los bonos mencionados en la Lista anexa a la Licencia No. 3, así como también operaciones (incluido financiamiento) con bonos emitidos antes de la Fecha de Vigencia Efectiva de la EO 13808 por parte de *USpersons* propiedad de o controladas, directa o indirectamente, por el *Government of Venezuela*. La única exclusión intencional de bonos venezolanos de la Lista anexa a la Licencia No. 3 corresponde a los llamados Bonos 2036, emitidos en diciembre de 2016. Esto tiene particular importancia para la renegociación de la deuda venezolana. De esta manera, no está prohibida la renegociación de tal deuda con *USpersons* siempre que se haga sujeto a los términos de las prohibiciones y siempre que no suponga la participación de una *SDN* directa o indirectamente.

Licencia No. 4: Autoriza todas las transacciones relativas a la provisión de financiamiento y otros negocios en “nueva deuda” relacionada con la exportación o reexportación a Venezuela de insumos agrícolas, medicinas, artículos médicos o repuestos o componentes de artículos médicos, o a personas en terceros países que compren bienes específicamente para su reventa en Venezuela.

También es posible solicitar y obtener licencias individuales ante la *OFAC* para realizar transacciones puntuales. Pero el procedimiento para obtener una licencia individual puede tomar varios meses.

## 5. Aplicación de la EO 13808 y sus consecuencias en Venezuela

A continuación pasaremos a aplicar las nociones anteriores y sus consecuencias en Venezuela (*e.g.*, el caso de una compañía constituida en Venezuela y el grupo de sus empresas relacionadas).

De conformidad con lo antes expuesto, según sus términos la EO 13808 se aplica a las *USpersons* así como a las actividades que realicen cualesquiera otras personas en los Estados Unidos de América. En tal sentido, tratándose de una compañía constituida en Venezuela y de sus subsidiarias también constituidas según las leyes de Venezuela, ellas no serían *USpersons* para los efectos de la EO 13808. Si sus accionistas son venezolanos o son entes constituidos en países diferentes de los Estados Unidos de América tampoco serían *USpersons* para los efectos de la EO 13808.

En consecuencia, la EO 13808 no prohíbe que una compañía constituida en Venezuela, sus accionistas venezolanos o sus subsidiarias venezolanas realicen transacciones comerciales con el *Government of Venezuela* de conformidad con la práctica establecida aun cuando los términos de pago excedan de 30 o 90 días según el caso. Es importante señalar que la EO 13808 no prohíbe la tenencia de cuentas con instituciones financieras de los Estados Unidos de América a las compañías constituidas en Venezuela ni tampoco a los venezolanos. Sin embargo, es de esperar que tales instituciones demoren o se abstengan de intervenir en operaciones que involucren al Gobierno de Venezuela por temor a ser considerados como “facilitadores” de operaciones prohibidas por la EO 13808.

Las afirmaciones anteriores requieren, sin embargo, una importante reserva ya que ninguna *USperson*, por ejemplo, un expatriado de nacionalidad estadounidense o un venezolano con estatus de residente permanente en los Estados Unidos de América que esté trabajando para una compañía constituida en Venezuela, o sus accionistas o cualquier subsidiaria venezolana de una compañía constituida en Venezuela puede aprobar, autorizar o de cualquier otra forma involucrarse en cualquier transacción que realice una compañía constituida en Venezuela, sus accionistas venezolanos o sus subsidiarias venezolanas con algún

ente del *Government of Venezuela* que suponga términos de pago superiores a 30 o 90 días según el caso, o que sea de aquellas transacciones prohibidas por la EO 13808. Como mencionamos antes, la participación de un *USperson* crearía el nexo jurisdiccional que haría aplicable la EO 13808 a dichas compañías venezolanas.

Igualmente aplicarán las prohibiciones de la EO 13808 en caso de que una compañía constituida en Venezuela, sus accionistas venezolanos o sus subsidiarias venezolanas realicen cualquiera de las transacciones objeto de las prohibiciones desde el territorio de los Estados Unidos de América, lo cual también se extendería a las transacciones que sean autorizadas, aprobadas o negociadas por cualquier representante de una compañía constituida en Venezuela, sus accionistas venezolanos o sus subsidiarias venezolanas mientras tal representante se encuentre en ese país independientemente de su nacionalidad, quienes serían *USpersons* bajo la EO 13808.

La EO 13808 no prohíbe los pagos a *non-USpersons* (personas que no serían personas de los Estados Unidos para los efectos de la EO 13808) por parte del *Government of Venezuela*. Sin embargo, la intermediación de instituciones financieras que sean *USpersons* en el proceso del pago podría verse sujeta a las prohibiciones de la EO 13808 en la medida en que el pago tenga que ver con una transacción prohibida por dicha EO, pues se trataría de una operación por un *USperson* que estaría “facilitando” la violación de las prohibiciones de la EO 13808.

Los accionistas de compañías constituidas en Venezuela, que a su vez sean compañías constituidas según las leyes de los Estados Unidos de América o de alguno de sus estados, estarían sujetos a las prohibiciones por ser *USpersons*. Esto se aplica no obstante que la compañía constituida en los Estados Unidos de América sea 100% propiedad de una compañía venezolana.

Es importante tener claro que la EO 13808 no prohíbe cualquier tipo de operaciones por parte de una *USperson* con el *Government of Venezuela* sino solo aquellas listadas en la EO 13808 que antes se han mencionado y tampoco prohíbe que los bienes objeto de la transacción particular se exporten a Venezuela, de ser el caso, siempre que se dé cumplimiento a la normativa aplicable (e.g., las *Export Administration Regulations*).

## II. LISTAS *OFAC*

### 1. EO 13692

La EO 13692, también conocida entre nosotros como Decreto Obama, fue dictada de conformidad con la *Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act* (2014). La EO 13692 contiene una primera lista de personas venezolanas, que en muchos casos también son o han sido funcionarios del Gobierno de Venezuela. Otros listados adicionales han sido emitidos por la *OFAC* el 18 de mayo, 26 y 31 de julio, y 9 de agosto de 2017<sup>135</sup>. Actualmente hay aproximadamente 38 personas naturales incluidas en esas listas<sup>136</sup>, la cual se extiende a sus propiedades ubicadas en los Estados Unidos, incluyendo entes en los que ellos tengan participación mayoritaria. Estas sanciones son impuestas a las personas listadas en su carácter individual y particular.

Adicionalmente, existe una lista emanada de la *OFAC* del 13 de febrero de 2017 que incluye a dos venezolanos y 13 entes relacionados con ellos, por razones asociadas al tráfico de drogas (llamadas *Specially Designated Narcotics Trafficker* de acuerdo con la *Foreign Narcotics Kingpin Designation Act (Kingpin Act)*). Todo tipo de operación con estas personas está prohibido.

De conformidad con la EO 13692 y las Listas *OFAC*, salvo que medie una autorización o exención, las transacciones por parte de *US-persons*, según se definen en la EO 13692, o dentro de los Estados Unidos de América o que involucren a los Estados Unidos de América, quedan prohibidas si ellas implican la transferencia, pago, exportación, retiro o de alguna otra manera suponen la negociación de bienes o intereses en bienes propiedad de personas que se encuentren en las Listas *OFAC*. La prohibición incluye bienes o intereses en bienes de entes que sean en un 50 % o más propiedad, directa o indirecta, de una persona que esté en las Listas *OFAC*, aun cuando dichos entes no aparezcan en las Listas *OFAC*.

<sup>135</sup> Ver nota anterior.

<sup>136</sup> Incluyendo la ampliación de la Lista *OFAC* de 9 de noviembre de 2017, serían unas 48 personas naturales, además de las personas jurídicas relacionadas con ellas según se establece en la EO 13692.

Las prohibiciones contenidas en la EO 13692 se extienden a (i) cualquier contribución o suministro de fondos o servicios por parte de una *SDN* a una *USperson* o (ii) cualquier contribución o suministro de fondos o servicios hechos a una *SDN* o para su beneficio por parte de una *USperson*, así como (iii) el recibo por una *USperson* de cualquier contribución, suministro de fondos, bienes o servicios de parte de una *SDN* (Sección 4 de la EO 13692). Igualmente se prohíbe cualquier intento de evadir o evitar la aplicación de las prohibiciones o la asociación para violar las prohibiciones antes indicadas (Sección 5 de la EO 13692).

## **2. Algunas definiciones importantes**

Según sus términos, la EO 13692 se dirige a *USpersons*. De conformidad con la Sección 6 (c) de la EO 13692, *USperson* significa (i) cualquier nacional estadounidense o extranjero residente permanente, (ii) cualquier ente constituido según las leyes de los Estados Unidos de América o de cualquier estado (incluyendo las sucursales extranjeras de una sociedad mercantil constituida en los Estados Unidos de América) y (iii) cualquier persona natural o jurídica que se encuentre en los Estados Unidos de América.

La definición de *Government of Venezuela* según la Sección 6 (d) de la EO 13692 es muy parecida a la contenida en la EO 13608, y aun cuando no incluye expresamente a PDVSA, esta última también queda comprendida por tratarse de una persona propiedad de o controlada por, o que actúe por o por cuenta del Gobierno de Venezuela.

## **3. Las Listas OFAC y sus consecuencias en Venezuela**

En términos generales, las mismas consideraciones hechas en la primera parte de esta conferencia aplican para el caso de transacciones que involucren a *USpersons* con *SDNs*, en especial las relativas a la participación de *USpersons* o de subsidiarias venezolanas de *USpersons* en negocios con *SDNs*.

Sin embargo, la inclusión en la Lista *OFAC* trae consecuencias jurídicas diferentes de las previstas en el caso de la EO 13808. En principio, la inclusión de una persona en la Lista *OFAC* no significa que el

*Government of Venezuela* esté incluido en la Lista. Las prohibiciones de la EO 13692 y de las Listas *OFAC* se aplican a todas las transacciones o negociaciones con las personas naturales y entes que aparecen en las Listas *OFAC*, ya sea que actúen como particulares o como funcionarios públicos.

En particular, la *OFAC* ha alertado a las *USpersons* que deben actuar con cautela en sus negocios con el *Government of Venezuela* de manera tal de asegurarse de que no se involucren, directa o indirectamente, en transacciones u operaciones con *SDNs*; tales como por ejemplo, celebrar contratos que sean firmados por una *SDN*, negociar con una *SDN*, o ejecutar contratos, directa o indirectamente, en nombre o por cuenta de *SDNs*, salvo que medie una autorización o exención para esas operaciones.

Aun cuando en principio, las *non-USpersons*, incluyendo las subsidiarias venezolanas de *USpersons*, no están sometidas a la EO 13692 y a las Listas *OFAC*, ellas podrían causar la aplicación de sanciones por violación de las prohibiciones. Esto ocurriría si las *non-USpersons* facilitan la realización de operaciones por parte de *SDNs*, ya sea en todo o en parte, en los Estados Unidos de América o en cualquier lugar por parte de *USpersons*.

## CONCLUSIÓN

Las medidas impuestas por el Gobierno de los Estados Unidos de América explicadas en esta conferencia tienen un impacto importante en la manera de hacer negocios en Venezuela y es necesario que todos estemos informados, no solamente los entes gubernamentales, sino también los particulares. En este sentido, es altamente recomendable seguir la evolución de las medidas y la actualización de los listados *OFAC*. Para ello es muy útil revisar constantemente la página del *US Department of the Treasury* en materia de sanciones y allí las *FAQ's*:

<https://www.treasury.gov/resource-center/Pages/default.aspx>



**CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS MEDIDAS  
TOMADAS POR EL GOBIERNO  
DE ESTADOS UNIDOS EN RELACIÓN  
CON EL GOBIERNO DE VENEZUELA  
Y LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL.  
DRA. CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ  
(UCV-UCAB)\*.**

---

\* Doctora en Ciencias Mención Derecho, *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesora Titular en la UCV y Profesora Asociado en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014).

## **1. CONTRATACIÓN INTERNACIONAL Y DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE**

En el ámbito internacional, el régimen aplicable a los contratos depende del tipo de relación que se verifique. De manera general se hace referencia a la contratación paritaria, la cual implica la participación de las partes en condiciones de igualdad. Ambas disfrutan de igual poder de negociación y, por tal razón, se admite que sean ellas quienes, en uso de la autonomía conflictual, elijan el Derecho aplicable al contrato.

En segundo término están los contratos no bilateralmente negociados, los cuales se caracterizan por la presencia de una parte débil. Así, al existir un desequilibrio en el poder de negociación de las partes, los diferentes ordenamientos jurídicos suelen proscribir o limitar la autonomía conflictual, de manera que la elección no se convierta en una imposición por parte del fuerte. Los contratos con consumidores y los contratos de trabajo son ejemplos de esta categoría.

En tercer lugar, hemos de ubicar los contratos con el Estado. Esta denominación presenta múltiples problemas de calificación que encuentran su raíz en la multiplicidad de expresiones utilizadas para referirse a los contratos en los que interviene el Estado. Desde la expresión “contratos administrativos”, importada por nuestra doctrina desde Francia, hasta las expresiones “contratos de interés público nacional, estatal y municipal” utilizadas por la Constitución de la República y las demás utilizadas por la doctrina. Nosotros preferimos la genérica expresión “contratos con el Estado”, referida a las relaciones contractuales en las que interviene el Estado en cualquiera de sus formas, con el objeto de lograr el bien común, y con presencia de cláusulas exorbitantes. Tal como lo han aceptado en sus decisiones, las Salas Constitucional y Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Desde el

punto de vista del Derecho internacional privado, estos contratos suponen el fracaso del sistema de determinación del Derecho aplicable, pues cada Estado suele preferir la aplicación de su propia Ley. Esto es justo lo que ocurre en Venezuela con el artículo 151 de la Constitución, norma de conformidad con la cual en estos contratos se considerará incorporada, aunque no estuviere expresa, una cláusula de elección de los tribunales venezolanos, y de aplicación del Derecho venezolano.

Es esta tercera categoría la que más nos interesa a los efectos de esta exposición, pues las medidas contenidas en la orden ejecutiva No. 13808, dictada por el gobierno de Estados Unidos en fecha 24 de agosto de 2017 recaerán principalmente sobre los contratos en los cuales inter venga cualquier manifestación del Estado venezolano.

El impacto de estas medidas en el régimen del contrato dependerá, en todo caso, de su calificación como normas internacionalmente imperativas. En tal sentido, para llegar a una respuesta debemos examinar, desde una óptica comparada, el contenido y naturaleza de estas normas así como la posibilidad de su aplicación extraterritorial. Veamos.

## **2. LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS COMO OBSTÁCULOS A LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMPETENTE PARA REGIR EL CONTRATO**

La aplicación del Derecho competente para regir al contrato encuentra un serio obstáculo en las normas internacionalmente imperativas. Se trata de normas ante las cuales el legislador de cada Estado impide la posibilidad de aplicar un Derecho distinto del propio, en el entendido que se trata de normas que expresan principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, que no ceden ante el Derecho extranjero, aunque su aplicación haya sido ordenada por las normas de conflicto de su propio sistema. La aplicación de estas normas ha sido especialmente aceptada, precisamente, en materia contractual, por los diversos sistemas en Derecho comparado.

Así, en el ámbito europeo, el Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) hace referencia, en

su artículo 9, a las que denomina “leyes de policía”, disposiciones cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social y económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea el Derecho aplicable al contrato de conformidad con el propio Reglamento.

Estas normas serán de obligatoria observancia cuando pertenezcan al Derecho del juez, quien podrá tomar en consideración aquellas perteneciente al Derecho del lugar de ejecución del contrato si es que hicieren tal ejecución ilegal. Para ello tendrá en cuenta la naturaleza y objeto de las normas y las consecuencias de su aplicación o su inaplicación.

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México 1994), por su parte, se refiere simplemente a “disposiciones imperativas”, ordenando al juez su aplicación cuando pertenecen a su propio ordenamiento jurídico y dejándole en libertad para tomar en cuenta aquellas que pertenecen a un Derecho que tenga vínculos estrechos con el contrato, sin limitarse, a diferencia de la regulación europea, a aquellas vigentes en el lugar de ejecución del contrato.

El *case law* de Estados Unidos, por su parte, conoce esta figura bajo la denominación “*mandatory rules*”, disposiciones que resuelven los posibles choques entre la *lex contractus* y la *public policy* del foro. Estas normas están generalmente destinadas a proteger a partes débiles y expresan políticas fundamentales del Estado. Su aplicación, cuando pertenecen al foro, es indiscutible. Sin embargo, la aplicación de *mandatory rules* extranjeras no es fácilmente aceptada, en primer lugar, debido a las dificultades para su determinación; en segundo término, debido a las limitaciones aun presentes frente a la aplicación de Derecho público extranjero –estas normas suelen tener una alta dosis de Derecho público–; y, finalmente, a que se ha admitido que su aplicación es discrecional, por una parte, y, por la otra, las partes no suelen alegar su aplicación en juicio.

Finalmente, la Ley venezolana de Derecho internacional privado, que también utiliza la expresión “disposiciones imperativas”, se limita a ordenar su aplicación cuando forman parte del Derecho del foro. La doctrina ha señalado que la posibilidad de tomar en cuenta normas

internacionalmente imperativas extranjeras constituye un principio de Derecho internacional privado generalmente aceptado, *ex* artículo 1 de la propia Ley.

Teniendo claros estos conceptos examinaremos la posibilidad de calificar a las medidas tomadas a través de la orden ejecutiva No. 13808 como normas internacionalmente imperativas, de manera de evaluar su impacto en la contratación internacional.

### **3. LA ORDEN EJECUTIVA NO. 13808 DE 24 DE AGOSTO DE 2017**

#### **3.1. Punto previo: la Asamblea Nacional y asamblea nacional constituyente**

Antes de entrar a considerar el contenido de la orden ejecutiva No. 13808, hemos de considerar, como punto previo, que entre sus fundamentos se encuentra la violación de derechos humanos, la crisis humanitaria por la que atraviesa Venezuela y el establecimiento de la asamblea nacional constituyente que usurpa los poderes de la Asamblea Nacional legítimamente elegida. Nos interesa este tercer argumento debido, por una parte, a que se ha afirmado la posibilidad de que sea la asamblea nacional constituyente, el órgano competente para aprobar los contratos en que sea parte el Estado venezolano, y, por otra, al choque de esta aspiración con el contenido del artículo 150 de la Constitución de la República y con la propia orden ejecutiva.

En efecto, de conformidad con el artículo 150 de la Constitución para la celebración de contratos de interés público nacional se requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional, cuando la Ley así lo requiera. Si se tratado contratos de interés público nacional, estatal o municipal a celebrarse con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela la aprobación de la Asamblea Nacional es imperativa. De manera que no puede considerarse perfeccionado el contrato sin esta formalidad previa esencial.

Así, no será posible que el Estado celebre contratos internacionales sin la previa aprobación de la Asamblea Nacional, facultad que se ve reiterada por el artículo 187,9 de la propia Constitución y que ha

intentado ser vulnerada por el Tribunal Supremo de Justicia en varias ocasiones. Destaca especialmente la decisión No. 156 de 29 de marzo de 2017, en la cual la Sala Constitucional del máximo tribunal declaró que no existe impedimento alguno para que el Ejecutivo Nacional constituya empresas mixtas en el espíritu que establece el artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Petróleo, deberá informar a esta Sala de todas las circunstancias pertinentes a dicha constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República. Cualquier modificación posterior de las condiciones deberá ser informada a esta Sala, previo informe favorable del Ministerio de Energía y Petróleo.

Con tal decisión se sugiere la posibilidad de que el Estado celebre contratos sin que los mismos sean aprobados previamente por la Asamblea Nacional. Sin embargo, no creemos que tal razonamiento sea posible en el caso de la celebración de contratos destinados a la negociación de bonos de deuda pública o a la reestructuración de esta última. Dudamos que cualquier empresa financiera extranjera acepte entrar en una relación contractual de dudoso apego al sistema interno del Estado de que se trate y, en ese sentido, el artículo 150 de nuestra Constitución es muy claro.

### **3.2. Contenido de la orden ejecutiva No. 13808**

En suma, la orden ejecutiva prohíbe emitir nueva deuda con vencimiento superior a 90 días de PDVSA; emitir nueva deuda con vencimiento superior a 30 días, o nueva participación, del Gobierno de Venezuela; los bonos emitidos por el Gobierno de Venezuela antes de la fecha de la orden; y el pago de dividendos u otros beneficios al Gobierno de Venezuela, por cualquier entidad que éste posea o controle, directa o indirectamente. Además, se prohíbe la compra, directa o indirecta, de valores del Gobierno de Venezuela. Básicamente las medidas prohíben las operaciones con bonos del Estado venezolano, limitando su capacidad para operar en dólares, pues las instituciones financieras bajo supervisión del gobierno de los Estados Unidos no podrán comprar ni vender nuevas emisiones de deuda.

Para mitigar el impacto de estas medidas en la población, el gobierno de Estados Unidos ha diseñado un sistema de licencias generales que permiten algunas transacciones. Es el caso de las emisiones con periodo de vencimiento inferior a 30 días, el financiamiento para importaciones y exportaciones de petróleo, operaciones con algunas emisiones preexistentes y operaciones con productos para atender la emergencia humanitaria. Sin embargo, en buena parte de los casos, el acceso a la licencia exige revelar la identidad de los tenedores de bonos.

### **3.3. ¿La orden ejecutiva No. 13808 contiene normas internacionalmente imperativas?**

Tratándose de medidas de carácter estrictamente económico, las contenidas en la orden ejecutiva No. 13808 podrían enmarcarse en las definiciones que de normas internacionalmente imperativas se acogen en los sistemas jurídicos a que hemos hecho referencia. Por ejemplo, en Estados Unidos, las *mandatory rules* se encuadran en el concepto general de *public policy*, lo cual incluye políticas de carácter económico.

En el caso de la Unión Europea, el propio artículo 9 del Reglamento Roma I hace referencia a normas vinculadas con la organización económica del Estado. De manera similar se ha entendido en el ámbito interamericano, pues durante las discusiones para la aprobación de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, se hizo hincapié en el carácter económico de las normas referidas en el artículo 11 de la Convención. De hecho, este carácter se adujo como un elemento diferenciador de estas normas con el concepto de orden público.

Así las cosas, no habría inconveniente en entender que la orden ejecutiva No. 13808 contiene normas internacionalmente imperativas que, por su naturaleza, perturban la aplicación del Derecho competente para regular el contrato.

## **4. ¿LA ORDEN EJECUTIVA NO. 13808 TIENE CARÁCTER EXTRATERRITORIAL?**

Partiendo de su naturaleza como normas internacionalmente imperativas, es necesario determinar si es posible aplicar de manera

extraterritorial las medidas contenidas en la orden ejecutiva No. 13808. Aplicación extraterritorial que es necesario examinar más allá del carácter persuasivo que en efecto tienen las medidas.

Sobre su efecto disuasivo, tomemos como ejemplo las medidas tomadas por el gobierno de Estados Unidos contra Cuba. En 2006, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente realizó un concurso de fotografía en el cual resultó ganador un niño cubano de 13 años. El premio era una cámara fotográfica que la empresa Nikon se negó a entregar al ganador, alegando que la cámara tenía componentes provenientes de Estados Unidos. En 2007, la aerolínea Hola Air Lines dio por terminado su convenio con Cuba para el traslado de los beneficiarios de la llamada misión milagro, para poder acceder a las reparaciones en sus aeronaves por parte de la empresa estadounidense Boeing.

En estos casos no hubo una sanción directa, sino el deseo de evitarla. En 2014, en cambio el BNP Paribas, banco francés, fue multado por más de ocho mil millones de dólares, precisamente, por violar las medidas tomadas por Estados Unidos contra Cuba.

#### **4.1. Aplicación en Estados Unidos**

En general, este tipo de medidas económicas, basadas en la *International Emergency Economic Powers Act*, suelen depender en su aplicación, del impacto real o esperado que la actividad foránea pueda tener en Estados Unidos o en sus ciudadanos, e incluso, cuando se trate de proteger la moneda. Cada vez que se plantee alguno de estos criterios las medidas podrán ser –y serán– aplicadas por los tribunales competentes de Estados Unidos.

No debemos dejar de observar que el criterio referido a la protección de la moneda conlleva a una gran amplitud en el ámbito de aplicación de las medidas si consideramos que en la actividad comercial internacional de Venezuela se utiliza generalmente al dólar de Estados Unidos como medida de valor y como medio de pago. Es quizá esta la razón por la cual Venezuela ofreció subastas de divisas a través de una canasta de monedas extranjeras que no incluyeron al dólar, obviando los problemas de convertibilidad que traería el uso de monedas tales como la rupia, el yen o el rublo.



Recientemente, de hecho, el Comité de Subasta de divisas anuló la última subasta efectuada con el tipo de cambio DICOM, en agosto de 2017, afirmando la imposibilidad de liquidar las divisas adjudicadas, precisamente, por las medidas tomadas por el gobierno de Estados Unidos.

#### **4.2. Aplicación en Venezuela**

De conformidad con el sistema venezolano de Derecho internacional privado, considerando que, como hemos afirmado, estas medidas pueden calificarse como normas internacionalmente imperativas, no habría obstáculo jurídico para su aplicación en Venezuela, pues a partir del artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, pueden aplicarse las normas imperativas de un Estado vinculado con el contrato, aun cuando no sea el Derecho competente para regularlo. Esta solución ha sido calificada como un principio de Derecho internacional privado generalmente aceptado –en los términos del artículo 1 de la Ley de Derecho internacional privado– de manera que su aplicación excede los límites geográficos de aplicación de la Convención Interamericana.

No obstante, esta posibilidad –aceptada desde el punto de vista del ordenamiento jurídico– se encontrará en la práctica, con toda seguridad, con un obstáculo de orden político. No nos podemos imaginar a un juez venezolano aplicando estas medidas en Venezuela. Sobre todo si consideramos que en la Gaceta Oficial No. 41.246 de fecha 28 de septiembre de 2017 se publicó un “decreto constituyente”, mediante el cual se rechazan las sanciones “injerencistas, unilaterales e ilícitas adoptadas por los gobiernos de Canadá y Estados Unidos de América en contra de la República Bolivariana de Venezuela”.

#### **4.3. Aplicación en otros Estados**

Buena parte de los Estados –con algunas notables excepciones– reconocen la posibilidad de aplicar las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados. En el caso particular de la Unión Europea, el artículo 9 del Reglamento Roma I admite su aplicación siempre que

se trate de las normas imperativas pertenecientes al Derecho del Estado del lugar de la ejecución del contrato. Además, se ordena al juez considerar el objeto y naturaleza de las normas de que se trate y las consecuencias de su aplicación o inaplicación de las mismas, a los fines de aceptar su consideración frente a un contrato internacional sometido a un Derecho diferente al vigente en el lugar de ejecución.

Así, en el ámbito de la Unión Europea no habría problema en aceptar la aplicación de la orden ejecutiva en aquellos casos de contratos a ejecutarse en Estados Unidos, cuando así lo considerase el juez.

#### **4.4. Aplicación en sede arbitral**

La posibilidad de aplicar normas internacionalmente imperativas en sede arbitral ha sido, tradicionalmente, un tema muy discutido debido, en primer término, al carácter deslocalizado del arbitraje, y, en segundo lugar, a que esa misma deslocalización trae como consecuencia una mayor libertad del árbitro quien, al no tener foro, tampoco se encontraría obligado por norma imperativa alguna.

Sin embargo, recientemente se ha admitido que hay casos de aplicación incontrovertida de las normas internacionalmente imperativas: supuestos de orden público transnacional; el caso de las normas imperativas de la *Lex contractus* (lo cual resulta consecuencia de la concepción en la aplicación del Derecho como un todo indivisible, incluyendo sus normas imperativas); las normas imperativas de la *Lex arbitri* (supuesto discutible, pues se asemeja a una especie de *Lex fori* difícil de aceptar en arbitraje); y en casos de fuerza mayor. En este último supuesto, entendiendo la fuerza mayor como una expresión genérica de causa extraña no imputable y, pensando en las medidas contenidas en la orden ejecutiva No. 13808 como el resultado de un hecho del príncipe, podría admitirse su aplicación en sede arbitral.

### **5. UNA CONCLUSIÓN, MÁS ALLÁ DE LO POLÍTICO**

En definitiva, entendiendo que las medidas contenidas en la orden ejecutiva No. 13808 son de carácter estrictamente económico, las mismas pueden ser calificadas como normas internacionalmente

imperativas, por lo que constituyen un obstáculo para la aplicación del Derecho que rija el contrato vinculado a las operaciones prohibidas. La aplicación de las mismas prevalecerá en caso que la controversia se plantee en tribunales de Estados Unidos, como parte de la protección al propio sistema brindada por las *mandatory rules*. No obstante, es poco probable que sean aplicadas ante tribunales venezolanos, mas no por razones jurídicas, sino por cuestiones estrictamente políticas.

**PRESENTACIÓN DE LA OBRA:  
"CONTRIBUCIONES DEL DERECHO  
PARA EL CRECIMIENTO ECONÓMICO"  
DEL DR. FRED AARONS P.  
17 DE OCTUBRE DE 2017.**

**APERTURA DEL ACTO A CARGO  
DEL ACADÉMICO  
JULIO RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA,  
INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN.**

Señores Miembros de la Junta Directiva  
de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales  
Señores Académicos  
Dr. Fred Aarons y Miembros de su Ilustre Familia.  
Invitados especiales

Para la Academia constituye motivo de satisfacción el copatrocinar la obra del Dr. Fred Aarons *Contribución del Derecho para el crecimiento económico*. Por otra parte es deber de esta Corporación, tal como se evidencia de la dilatada obra de sus integrantes y de sus pronunciamientos institucionales, promover la utilización del Derecho como instrumento de desarrollo y progreso social. Bien acertado nos resulta que en las primeras páginas de la obra del Dr. Aarons se refiera a lo señalado por Milton Friedman en el sentido de que “Las leyes y las políticas públicas en general deben ser evaluadas en función de su efectividad, no con base en las intenciones de sus proponentes”.

En la obra que se presenta hoy se realiza un detallado y concienzudo examen de lo que han sido los controles de cambio en Venezuela. Dicho análisis es precedido por una minuciosa mención de la obra de pensadores como Smith, Weber, Calabresi, Coase y Posner entre otros. Su enfoque es concordante con todo un interés actual que relaciona a la economía con la moral y el derecho. No es un hecho circunstancial que para la investigación social, hoy en día, haya cobrado un renovado interés el estudio de Adam Smith como jurista a través de sus *Lecciones de Jurisprudencia*; como moralista a través de su *Teoría de los Sentimientos Morales* y como economista en su bien conocida obra acerca de *La Riqueza de las Naciones*. El Dr. Aarons probablemente intenta emular esa forma integral en la cual se considera al derecho. Bien valdría la pena que su esfuerzo se multiplique en el sentido de que sus

señalamientos contribuyan a que no cometamos los errores del pasado en los temas por él desarrollados. De alguna manera la esencia de su visión está contenida en la siguiente afirmación: “Nuestro análisis permite aseverar que las leyes y demás disposiciones normativas deben ser conformadas con una visión integral, con el propósito de establecer un marco regulatorio racional”. En un artículo nuestro incluido en la Serie Eventos de la Academia relativo a *La Ley de Ilícitos Cambiarios* (Caracas, 2006) citando a Dr. Carlos Hernández Delfino señalábamos: “No existen objetivos para los controles de cambio que no puedan alcanzarse a través de una combinación de política fiscal, monetaria, cambiaria comercial y de salarios, con costos significativamente menores y una mejor aproximación a soluciones fundamentales y definitivas”.

El Dr. Aarons no hace sólo un análisis de eventos sucedidos a lo largo del tiempo sino que además nos proporciona un Modelo de Predicción de Impacto de Normas que no puede ser desestimado a la hora de considerar el efecto del derecho, en su sentido más amplio, sobre el crecimiento económico. Fred Aarons ha tenido una prominente carrera en el sector financiero pasando por instituciones como el Banco Interamericano de Desarrollo, la Asociación Bancaria de Venezuela y la Corporación Andina de Fomento. En todas ellas se ha desempeñado con el acierto requerido a todos los que piensan siguiendo al Padre Luis Olaso que el Derecho es Más de lo que Es. Su análisis de la realidad económica-jurídica-social puede entenderse en términos de lo señalado por Hilary Putnam para quien “La mente no inventó al mundo pero tampoco se limita a reflejarlo”.

Dr. Fred Aarons e ilustre familia y amigos aquí presentes a nombre de los juristas venezolanos agradecemos este esfuerzo que constituye una prueba más del camino diario que recorren en nuestro país las instituciones y las personas que piensan que el derecho es algo por lo que vale la pena luchar.

Muchas gracias

**PRESENTACIÓN A CARGO  
DEL DR. RAFAEL BADELL MADRID,  
INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN.**



Señor doctor Julio Rodríguez Berrizbeitia,  
Segundo Vicepresidente  
de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales  
Señores Individuos de Número de la Academia  
de Ciencias Políticas y Sociales  
Señor Decano de la Facultad  
de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello  
y demás autoridades y profesores universitarios.  
Señor Dr. Fred Aarons, Autor de la obra que me honra presentar  
Señores invitados especiales  
Señoras y señores.

Me da mucho gusto intervenir en este evento destinado a presentar la obra jurídica del Dr. Fred Aarons. En primer lugar, represento a la Academia en este acto y, en ese sentido, en nombre del Señor Presidente de esta Corporación, Dr. Gabriel Ruan Santos, y en el de todos sus miembros queremos felicitar al autor por la calidad de la obra y por su importancia dentro de la doctrina venezolana. Así mismo, enfatizar la satisfacción de esta Academia por este tipo de eventos que contribuyen a divulgar la cultura jurídica del país.

Transitando su segundo centenario, quiere la Academia continuar siendo un espacio libre para el debate de las ideas jurídicas, políticas y sociales de importancia para el país y renovar, en cada ocasión como esta, su compromiso con el desarrollo de las ciencias jurídicas. Además este acto es oportuno para estimular a todos los presentes a participar en las jornadas jurídicas y demás actividades de investigación que realizará esta Corporación a lo largo de todo el año en curso.

Debo señalar que esta presentación con la que se me honra, coincide con la circunstancia de haber sido quien elaboró el prólogo del

libro que hoy se da a conocer. En efecto, el Dr. Fred Aarons me pidió en su oportunidad que realizara el prólogo de su obra, lo cual ha sido muy gratificante, tanto por la oportunidad de analizar el tratamiento que en profundidad le da el autor al tema, como por el hecho de que éste me conecta con primeras experiencias profesionales concretas en la materia, incluida la de mi desempeño en la Procuraduría General de la República en el año 1983 cuando se estableció el control de cambio en aquella oportunidad.

El Doctor Fred Aarons es un brillante jurista, con una muy sólida formación y con muchos años de dedicación al estudio y ejercicio profesional en los temas de regulaciones bancarias, finanzas, control de cambios, inversiones extrajeras, impuesto, arbitraje, en general, el Dr. Aarons se ha dedicado con éxito al interesante mundo del derecho administrativo económico.

El libro objeto de este encuentro se desenvuelve en cuatro partes. En la primera de ellas se refiere a un tema fundamental: la relación entre derecho y economía, así como a la utilidad de la moneda en la sociedad y las mejores prácticas en materia cambiaria.

Esta primera parte de la obra del Dr. Aarons es de utilidad extraordinaria, sobre todo si se tiene en cuenta que las relaciones entre economía y derecho, a pesar de la importancia que tienen, no siempre han sido debidamente ponderadas en su correcta dimensión. Independientemente del sistema económico que se adopte, se requiere una estructura jurídica normativa que permita a los diferentes actores de la vida económica, la adquisición y el uso de los factores de producción, y de los bienes y servicios.

El sistema económico precisa de una formulación jurídica y, en tal sentido, su organización y funcionamiento depende de normas, es decir, del derecho. Este tema de la relación economía-derecho está ligado o vinculado a una etapa histórica: la revolución industrial y las consecuencias derivadas de ese extraordinario hecho en el plano político, social y económico.

El derecho ofrece a la economía las técnicas jurídicas instrumentales, así como la seguridad y previsibilidad necesarias, a la vez que incide en ella de forma general y particular. Si la intervención del Estado en la economía se hace sin el debido orden y coherencia, el desarrollo y

crecimiento económico podrían verse afectados. La visión positiva predica que el derecho debe ser eficiente para generar bienestar, y debe ser utilizado como herramienta para producir desarrollo económico. Ahora bien, dentro de las fuentes del derecho es sabido que como fundamento del sistema jurídico, la Constitución es la base del régimen económico.

El proceso de regulación de la materia económica y de las relaciones entre los titulares de los derechos económicos y la mayor o menor intervención del Estado en la economía se expresa, en primer lugar, a través de la Constitución, luego, por medio de la Ley y, más allá de las fuentes anteriores, a través de actos de rango sub-legal<sup>137</sup>, que siempre deberán estar subordinados a las dos primeras fuentes mencionadas: la Constitución y las leyes.

La Constitución como norma superior, rectora del ordenamiento jurídico, no sólo regula la organización, competencias y funcionamiento de los órganos del Estado, desde un punto de vista funcional y territorial, así como los derechos civiles, sociales, políticos y económicos de los individuos, sino que contempla también las relaciones económicas entre el Estado y los ciudadanos; norma los aspectos fundamentales del régimen económico del país, el grado de la participación del Estado en la economía, modula las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y determina sus derechos económicos.

De allí que en la Constitución, además de la parte dogmática, relativa a las limitaciones para el ejercicio del poder frente a los ciudadanos: régimen de derechos y garantías; y la parte orgánica, a través de la cual se organizan los Poderes Públicos, su funcionamiento y ámbito de competencia, encontramos un conjunto de regulaciones que tienen por objeto establecer el régimen jurídico de las relaciones económicas entre el Estado y los particulares y el papel que en esas relaciones, corresponde a la iniciativa privada y al propio Estado.<sup>138</sup>

Desde 1919 con la Constitución de Weimar, la doctrina constitucional ha denominado como “Constitución Económica” al bloque de

<sup>137</sup> Véase 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. <http://www.acienpol.org.ve/>

<sup>138</sup> BREWER-CARÍAS, Allan. “La Constitución de 1999”, Editorial Arte, Caracas, 2000. p. 203.

regulaciones constitucionales referidas a la economía y al derecho. Las otras normas de la materia, ahora de rango legal y sub legal, han dado origen al derecho administrativo económico, es decir al ordenamiento jurídico que establece y regula, de una parte, la intervención del Estado en la economía y sus límites y, de la otra, los derechos y garantías de los administrados.

La Constitución económica comprende entonces el conjunto de normas o principios de rango constitucional que establecen el marco regulatorio para el desarrollo de la actividad económica, previendo formas de interrelación entre la iniciativa económica de los particulares (individualmente o en grupos, asociaciones o empresas), y la actividad del Estado.<sup>139</sup>

Esta parte económica de la Constitución -que “no es una pieza aislada, sino un elemento más dentro de la estructura básica de la ley fundamental<sup>140</sup>”, contiene los llamados principios que regulan la economía y establece el régimen jurídico indispensable para su estructura y funcionamiento, de modo que permita al Estado planificar e intervenir en la economía, y asegurar el desarrollo de políticas económico-sociales pertinentes y adecuadas a las distintas necesidades de la población. La Constitución económica contiene las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica.

Un asunto delicado respecto del planteamiento anterior la determinación del contenido de esas cláusulas económicas de la Constitución, es decir, su mayor o menor rigidez o flexibilidad, de lo cual dependerá la forma política que se adopte.

De allí surge la importancia del denominado principio de neutralidad política de la Constitución, el cual tiene por finalidad evitar que el Estado se ate a doctrinas económicas específicas e inmutables. Este principio evita comprometer a las generaciones futuras con el pensamiento de los constituyentes de un momento histórico determinado. En

---

<sup>139</sup> Véase BADELL MADRID, Rafael, “La Constitución Económica”, en Revista BCV, XIV.I. del año 2000, Banco Central de Venezuela. Caracas, 2000.

<sup>140</sup> ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, “Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica”, Fundación de Estudios de Regulación, Comares Editorial, Granada, 1999. p.123

los países con mayor vocación democrática estas regulaciones económicas se presentan flexibles, amplias y abiertas, en tanto que en los países menos democráticos, las cláusulas económicas tienden a ser cerradas, rígidas e inflexibles, enderezadas a imponer un único y absoluto modelo económico.

Esa flexibilidad en la formulación de los postulados económicos es la que puede permitir la actuación sucesiva de gobiernos democráticos, cada uno con sus propias concepciones económicas e ideológicas, sin que para implantarlas sea necesario reformar la Constitución, cuya neutralidad impide—como señala nuestro ilustre compañero de Academia Dr. Allan Brewer Carías— coartar la acción legislativa.<sup>141</sup>

No debe en efecto la Constitución consagrar de forma expresa y categórica el modelo económico del país, pues ello es muestra de un radicalismo en lo político que enerva la concepción misma de un modelo democrático. La mutación de la realidad económica plantea la inconveniencia de definir con grado de detalle las políticas públicas que el Estado pueda proponerse adoptar. Por ello el modelo constitucional ha de ser abierto y flexible de manera que se permita el desarrollo de las competencias de los poderes públicos con base a las necesidades económicas del momento, pero siempre en respeto de los constitucional y expresamente plasmados principios, libertades y derechos que garantizarán la configuración de un sistema económico de un estado social de derecho que presupone en todo caso el respeto de los derechos individuales fundamentales y dentro de ellos, los relativos a la actividad privada empresarial, cuyo desarrollo en definitiva ha de contribuir en ese cometido estatal de bienestar común.

Es por tanto el sistema económico constitucional que debe presidir la vida social el producto de las necesidades colectivas con “*una interpretación integrada del conjunto de derechos y libertades individuales reconocidos en el texto constitucional*”.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> BREWER-CARIÁS, Allan, “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, en Revista de Derecho Público N°43, julio-septiembre 1990, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990.

<sup>142</sup> ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, “Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica”, Ob. Cit. p.128

Gaspar Ariño Ortiz y la doctrina en general sostienen que pueden identificarse fundamentalmente dos sistemas de organización social y económica: uno concebido como liberal y otro identificado como socialista. El sistema liberal se caracteriza por ser de economía de mercado, lo que quiere decir que está presidido por la soberanía del consumidor, la libertad de precios, la libre competencia, el principio del beneficio y la libre decisión empresarial; y está fundamentado principalmente en la propiedad privada de los medios de producción.

De otra parte, el sistema socialista es control, dirección estatal, planificación central, y se encuentra presidido por las decisiones de la autoridad con base en las necesidades estimadas de los ciudadanos. El sistema socialista existe bajo un régimen de precios controlados y remuneraciones tasadas, tanto para la empresa como para sus agentes, y está fundamentado en la base de la propiedad colectiva de los medios de producción<sup>143</sup>.

Además de los dos sistemas antes señalados, se identifica un tercer sistema: el de economía mixta, economía social de mercado o sistema intermedio, en el cual se combinan los dos sistemas de decisión (individual y estatal) y de propiedad (pública y privada). A este modelo mixto responde la Constitución de Venezuela de 1999, siguiendo el de la Constitución de 1961, que a su vez tuvo como guía el implantado por la Constitución de 1947.

El sistema de economía mixta se corresponde precisamente con el principio de Constitución económica neutral porque se caracteriza por la inexistencia de un modelo económico rígido que imponga soluciones uniformes en todos los sectores.<sup>144</sup> En este sentido, este sistema no se basa en un régimen estricto de planificación o dirección central fundado en la propiedad colectiva de los medios de producción, que como se dijo es lo que caracteriza al sistema socialista; pero tampoco se apega al modelo de economía liberal clásico<sup>145</sup>.

Este sistema de economía mixto conocido como “social de mercado” consiste entonces en una economía basada en la libertad e iniciativa

---

<sup>143</sup> ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, “Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica”, Ob. Cit. p.124

<sup>144</sup> *Ibíd.*

<sup>145</sup> *Ibíd.*, p. 130

privada, en la libre competencia, en el libre desempeño de los agentes del mercado, aun cuando a su vez admite la intervención del Estado con un rol de control para asegurar una cobertura mínima de acceso a bienes y servicios para todos los ciudadanos, de manera complementaria y compatible con esa.<sup>146</sup>

Ahora bien, esta intervención del Estado en la economía se lleva a cabo mediante distintas manifestaciones de la actividad de la administración. La Administración Pública está facultada para intervenir en la economía, con mayor o menor intensidad, de acuerdo a lo que determinen las normas legales o sublegales, que con respeto los principios constitucionales se dicten, y a través de la actividad de policía, consistente en el conjunto de medidas coactivas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad, el ejercicio de sus derechos y libertades económicas constitucionales, al orden público; y mediante una actividad de fomento, mediante la cual la administración persiga satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen (Garrido Falla); y la actividad de gestión económica, por medio de la cual la administración pública concurre junto a los particulares en el ejercicio de la actividad económica, industrial y comercial en régimen de competencia, para la concreción de los intereses generales<sup>147</sup>.

De manera que la intervención en la economía por parte del Estado en este sistema mixto debe estar informada y limitada por una serie de principios, los cuales, insistimos, en definitiva abonan a la creación de condiciones económicas favorables para que los particulares contribuyan con su desempeño a la satisfacción plena del interés general. Estos principios son, en primer lugar, la reserva legal, la cual está contemplada en el artículo 112 de la Constitución e impone la exigencia de que sólo y exclusivamente mediante ley formal se puedan imponer restricciones, limitaciones, prohibiciones o sanciones al ejercicio del

---

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> 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. Pp.24 y ss.

derecho económico de que se trate. La reserva legal además implica que todas y cada una de las limitaciones a los derechos constitucionales deben garantizar y respetar la parcela o reducto mínimo de la esfera de libertad, es decir, el núcleo esencial del derecho, el cual debe siempre quedar inmune y protegido a cualquier intromisión del Estado para no desnaturalizar el derecho en cuestión, es decir para no dejarlo sin contenido<sup>148</sup>. De esta forma, cualquier ordenación de la vida económica que pudiera suponer la negación completa o un atentado frontal respecto del contenido esencial de los derechos sería inconstitucional<sup>149</sup>.

En segundo lugar, el principio “Favor Libertatis”, que implica una interpretación amplia y generosa de los derechos fundamentales y a su vez una interpretación rigurosamente restrictiva de las limitaciones al régimen de libertades y garantías, ello con el fin de que el contenido de esos derechos y libertades económicas pueda ser realmente efectivos, en el sentido de que la limitación es la excepción. Y no puede ser de otra forma en estos sistemas en los que se cree firmemente en la libertad como valor primario del ser humano, individual o colectivamente considerado, libertad que siempre ha de basarse en el derecho propio y en el respeto de la esfera jurídico subjetiva del otro. Así en la materia económica se manifiesta el derecho de libre empresa, el de dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, el decidir cómo se obtiene el objetivo y el de cómo ha de disponerse de los medios para lograrlo, siempre, claro está, con el límite del interés general

De otra parte, téngase en cuenta que dentro de un este sistema de respeto absoluto a la libertad económica individual y, al mismo tiempo, de reconocimiento de las competencias estatales para incidir en ella, siempre en aras del interés general, existe el principio de iniciativa, establecido expresamente en el artículo 299 de la Constitución, el cual postula que la iniciativa del sector público en el ámbito económico está consagrada en los mismos términos que la iniciativa privada, y por lo tanto puede el Estado intervenir en la economía en cualquier sector,

---

<sup>148</sup> Este principio de reserva legal ha sido violado, entre otras, por la Ley del Sistema Nacional Integral Agroalimentario, la Ley Antimonopolio y la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

<sup>149</sup> ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, “Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica”, Ob. Cit. p.127



indistintamente que esté suficientemente servido por los particulares,<sup>150</sup> siempre y cuando éste respete las reglas de la competencia y actúe en régimen de igualdad.<sup>151</sup>

De modo que este principio de coactividad debe atender a los límites que garantizan la libertad de empresa y la libre competencia, porque ambos son derechos consagrados expresamente en los artículos 112 y 299 de la Constitución y porque ambos son garantía de que lo público y lo privado no son antagonistas en el campo económico, sino que suponen acciones que coordinadas promueven una situación económica de bienestar general.

Sin libertad de empresa no se garantiza la iniciativa privada que es lo que permite que *“Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes”*. Y ese principio de participación garantizado sobre las bases fundamentales de la concurrencia real y libre de los agentes del mercado, es decir, con libertad de entrar o salir de éste, promueve un desarrollo económico basado en el empuje y estímulo de la acción particular unida a la de las empresas públicas, que en una relación de igualdad, contribuyen a la creación de las condiciones económicas de un mercado destinado a satisfacer la demanda de sus agentes.

Así, se ha demostrado que lo sano es propender a la eliminación tanto de las intervenciones excesivas del Estado como de los monopolios en manos públicas, y la disminución del abuso de la actividad de fomento. Ciertamente, la intervención del Estado en la economía debe atender al principio de proporcionalidad, de conformidad con el cual éste debe dejar, pero controlar, al sector privado lo que éste se

---

<sup>150</sup> En Venezuela, de acuerdo al texto constitucional de 1999, el Estado empresario se puede desarrollar conjuntamente con los particulares en la promoción del desarrollo armónico de la economía nacional, de modo que el artículo 301 de la Constitución se refiere tanto a la empresa pública como privada de manera paritaria, como objeto de protección de la política comercial del Estado frente a la inversión extranjera. Igualmente, la Constitución incluye la previsión de la empresa pública como forma organizativa del Estado, a fin de realizar actividades empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan (artículo 300 de la Constitución).

<sup>151</sup> ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, “Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica”, Ob. Cit. p.116

encuentre en capacidad de satisfacer, y por ello, tratar de adoptar en sus regulaciones económicas una técnica de limitación menos lesiva a la libertad económica, y entre varias opciones, seleccionar aquella que vulnere en menor medida esa libertad. Es lo que se conoce en doctrina como principio de subsidiariedad el cual representa un límite a la intervención del Estado en la economía, de modo que sólo se justifica dicha intervención en aquellos casos en los que los particulares no atienden debida o suficientemente cierto sector o actividad. Es este el principio de subsidiariedad, el cual limita o impide que el Estado haga aquello que los particulares pueden realizar con su propia iniciativa o industria.

De este modo, debe medirse la adecuación de la regulación con respecto al interés general que se pretende proteger, haciendo que las restricciones a los derechos individuales sean adecuadamente proporcionales a las necesidades que se pretenden satisfacer. A las regulaciones económicas les corresponde precisar la concepción del Estado frente a la propiedad privada, la libertad contractual, la libertad de industria y comercio, la actividad financiera y monetaria, la naturaleza y grado de intervención del Estado dentro de la economía, la dimensión de la iniciativa personal de los particulares en el mercado y la tutela jurídica que se le concede a esa iniciativa.

En desarrollo de esas disposiciones constitucionales el legislador dictará las normas necesarias para actualizarlas o concretarlas. Ese es, precisamente, el derecho administrativo económico, que se relaciona con la aplicación concreta de los principios predicados por la Constitución económica y comprende los procedimientos y órganos creados por la ley para dar plena instrumentación al sistema económico escogido, así como la intervención coercitiva de los poderes públicos en la actividad económica.

Cierto que la Constitución económica requiere de desarrollo legislativo para originar nuevos bloques normativos que son la manifestación del estado social de derecho, es decir, las potestades públicas económicas reconocidas al Estado en la Constitución económica y que conforman el derecho administrativo económico, dentro del cual está regulado también, obviamente, el sistema empresarial de producción o distribución de bienes y servicios. Esos dos componentes, estado social y sistema de libertades, se presentan interconectados en el sentido de

que las potestades públicas económicas se coordinan con las libertades económicas de los ciudadanos. Esa delicada tesitura o relación es, precisamente, el objeto del derecho constitucional económico y el derecho administrativo económico.

El derecho administrativo económico es la “suma de normas y medidas que regulan las distintas instituciones y la actividad de los órganos administrativos y autoridades administrativas en sus formas de actividad de seguridad, planeamiento, vigilancia, dirección y fomento de la economía y las relaciones entre los sujetos que actúan en la vida económica y la administración pública”<sup>152</sup>.

En Venezuela, la intervención en la economía mediante la actividad de policía, fomento y empresarial, se ha presentado de forma muy marcada en los distintos sectores económicos. Así ha ocurrido en el sector de la propiedad privada<sup>153</sup>, tanto urbana<sup>154</sup> como rural<sup>155</sup>, la propiedad industrial<sup>156</sup>, la propiedad intelectual<sup>157</sup>, etc.; la regulación de hidrocarburos<sup>158</sup> y minas<sup>159</sup>; el sector financiero y bancario<sup>160</sup>; sector

<sup>152</sup> STOBER, Rolf, “Derecho Administrativo Económico”, Traducido y anotado por Santiago González-Varas Ibáñez, Ministerio para las Administraciones Públicas, Colección Estudios, Madrid, 1992. p.44.

<sup>153</sup> Véase artículos 55 y 115, entre otros, sobre la protección y el reconocimiento del derecho a la propiedad.

<sup>154</sup> Véase artículo 115 de la Constitución, artículo 1 de la Ley para la Regularización y Control de Arrendamientos de Vivienda (Gaceta Oficial N° 6.053 Extraordinaria de fecha 12 de noviembre de 2011) y Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial (Gaceta Oficial Nro. 40.418 del 23 de mayo de 2014).

<sup>155</sup> Véase artículos 305, 306, 307 y 307 de la Constitución sobre el desarrollo rural integral, el fomento de la actividad agrícola y la prohibición del latifundio.

<sup>156</sup> Véase artículo 112 de la Constitución.

<sup>157</sup> Véase artículo 98 de la Constitución, sobre los Derechos Culturales y Educativos, y artículo 124 sobre la protección de la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas.

<sup>158</sup> Véase artículo 302 de la Constitución, y regulación en textos legales como la Ley Orgánica de Hidrocarburos (Gaceta Oficial N° 38.493 del 4 de agosto de 2006), la Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos (Gaceta Oficial Nro. 39.173 de fecha 7 de mayo de 2009), Ley de Asignaciones Económicas Especiales Derivadas de Minas e Hidrocarburos (Gaceta Oficial Extraordinaria Nro. 5.991 de fecha 29 de julio de 2010).

<sup>159</sup> Véase artículo 12 de la Constitución, y artículo 1 de la Ley de Minas (Gaceta Oficial N° 5.382 Extraordinario del 28 de septiembre de 1999) y su Reglamento (9 de marzo de 2001).

<sup>160</sup> Véase artículo 156, numeral 11, sobre la competencia del Poder Público Nacional para la regulación de la banca central, del sistema monetario, del régimen cambiario, el sistema

de consumidor y usuario<sup>161</sup>; sanidad<sup>162</sup>; turismo<sup>163</sup>; telecomunicaciones<sup>164</sup>; servicios postales<sup>165</sup>; servicio eléctrico<sup>166</sup>, contratación pública<sup>167</sup>, inversión extranjera<sup>168</sup>, régimen tributario<sup>169</sup>, régimen monetario<sup>170</sup> y control de cambio<sup>171</sup>, entre otros.

Luego, en la segunda parte de su obra, el Dr. Aarons analiza el régimen socio-económico constitucional en Venezuela como marco de referencia esencial para formular consideraciones acerca del régimen de control cambiario, incluyendo antecedentes históricos aplicables en materia cambiaria.

Nunca antes tratado el tema en Venezuela con tanta precisión, así en la tercera parte de la obra el autor analiza los distintos aspectos del régimen de control cambiario vigente en Venezuela a partir del año 2003, incluye allí asuntos constitucionales, legales, administrativos sobre las que el control cambiario vigente ha tenido incidencias en Venezuela.

---

financiero y el mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda. Asimismo, téngase en cuenta la Ley de Instituciones del Sector Bancario (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.154 del 19 de noviembre de 2014 y posteriormente reimpresso por error material en la Gaceta Oficial N° 40.557 del 8 de diciembre de 2014).

<sup>161</sup> Véase artículo 117 de la Constitución en el que se reconocen y garantizan los derechos de consumidores y usuarios.

<sup>162</sup> Véase artículos 83 y 85 de la Constitución sobre la salud como derecho social fundamental, y de obligatoria garantía y protección por el Estado.

<sup>163</sup> Véase artículos 310, 156, numeral 23 y 178, numeral 1, de la Constitución. Igualmente téngase en cuenta artículo 1 de la Ley Orgánica de Turismo (Gaceta Oficial Extraordinaria Nro. 6.152 de fecha 18 de noviembre de 2014).

<sup>164</sup> Véase artículo 156, numeral 28 de la Constitución, y artículo 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010).

<sup>165</sup> Véase artículo 156, numeral 28 de la Constitución, y Ley de Correos (Gaceta Oficial N° 25.841 de fecha 18 de diciembre de 1958).

<sup>166</sup> Véase artículos 156, numeral 29, y 178, numeral 6, de la Constitución. Asimismo, véase artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico (Gaceta Oficial N° 39.573 del 14 de diciembre de 2010).

<sup>167</sup> Véase artículos 151, 113, 127 y 314 de la Constitución, y artículo 1 de la Ley de Contrataciones Públicas (Gaceta Oficial Extraordinaria Nro. 6154 de fecha 19 de noviembre de 2014) y su Reglamento (Gaceta Oficial N° 39.181 del 19 de mayo de 2009).

<sup>168</sup> Véase artículo 302 en concordancia con artículo 112 de la Constitución; y Ley de Inversiones Extranjeras (Gaceta Oficial N° 6.152 del 18 de noviembre de 2014).

<sup>169</sup> Véase artículos 316 y 317 de la Constitución.

<sup>170</sup> Véase artículos 318 y 319 de la Constitución.

<sup>171</sup> Véase artículo 50 de la Constitución, y artículo 1 de la Ley del Régimen Cambiario y sus Lícitos publicada en la Gaceta Oficial N° 6.126 Extraordinario del 19 de febrero de 2014).

Tengamos en cuenta que el sistema cambiario venezolano, manifestación clara de las relaciones entre derecho y economía, encuentra soporte, fundamentalmente, en la Constitución y en la Ley del Banco Central de Venezuela<sup>172</sup>. Ciertamente el artículo 318 de la Constitución establece que “*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 [...]*” y que a tales fines “*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*” (resaltado nuestro). De esa manera, el citado artículo 318 estableció el marco operativo sobre los cuales desarrolla sus funciones el Banco Central de Venezuela y la atribución exclusiva a dicho ente de las competencias en materia monetaria atribuidas al Poder Público Nacional y, dentro de las funciones asignadas al Banco, le asignó la de participar en el diseño y la ejecución de la política cambiaria.

En Venezuela, el principio general en materia de convertibilidad externa de la moneda es el de la *libre convertibilidad*. Dicho principio se halla establecido en el artículo 121 de la Ley del Banco Central de Venezuela en los siguientes términos: “*Las monedas y los billetes de curso legal serán libremente convertibles al portador y a la vista, y su pago será efectuado por el Banco Central de Venezuela mediante cheques, giros o transferencias sobre fondos depositados en bancos de primera clase del exterior en moneda extranjera, de los cuales se puede disponer libremente*”.

Sin embargo, existe la posibilidad de que este régimen pueda ser regulado; así, en desarrollo del artículo 318 de la Constitución, el artículo 34 de la Ley del Banco Central de Venezuela establece que “*el diseño del régimen cambiario será regulado por medio de los correspondientes convenios cambiarios que acuerden el Ejecutivo Nacional, a través del Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de finanzas y el Banco Central de Venezuela, por intermedio de su Presidente o Presidenta*”. De tal manera que la *libre convertibilidad*

<sup>172</sup> Gaceta Oficial Nro. 6.155 extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2014.

*externa* puede ser regulada y esta regulación se materializa en los convenios cambiarios que se celebren entre el Ejecutivo nacional y el Banco Central de Venezuela.

La Ley del Banco Central de Venezuela regula, asimismo, el contenido de los convenios cambiarios. En ese sentido, el artículo 122 de dicho instrumento legal establece que el Banco Central regulará, en los términos que convenga con el Ejecutivo Nacional “*la negociación y el comercio de divisas en el país; las transferencias o traslados de fondos, tanto en moneda nacional como en divisas, del país hacia el exterior o desde el exterior hacia el país, así como los convenios internacionales de pago*”, así como establecer los requisitos, condiciones y procedimientos para tales operaciones. A su vez, se dispone que en los convenios deberán preverse los márgenes de utilidad que podrán obtener, tanto el Banco Central como los bancos e instituciones financieras que participen en la compraventa de divisas (art. 111) y que en ellos el Ejecutivo y el Banco Central “*podrán establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional cuando se considere necesario para su estabilidad, así como para la continuidad de los pagos internacionales del país o para contrarrestar movimientos inconvenientes de capital*”(art. 112)<sup>173</sup>.

Ninguno de los temas desarrollados por el Dr. Aarons en esta obra son de menor importancia. Tengamos en consideración que, como lo dice el autor del libro que en esta oportunidad se presenta en esta Academia, la libre convertibilidad externa de la moneda es una manifestación de la libertad de cambio, que es el derecho de toda persona a adquirir moneda extranjera mediante el pago con moneda de curso legal, así como de cambiar la moneda extranjera en moneda nacional y que esa libertad de cambio cuando es disminuida o limitada por virtud del control de cambios afecta los derechos constitucionales a la libertad de circulación de personas y bienes (art. 50, Constitución), el cual comprende la libertad cambiaria. El control de cambio afecta también

---

<sup>173</sup> En este mismo documento, en el epígrafe intitulado “Consideraciones acerca de la constitucionalidad del nuevo régimen de control de cambios” se hacen algunas consideraciones sobre la constitucionalidad del artículo 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela y del régimen de control de cambios derivado de los Convenios Cambiarios Nos. 1 y 2.

la libertad económica (art. 112, Constitución), la cual permite el desarrollo actividades económicas que requieran o estén relacionadas con el comercio de divisas e incide también en el derecho de propiedad (art. 115, Constitución), al restringir la disposición y el comercio de divisas.

Contemporáneamente, el principio de convertibilidad se reduce a la *convertibilidad externa* de la moneda, lo que implica la posibilidad de que la moneda nacional pueda ser intercambiada por divisas o monedas extranjeras. Desde esta perspectiva, la *convertibilidad externa* es el principio, y el cambio es el instrumento a través del cual se materializa dicho principio. Así, en la actualidad, la *libre convertibilidad externa*, como regla general implica la posibilidad de que cualquier persona pueda cambiar libremente sus monedas por divisas extranjeras y las limitaciones a la *libre convertibilidad externa* se hacen efectivas a través del *control de cambio*, como excepción o limitación temporal de esa libre convertibilidad.

En efecto, el control de cambio tiende a impedir la libre convertibilidad externa de la moneda nacional. Los gobiernos establecen controles de cambio en situaciones coyunturales para impedir el encarecimiento de precios que resultaría de una devaluación; para restringir la entrada de inversiones extranjeras; para evitar la fuga de capitales al exterior y, en la mayoría de los casos, para ejercer una discriminación de algún tipo sobre las importaciones.

En términos generales, el control de cambio es una política adoptada conjuntamente por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela, actuando como autoridad monetaria, para controlar la compra y venta de moneda extranjera. Dicha política se materializa a través de la centralización de la compra y venta de divisas en un ente (en este caso, el Banco Central de Venezuela) y la imposición de controles para su intercambio, los cuales pueden consistir en la determinación del tipo de cambio obligatorio, del volumen de divisas transadas o a través de un sistema mixto que involucre el uso de ambas figuras. Cabe destacar, las limitaciones que en determinado país se utilicen para regular la libre convertibilidad de la moneda local en divisa deben estar sujetos a los principios que informan la intervención del Estado en la economía -por ser aquella una forma de esta- so pena de distorsionar la economía de un país; especialmente si importa la mayor parte de los bienes y

servicios que su población consume, como es el caso de Venezuela<sup>174</sup>. En este sentido, el control de cambio debe ser una limitación temporal y proporcional de la libertad cambiaria, y debe atender al principio de *favor libertatis* de modo que no se vulnere o desnaturalice, por la intensidad desmesurada de los controles de cambio establecidos, la libertad económica<sup>175</sup>.

Finalmente, en la Cuarta Parte, el autor se refiere a la posibilidad de diseñar modelos de predicción para determinar el eventual impacto de las disposiciones normativas sobre el crecimiento económico. Todo ello se ha hecho con precisión científica y con un manejo bibliográfico abundante y de pensamiento universal. Es interesante leer en la obra del Dr. Fred Aarons los aspectos más característicos de los diferentes regímenes de control cambiario aplicados en Venezuela durante su historia contemporánea, con especial énfasis en aquel vigente a partir del año 2003 y a través de un análisis deductivo, determina la incidencia de los controles de cambios recientes en la actividad económica y en el desarrollo económico. En esta materia, en muchas otras también, ha habido en Venezuela una abundante, colapsada, desordenada, las más de las veces imprecisa y deficiente legislación, lo que incrementa la utilidad de esta obra que he tenido el privilegio de prologar.

De forma que, de nuevo, en nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, felicitamos al autor de este libro que hoy pasa a formar parte importante de la doctrina jurídica del País.

Señoras y señores.

---

<sup>174</sup> MONTEVERDE, Iribarren, “Compra-venta de divisas en Venezuela aspectos históricos y estructurales”, Conferencia dictada por el Dr. Henrique Iribarren Monteverde en las XVII Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo.

<sup>175</sup> HERNÁNDEZ, José I., “Control de cambio y libertad económica”, en CASAL, Jesús María y SUÁREZ, Jorge Luis (coordinadores), “La libertad económica en Venezuela: Balance de una década (1999-2009)”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.



**PALABRAS DEL AUTOR  
DR. FRED AARONS P.**

La caracterización de la modernidad como un “tiempo líquido” es uno de los mayores aciertos de la sociología contemporánea.

La expresión formulada por Zygmunt Baum hace referencia al tránsito de una modernidad “sólida”, - es decir, estable, repetitiva – a una “líquida” – flexible, voluble – en la que las estructuras sociales ya no perduran el tiempo necesario para solidificarse y no sirven como marco de referencia para la acción humana.

Según Thomas Humphrey Marshall, “la demanda de derechos políticos, es decir del derecho a desempeñar un papel sustancial en la creación de las leyes, fue en buena lógica el paso siguiente, pues una vez conquistados los derechos personales era necesario defenderlos; de lo dicho, puede concluirse que los dos grupos de derechos, personales y políticos, sólo podrían ser reivindicados, conquistados y consolidados juntos, por lo cual difícilmente podrían obtenerse y disfrutarse por separado. Entre ambos tipos de derechos parece existir una dependencia circular. La protección de las personas y la seguridad de sus propiedades son condiciones indispensables para que éstas sean capaces de luchar con eficiencia por el derecho a la participación política, pero no pueden contar con bases sólidas y razonablemente duraderas a menos que la forma de las leyes vinculantes dependa de sus beneficiarios”.

Las contribuciones que hemos formulado para el crecimiento económico, tomando en cuenta las experiencias del control cambiario en Venezuela, no son ajenas a un ambiente de incertidumbre. Nuestro análisis considera el manejo del dinero y de las crisis cambiarias y monetarias, tomando en cuenta un factor común determinado en la confianza en el valor del dinero, así como en la confianza de que el Estado adoptará las medidas monetarias para preservar la responsabilidad fiscal, con el fin último de evitar cualquier crisis.

Crisis es sinónimo de incertidumbre – de tiempos líquidos – para los individuos y las sociedades, por ello son esenciales las respuestas que el Estado o poder público otorga a las necesidades de los gobernados, en forma de normas, instituciones, prestaciones, bienes públicos o servicios. De allí que el Derecho y la economía, como ciencias sociales que son, tienen una injerencia particular en la articulación adecuada de las políticas públicas.

Nuestro análisis, - presentado en la obra intitulada “CONTRIBUCIONES DEL DERECHO PARA EL CRECIMIENTO ECONÓMICO (Experiencias del control cambiario en Venezuela)”, - consiste en determinar si pueden las leyes y demás disposiciones normativas, que incorporen ciertas variables, promover desarrollo económico sustentable dentro de un marco regulatorio racional, y si las variables identificadas en el caso del régimen de control cambiario en Venezuela a partir del año 2003, permiten extrapolar un modelo para determinar qué disposiciones normativas son económicamente eficientes y predecir cuáles deberían ser promulgadas.

En el desarrollo de nuestra obra analizamos la naturaleza legal del régimen cambiario vigente en Venezuela desde el año 2003; los vínculos entre la economía y el Derecho para establecer políticas públicas dirigidas a promover un marco legal razonable que permita la actividad económica; las particularidades que afectan la contratación de bienes y servicios en una economía matizada por distorsiones monetarias relevantes en la que no hay mecanismos objetivos para determinar los costos reales, - y en consecuencia, los precios justos -; los efectos que pudiera tener un régimen legal en la actividad económica de un país y cómo pudiera afectar su desarrollo sustentable.

En una economía moralmente aceptable debe haber intervenciones bien dirigidas para asegurar que posea un nivel satisfactorio de dinamismo e intervenciones suficientes para asegurar un nivel satisfactorio de inclusión. Las políticas públicas adoptadas en asuntos cambiarios tendrían una incidencia importante en los precios internos y en una amplia gama de aspectos que determinan la actividad económica de una nación, incluido el crecimiento económico. De allí que nos interese determinar la incidencia del Derecho y de las relaciones jurídicas que

surgen en la sociedad con la moneda, el régimen cambiario y el desarrollo económico en dicha sociedad.

En el mañana de hoy, formularemos consideraciones en relación con ciertos aspectos que estimamos relevantes: en particular, (1) la función económico-jurídica de la moneda; (2) la función de los bancos centrales; (3) lo relativo al control cambiario, su naturaleza, y el régimen socio-económico establecido en la Constitución del año 1999 y su repercusión en los negocios jurídicos patrimoniales; (4) las implicaciones del análisis económico del Derecho; (5) la interrelación entre la economía y la democracia; (6) la función del Derecho; y (7) la necesidad de establecer una visión integral acerca del problema cambiario.

## **1. EN CUANTO A LA FUNCIÓN ECONÓMICO-JURÍDICA DE LA MONEDA:**

La moneda tiene una función económico-jurídica de trascendental importancia en el momento del vencimiento de las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero. Es entonces cuando la moneda representa un medio de liberación del compromiso asumido, por cuanto la obligación en dinero tiene por finalidad lograr que el deudor entregue al acreedor una determinada o determinable cantidad del signo monetario estipulado según la validez que tenga el día en que se efectúa el pago.

En Venezuela se han producido cinco (5) diferentes controles cambiarios, a saber: en el año 1940, entre 1960 y 1964, a partir del año 1983 hasta 1989, en el año 1994 y siguientes, y el vigente a partir del año 2003, siendo éste el de mayor permanencia en el tiempo.

Un régimen de control cambiario significa la intervención restrictiva y transitoria del Estado en la compra y venta de divisas con el fin de readecuar coyunturas adversas que puedan evidenciarse en la economía de un país. Históricamente, la aplicación de regímenes de control cambiario en Venezuela ha estado signada con la intención de (i) reducir la fuga de divisas; (ii) limitar las importaciones; (iii) promover la actividad productiva nacional; y (iv) reducir la inflación. Sin embargo, los resultados han sido consistentemente contradictorios y adversos, puesto que las deficiencias estructurales de la economía venezolana no han

sido superadas y los niveles de corrupción, así como la existencia de mercados segmentados con base en privilegios y mercados paralelos, han sido reiterados en el tiempo.

## **2. EN RELACIÓN CON LAS FUNCIONES DE LOS BANCOS CENTRALES:**

En el Convenio Cambiario No. 1 suscrito entre el Ministerio de Hacienda y el Banco Central de Venezuela (“BCV”), de fecha 5 de febrero de 2003, se estableció un régimen excepcional que restringe la convertibilidad y transferibilidad de las divisas.

Como consecuencia, el BCV ha centralizado la compra y venta de divisas en el país, de conformidad con los términos que se han establecido en diversos convenios cambiarios y en los innumerables actos normativos que los han desarrollado.

Los bancos centrales se caracterizan por tener una función esencial e importante en la determinación de políticas económica y financiera de su respectiva nación. Independientemente de su orientación, ideología o el nivel de desarrollo de la nación en la que cumple funciones, el banco central de cada nación debe influenciar de manera determinante las condiciones generales de crédito y monetarias del país.

Los bancos centrales al tener el poder para promover el crédito y crear dinero, además de tener una función determinante para su gestión de regulador de la política monetaria, sirven como estabilizadores para prevenir crisis financieras con efectos adversos en la economía. Por ello, los bancos centrales tienen una clara y evidente responsabilidad por el comportamiento de la inflación.

Las funciones de los bancos centrales se habrán alcanzado cuando la implementación de la política monetaria, así como otras políticas gubernamentales, sea ejecutada de manera fluida para permitir que la actividad económica y su financiamiento puedan ejecutarse de acuerdo a parámetros debidamente fundamentados. En Venezuela, el BCV es la persona jurídica de Derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia, que incluye la política monetaria, la política cambiaria, la regulación de la moneda, el crédito y las tasas de interés, la administración de las reservas internacionales,

entre otras relevantes. El carácter autónomo de la gestión del BCV ha sido un tema de reiterada reflexión y discusión como práctica de política pública sana. Sin embargo, la tendencia progresiva ha sido la eliminación fáctica de la referida autonomía, sometiendo su gestión a los designios establecidos por el Ejecutivo Nacional, lo cual elimina la posibilidad cierta de disponer oportunamente de contrapesos en la configuración y ejecución de políticas públicas relativas al sistema monetario nacional.

### **3. EN RELACIÓN CON EL CONTROL CAMBIARIO, SU NATURALEZA, EL RÉGIMEN SOCIO-ECONÓMICO ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN DEL AÑO 1999 Y SU REPERCUSIÓN EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS PATRIMONIALES:**

El control cambiario vigente tiene su origen en el artículo 124, previamente artículo 112, de la Ley del BCV, el cual establece textualmente lo siguiente:

“Artículo 124. Los convenios cambiarios que celebren el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela regularán todo lo correspondiente al sistema cambiario del país. Éstos podrán establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional cuando se considere necesario para su estabilidad, así como para la continuidad de los pagos internacionales del país o para contrarrestar movimientos inconvenientes de capital”.

Desde la entrada en vigencia del régimen de control cambiario de 2003 y hasta la presente fecha, el Ejecutivo Nacional y el BCV han celebrado treinta y ocho (38) Convenios Cambiarios.

Independientemente del alcance que las restricciones de inconvertibilidad e intransferibilidad de la moneda hayan alcanzado según los términos del régimen de control cambiario, el artículo 128 de la Ley del BCV, relativo a la permisibilidad de estipular divisas como moneda de pago, ha permanecido vigente, por lo que con ello se confirma que el bolívar no es una moneda de curso forzoso, permitiendo de suyo que los particulares pacten contractualmente el pago de obligaciones en

monedas extranjeras o “divisas”. Entonces, los particulares no tienen prohibido efectuar válidamente negocios jurídicos de efectos patrimoniales que pudieran tener como resultado implícito la obtención de divisas en jurisdicción extranjera, en la medida que los activos y obligaciones que puedan ser liquidados en moneda extranjera, relacionados con tales negocios jurídicos, no estén incluidos por el BCV en la definición de “divisas” establecida según el régimen de control de cambio vigente y que los negocios jurídicos sean efectuados por lo que respecta a la jurisdicción venezolana de conformidad con su ordenamiento jurídico.

En el supuesto negado que se estableciera una prohibición absoluta para la realización de estos negocios jurídicos de efectos patrimoniales, la misma sería impuesta en contravención del régimen socio-económico aplicable en la República Bolivariana de Venezuela y de los derechos constitucionales de propiedad y libre traslado de bienes, consagrados en los artículos 112, 115, y 50, respectivamente, de la Constitución vigente.

La pertinencia normativa de los negocios jurídicos antes referidos y sus efectos debe ser determinada de manera objetiva y caso por caso, mediante la verificación específica de sus circunstancias y características particulares. De allí la importancia de que se disponga de la certeza jurídica necesaria para no desvirtuar la estructura contractual civil y mercantil existente.

#### **4. EN RELACIÓN CON EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO:**

Asumiendo que el Derecho tiene como función facilitar el funcionamiento de los mercados, el propósito del análisis económico del Derecho es promover mediante normas y disposiciones contractuales un comportamiento eficiente de los agentes económicos. Primeramente, esta corriente de pensamiento surge como una alternativa que toma en consideración, además de la oferta y la demanda, los costos de operación de la demanda y el intercambio de bienes y servicios fuera de 6 condiciones de equilibrio y en ciertas circunstancias con desconocimiento de los precios que emplean otros agentes en el intercambio de sus bienes y servicios.

La primera expresión del análisis económico del Derecho se dedica a plantear la aplicación de la teoría económica a áreas de la vida social en las que el comportamiento de los sujetos tiene lugar en el mercado de bienes y servicios, como es el caso del Derecho de la competencia, el Derecho tributario o el Derecho de los servicios públicos.

Posteriormente, se extiende a otras áreas como el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual, el Derecho de los contratos, el Derecho penal o el Derecho administrativo. Tal concepción de análisis se extendió a otras áreas para explicar la incidencia de las normas jurídicas en el comportamiento humano, como la teoría neoinstitucional o la economía de la conducta.

Gary Becker, por su parte, contribuye con la segunda etapa del análisis económico de Derecho al proporcionar las bases para el análisis económico de las normas jurídicas penales y su repercusión en la prevención general y especial de las conductas indeseadas. La importancia de su estudio radica en la explicación proporcionada en relación con el comportamiento no relacionado con el mercado, sin abandonar el supuesto de la racionalidad de las personas en esas esferas de la vida humana, entendiéndolas a éstas como maximizadoras de su utilidad también en campos no relacionados con el mercado.

Esta segunda etapa del análisis económico del Derecho es influenciada de forma determinante desde la perspectiva del Derecho por Richard Posner, quien intentó explicar a partir de la eficiencia el comportamiento humano y la incidencia de las normas jurídicas en éste. La tendencia de Posner está fundamentada básicamente en el análisis económico positivo del Derecho, que pretende explicar las interacciones reales entre sujetos y normas, sin supuestas pretensiones normativas.

El análisis económico del Derecho se ha basado exclusivamente en el modelo de la elección racional del sujeto, planteamiento éste que a decir de algunos ha ignorado el rol asumido por las normas sociales en el comportamiento individual. Es decir, la incorporación del modelo de las normas sociales al análisis económico del Derecho permitiría reconciliar la racionalidad con los planteamientos teóricos formulados por los promotores de la economía de la conducta, que toman en consideración aspectos psicológicos en la formulación de una ciencia del Derecho y el comportamiento.



En resumen, el análisis económico del Derecho como tendencia de relación entre el Derecho y la economía se basa en tres postulados esenciales, a saber:

### **A. Racionalidad**

La racionalidad, aplicada en el supuesto que las preferencias de los individuos apelen al llamado “buen sentido de las cosas”.

### **B. Eficiencia**

La eficiencia, según la economía clásica, es el principal instrumento para evaluar y comparar las decisiones económicas. La eficiencia produce eventualmente el nivel máximo posible de beneficio por lo que en ese nivel se realiza la actividad con el menor costo. De allí, se refiere a la eficiencia de Pareto, con el fin de determinar combinaciones de variables o recursos eficientes u óptimos.

La eficiencia pudiese estar en contraposición con la noción de la justicia, en la medida que la eficiencia no esté apegada a un criterio moral. Sin embargo, la adecuada asignación de bienes y servicios de manera que se maximice su utilidad deberá tender a promover la justicia y, en consecuencia, criterios morales respetados en una sociedad.

### **C. Normas jurídicas como precios**

Donde los precios que establecen las normas equivalen a sanciones penales, multas, indemnizaciones con una connotación negativa, que pueden ser asimilables a precios. Por argumento en contrario, en sentido positivo, las normas como precios, equivalen a incentivos aplicados mediante subsidios o beneficios a favor de los actores en sociedad. En consecuencia, las normas se constituyen en factores promotores o atenuantes para la determinación de preferencias asumidas por dichos actores.

Entendemos que el análisis económico del Derecho se deslustra de una concepción formalista del Derecho. Sin embargo, estimamos que dicha aproximación de la economía a través del Derecho no sería

completa, si además de considerar la racionalidad, la eficiencia y los incentivos y sanciones propuestos a través de las normas, no se proporciona certeza o certidumbre a los actores de una sociedad, mediante las acciones institucionales promovidas por el Estado. Entonces, en la medida en que las acciones de racionalidad y eficiencia sean adoptadas en un contexto de certeza o certidumbre, los criterios de justicia y moralidad tenderán a estar alineados con la eficiencia y en consecuencia a favor del mayor beneficio o utilidad de los ciudadanos en la sociedad en que se desenvuelvan.

Esa noción de certeza o certidumbre se constituye en un elemento determinado según el ámbito socio-político en el que la sociedad opera. Por ello, el contexto político, aunado a los criterios morales o de justicia imperantes en una sociedad, contribuye a completar las variables socio-económicas sobre las cuales incide el Derecho. Todo ello sin olvidar que la justicia debe estar apegada a la moralidad de manera de evitar desviaciones al amparo de la justicia.

## **5. EN RELACIÓN CON LA INTERRELACIÓN ENTRE LA ECONOMÍA Y LA DEMOCRACIA:**

En cuanto a la interrelación entre la economía y la democracia, ésta está basada en el adecuado entendimiento de democracia, no como un sistema meramente participativo, sino como un conducto para promover los derechos ciudadanos de forma que se active la participación ciudadana desde una perspectiva civil, política y social. Es decir, la noción de democracia debe ser entendida bajo una perspectiva amplia a favor de los derechos humanos en su doble dimensión de derechos civiles y políticos, que garantizan la autonomía individual frente al poder del Estado.

La noción amplia de democracia conlleva entonces al reconocimiento de la igualdad jurídica de las personas, así como la extensión de la ciudadanía social, entendida ésta como mecanismos dirigidos a promover medidas sociales redistributivas que compensan la desigualdad reproducida y generada por las fuerzas del mercado, así como la mejor distribución del ingreso.

Si por políticas públicas podemos entender las respuestas que el Estado o poder público otorga a las necesidades de los gobernados, en forma de normas, instituciones, prestaciones, bienes públicos o servicios, entonces el Derecho y la economía, como ciencias sociales que son, tienen una injerencia particular en la articulación adecuada de dichas políticas públicas.

Tales políticas públicas no deben limitarse a un análisis económico, o dicho de otro modo, de la asignación racional de los recursos públicos, sino la incorporación de factores o variables relacionadas con la preservación institucional, la aceptación y el apoyo social, así como la idoneidad organizativa, gerencial y operativa de los organismos y personal encargado de llevar adelante tales actividades. Entendemos que ese es uno de los retos fundamentales de la sociedad y por ello el interés de promover métodos de predicción para que la implantación de dichas políticas sea integral, eficiente y con resultados positivos para la población en general y, en consecuencia, para la mayor porción posible de los individuos que la conformen. Con base en lo anterior, las políticas públicas conforman un conjunto de acciones estructuradas, estables, sistemáticas, con apego a la legalidad, que representan el modo como el gobierno de turno ejecuta con base en la razón de manera sostenida las funciones públicas encomendadas con el fin de otorgar debida atención a los problemas públicos.

Cabe resaltar que el gobernante tiene usualmente dos limitaciones fundamentales que deberían incitarle a promover políticas públicas eficientes, transparentes, a saber: (i) el grado de competencia política frente a sus rivales y a otros Estados, y (ii) las limitaciones impuestas por los costos de transacción. De allí la importancia de promover un funcionamiento estatal y social amparado por la institucionalidad y la certeza en la ejecución de las políticas públicas traducidas objetivamente en leyes.

## **6. EN RELACIÓN CON LA FUNCIÓN DEL DERECHO:**

El Derecho tiene una función social relevante, no solo para analizar incidencias de índole constitucional, histórica, contractual, administrativa, jurisdiccional, regulatoria y sancionatoria, entre otras, sino

también para ponderar adecuadamente variables que contemplen criterios institucionales, de políticas públicas, económicos, sociales y éticos.

Las leyes y demás disposiciones normativas deben ser conformadas con una visión integral, con el propósito de establecer un marco regulatorio racional que tome en consideración las variables antes indicadas. Al lograrse dicho propósito, la interrelación entre el Derecho y la economía se incrementa positivamente, y las políticas públicas resultantes de dicha interrelación se materializan mediante elementos objetivos. Todo ello permite la configuración de disposiciones normativas que atiendan las expectativas racionales de la población y que satisfagan sus necesidades esenciales.

En la medida en que la aplicación del Derecho alcance semejante perspectiva, en esa medida será más eficiente su conceptualización e implementación. Una adecuada interrelación, no solo con la economía sino con otras ciencias sociales facilita la contribución del Derecho en el crecimiento económico y el desarrollo integral de la sociedad objetivo.

A partir de las consideraciones anteriores, resulta propicio resaltar de manera especial la propuesta que hemos configurado en esta obra, mediante el Modelo de Predicción de Impacto de Normas en el Crecimiento Económico.

Para ello, debemos de mantener presente que la institucionalidad se configura como un elemento esencial para promover desarrollo mediante la preservación de un entorno favorable para promover las inversiones mínimas necesarias que permitan asegurar los niveles de crecimiento económico aspirados en los países en desarrollo.

El modelo en cuestión pretende establecer una referencia objetiva, considerando los potenciales efectos que puede tener una normativa, mediante la medición de una serie de variables, que toman en consideración diferentes aspectos vinculantes para el desarrollo de una nación. El mismo contempla:

- A. Variables institucionales;
- B. Variables de políticas públicas;
- C. Variables económicas;
- D. Variables sociales; y
- E. Variables éticas.

El modelo que hemos identificado como “Modelo PRINCE”, busca proporcionar una herramienta para promover políticas públicas de efectos positivos, o en su defecto, precaver fallas reiteradas en la configuración de disposiciones legales que han provocado desaciertos previsibles en su implementación, con el consecuente resultado adverso para la población.

Con el fin de procurar un resultado que refleje un análisis cualitativo de las variables antes descritas, el Modelo PRINCE, partiendo de un esquema de investigación social cualitativo, permite determinar la contribución del Derecho, por intermedio de la norma objeto de análisis, en la actividad económica, como un proceso integral que tiene incidencia directa en el crecimiento económico de una nación y en su nivel de desarrollo relativo.

No se trata de sustentar que el Derecho es el único determinante en el crecimiento económico de un país, sino más bien reforzar la noción acerca de la importancia de tomar en consideración diversas variables esenciales para el desenvolvimiento adecuado de una sociedad, que promueva los preceptos de libertad, justicia, igualdad, solidaridad, democracia, responsabilidad social, derechos humanos, y pluralismo político que, en nuestro caso, consagra la Constitución Bolivariana.

## **7. EN RELACIÓN CON LA NECESIDAD DE ESTABLECER UNA VISIÓN INTEGRAL ACERCA DEL PROBLEMA CAMBIARIO:**

La estabilidad cambiaria en general está signada por una visión integral del problema y ello no es una excepción en Venezuela. La política cambiaria más que una causa representa toda una consecuencia de un conjunto de políticas públicas en las que destacan la racionalización y disciplina, la política monetaria y la política fiscal gubernamental, además de una estrategia que contemple el adecuado relacionamiento entre el sector público y el sector privado.

Desde la perspectiva legal, la promoción de la estabilidad cambiaria en Venezuela debe conllevar una visión de largo plazo del desarrollo socio-económico en medio de disposiciones legales racionales, en función de la asignación eficiente de bienes para maximizar beneficios a

favor de la mayoría de la sociedad, con sanciones razonables en función de la promoción de la institucionalidad y la seguridad jurídica.

Tal aproximación es particularmente relevante si el Derecho se configura con base en la certeza de que el ser humano tiene condiciones para identificar aquellos actos que promueven el progreso de una sociedad y aquellos que contribuyen a su desintegración.

Si bien el Estado debe disponer de las facultades necesarias para adoptar medidas extraordinarias dirigidas a restablecer el orden monetario y mitigar las distorsiones en el valor de la moneda de curso legal, entre otros aspectos macroeconómicos relevantes, estas facultades deben ser limitadas en el tiempo, y ser sometidas a controles institucionales para asegurar que no se transformen en medidas de exclusivo control político. Tratándose de un régimen de excepción desde toda perspectiva, la inconvertibilidad e intransferibilidad de la moneda de curso legal debe ser producto de un régimen de control cambiario sometido a la interpretación legal restrictiva, dentro de un delimitado tiempo y ámbito de aplicación. De allí que los controles legislativo y jurisdiccional sean determinantes para asegurar su adecuada implementación en los ámbitos jurídicos y económicos que se encuentren alterados durante su vigencia. Tales controles institucionales son fundamentales en un sistema jurídico-institucional basado en el principio de separación de los poderes públicos y en la responsabilidad indemnizatoria del Estado. Los asuntos relativos al alcance de los regímenes de control cambiario no deben ser exceptuados de tales controles, en favor del normal funcionamiento de la sociedad y de la preservación de la calidad de vida de sus integrantes.

Aspiro que estos temas y otros contenidos en la obra que hoy presento sirvan para promover la discusión académica y el análisis necesario para incentivar disposiciones normativas que contribuyan a procurar la ruta del crecimiento económico en naciones que puedan hacer uso de un marco jurídico e institucional gestor de políticas públicas eficientes, racionales y sostenibles en el tiempo, para aumentar la calidad de vida de su población. Al respecto, aún faltan por realizar suficientes esfuerzos colectivos para alcanzar soluciones concretas.

Deseo agradecer a ustedes por la atención prestada, y de forma muy particular a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y quienes

la integran, a su Presidente, Dr. Gabriel Ruan Santos; a su Segundo Vicepresidente, Dr. Julio Rodríguez Berrizbeitia; a los demás integrantes de su junta directiva, al igual que al Dr. Eugenio Hernández-Bretón, ex presidente de esta institución. Mención aparte merece el Dr. Rafael Badell Madrid, quien me ha otorgado su apoyo incondicional durante el proceso de preparación de la obra que hoy presento ante ustedes.

Caracas, a los diecisiete (17) días del mes de octubre de 2017.

**I ENCUENTRO IBEROAMERICANO  
DE ACADEMIAS DE CIENCIAS MORALES,  
POLÍTICAS Y ECONÓMICAS, CONVOCADO  
POR LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS  
MORALES Y POLÍTICAS DE MADRID,  
REALIZADO, BAJO EL TÍTULO GENERAL  
"DEMOCRACIA, EDUCACIÓN Y ESTADO  
DE BIENESTAR. APORÍAS Y ALTERNATIVAS  
TRAS LA CRISIS, EN LA DOBLE PERSPECTIVA  
ÍBERO-AMERICANA" \*  
DURANTE LOS DÍAS 16, 17 Y 18  
DE OCTUBRE DE 2017.**

---

\* Los académicos Gabriel Ruan Santos y Humberto Romero-Muci, Presidente y Vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, respectivamente, representaron a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Destacaron en dicho programa los temas relativos a las causas y efectos del populismo, a la deslegitimación democrática, a la desinstitucionalización de la sociedad y a la pérdida del Estado de Derecho, a la tensión entre libertad, solidaridad y seguridad, a las políticas económicas contra la desigualdad, etcétera.



**EL SECUESTRO DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE JUSTICIA EN VENEZUELA.  
DR. GABRIEL RUAN SANTOS,  
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS  
POLÍTICAS Y SOCIALES DE VENEZUELA.**

Ante la resistencia de los jueces venezolanos a someterse a los intereses del régimen político, desde sus inicios, la llamada Revolución Socialista Bolivariana del Comandante Hugo Chávez Frías entendió que el Estado Democrático y Social de Derecho, con estructura liberal, consagrado en la Constitución de 1999 y en especial, un poder judicial imparcial e independiente significaría un obstáculo insalvable para desarrollar su proyecto político autocrático y prototalitario, razón por la cual era necesario tomar la cabeza de este poder para poder legitimar el desmontaje de las instituciones del Estado de Derecho, a través del control absoluto del Tribunal Supremo de Justicia, que a su vez tiene asignado constitucionalmente el gobierno del Poder Judicial. Comenzó la ejecución del plan con la aprobación de una ley orgánica confeccionada a la medida, para lo cual fue necesario infringir el requisito constitucional que exigía una mayoría calificada de las dos terceras partes (2/3) de los integrantes de la Asamblea Nacional, que el gobierno revolucionario no tenía en ese momento, para aprobar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia con mayoría absoluta, o sea, únicamente con la mitad más uno de los votos de los integrantes de dicha Asamblea. Esta nueva ley orgánica, permitió elevar a treinta y dos (32) los veinte (20) magistrados del tribunal, así como también elegir a los nuevos magistrados, bajo el criterio de lealtad partidista, sin cumplir con los requisitos y el procedimiento establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), lo cual fue complementado con la destitución de algunos magistrados incómodos que integraban el tribunal, por decisión de la misma Asamblea Nacional y mediante la jubilación administrativa de otros. De esta manera, el gobierno revolucionario inició el control total de todas las salas o secciones del tribunal y en especial de su Sala Constitucional, organismo que ya concentraba el mayor poder jurisdiccional entre todos los órganos del Poder Judicial.

En esta perspectiva, como lo ha dicho el jurista y académico Jesús María Casal Hernández, quien ha sido además asesor jurídico de la Asamblea Nacional, el Tribunal Supremo de Justicia “no es solamente un órgano que jamás decide en contra del Gobierno o de las instancias que políticamente lo sostienen, sino que mediante sus sentencias e interpretaciones vinculantes, es factor capital de desconstitucionalización y erosión democrática. Lo era ya por supuesto antes de 2016, pero desde entonces ha exhibido, por completo y de manera principalmente activa u ofensiva, el papel que juega dentro del sistema autoritario”.<sup>176</sup>

Para perseguir el propósito antes descrito, el gobierno revolucionario se apoyó hábilmente en el poder reconocido por el constitucionalismo contemporáneo a los tribunales o cortes constitucionales en el mundo occidental civilizado, el cual supo poner a su servicio luego de tomar el control absoluto de la instancia judicial suprema, para avanzar hacia la mayor concentración de poderes que haya habido en Venezuela y cambiar el régimen político sin necesidad de utilizar la vía de reformarla Constitución, lo cual intentó infructuosamente en el año 2007, para sustituirla eficazmente por el uso y abuso de la interpretación manipulante y distorsionante de la CRBV. La clave fundamental para iniciar este proceso fue encontrada en el propio texto constitucional.

### **ARTÍCULO 335 DE LA CRBV: LA CLAVE DEL ARCO**

Expresa esa disposición constitucional: “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes

<sup>176</sup> Casal Hernández, Jesús María; *Asamblea Nacional: conquista democrática v.s demolición autoritaria. Elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*; Abediciones, Caracas, 2017, página 17. Ver también: Canova González, Antonio; Herrera Orellana, Luis; Rodríguez Ortega, Rosa; Graterol Stefanelli, Giuseppe. *El TSJ al Servicio de la Revolución*; Editorial Galipán, Caracas, noviembre 2014.

para las otras salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

El desarrollo y desbordamiento del conjunto de poderes atribuidos en esa norma a la Sala Constitucional ha generado una virtual 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 Ejecutivo, ha concentrado una masa de competencias y prerrogativas nunca vistas en la historia nacional. Si sólo pensamos en el alcance ideal de expresiones como que el TSJ, encarnado en la Sala Constitucional, es el “máximo intérprete de la Constitución” y “las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes”, ese órgano judicial -sin origen en la voluntad popular o con un origen indirecto- tiene la capacidad de someter a los órganos elegidos directamente por el pueblo, a través del cuerpo electoral. En este orden de cosas, el poder legislativo encarnado en la Asamblea Nacional deja de ser el poder más representativo de la colectividad nacional y sus actos son despojados de la primacía que ha caracterizado a los estados democráticos liberales. De allí el empeño del partido político gobernante de controlar a ese tribunal y de politizar (ideologizar y partidizar) sus actuaciones.

En efecto, como han observado muchos expertos en derecho constitucional, el TSJ y en particular, su Sala Constitucional, que combina las competencias de una corte constitucional típica con algunas de las de una sala plena de un máximo tribunal, no se limita ni se circunscribe al ejercicio del conjunto de las facultades y competencias jurisdiccionales que le atribuye el artículo 336 de la CRBV, sino que ha desplegado desde 1999, año de promulgación de la CRBV, un proceso dinámico de desarrollo de la Constitución y de auto-atribución de competencias adicionales, que ha dado lugar a una “jurisdicción normativa” y ha completado así su papel formal como primer órgano del Estado. Este proceso puede ser fácilmente detectado con la comparación entre las competencias expresamente atribuidas a la Sala Constitucional por la CRBV y las resultantes de su fecunda y desbordante jurisprudencia.

Así, de acuerdo con el artículo 336, la Sala Constitucional tiene las atribuciones clásicas de un tribunal supremo que ejerce la jurisdicción constitucional, entendida esta última como el control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, materializada en las vías formales siguientes: declarar la nulidad total o parcial de leyes nacionales, constituciones y leyes estatales, ordenanzas municipales, actos de los cuerpos deliberantes, y en general de “los actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución”; declarar nulidad total o parcial de los actos con rango de ley del Poder Ejecutivo; declarar nulidad total o parcial de actos de cualquier órgano estatal cuando colidan con la Constitución; declarar la conformidad con la Constitución de los tratados internacionales antes de su ratificación; revisión, aún de oficio, de la constitucionalidad de los decretos presidenciales que declaren estados de excepción; declarar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas nacionales, estatales y municipales, y dictar plazos y lineamientos para su corrección; resolver colisiones de leyes; dirimir controversias inconstitucionales entre los órganos del Poder Público; revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de otros tribunales, en los términos que establezca la ley orgánica respectiva; y las demás que le atribuya la Constitución o las leyes, de conformidad con la primera. A juicio de expertos, este conjunto de atribuciones que conforman un completo control de constitucionalidad, en sus modalidades de control concentrado, control difuso, amparo constitucional, etcétera, hubieran garantizado los principios de supremacía y eficacia constitucional, dentro del cauce de la función jurisdiccional, sin el desbordamiento aludido.

No obstante lo anterior, desde la instalación de la Sala Constitucional, esta última ha venido ampliando sistemáticamente sus atribuciones, a través de su tarea interpretativa de las normas y principios de la CRBV, hasta el extremo de haber dado lugar a una “jurisdicción normativa”, creadora de nuevas potestades y procedimientos sustitutos de la actividad de los órganos de otras ramas del Poder Público. Por esta vía dicha Sala ha creado el recurso “abstracto” de interpretación constitucional; el control “incidental” y de oficio de la constitucionalidad; la creación de procedimientos judiciales o la llamada “autonomía

procesal constitucional”, sobre todo para la destitución y condena de funcionarios electivos; la competencia exclusiva de protección de intereses colectivos y difusos de trascendencia nacional; la cosa juzgada constitucional oponible a todos los órganos del Poder Público, incluido el Poder Legislativo; la extensión del efecto vinculante a las interpretaciones de las leyes que haga la Sala Constitucional; la extensión de la facultad de revisión de sentencias firmes de otras salas o de cualquier tribunal contrarias a la interpretación de la Sala Constitucional o que hayan incurrido en errores grotescos en la interpretación constitucional o hayan obviado las normas constitucionales; la avocación genérica de cualquier causa llevada por otros tribunales; la sustitución en las facultades de otros poderes, ya sean legislativas, administrativas, judiciales o de otra naturaleza. En este proceso de ampliación de atribuciones, la Sala Constitucional se ha afincado precisamente en los tres principios fundamentales comprendidos en la norma del artículo 335 de la CRBV, antes reproducido, a saber: a) garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; b) la cualidad de máximo y último intérprete de la Constitución, atribuido originalmente al Tribunal Supremo de Justicia, pero concentrado por su Sala Constitucional; y c) el efecto vinculante expansivo de todas las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, que desciende a todo el orden jurídico. La combinación de estos tres fundamentos ha permitido a la Sala Constitucional desbordar, con aparente legitimidad, los límites de la función jurisdiccional y echar mano de la discrecionalidad u opcionalidad propia del legislador ordinario y hasta del legislador constituyente.

## **UNA CONSIDERACIÓN DE DERECHO COMPARADO**

El fenómeno que se acaba de describir no es exclusivo de nuestro país, sino que –en mayor o menor medida– está presente en las características de los tribunales constitucionales de la mayoría de las naciones del mundo occidental, tales como Estados Unidos, Alemania, España Italia, Portugal, Colombia, Brasil y muchas otras. Sin embargo, podríamos decir en descargo de los países mencionados, que la nota

caracterizadora del fenómeno en Venezuela es que el desbordamiento de la función jurisdiccional por parte de la Sala Constitucional ha estado al servicio de una hegemonía política y del propósito no oculto de cambiar radicalmente el régimen político y jurídico que rige a nuestro país, orientado a construir un ordenamiento constitucional paralelo.

Es un hecho difuso en el derecho comparado lo que podríamos llamar el “supremacismo a ultranza” no sólo de los textos constitucionales sino de los tribunales encargados de interpretar sus normas y principios, que insisten a cada paso en proclamar el carácter supremo institucional y la proyección dinámica de la interpretación constitucional, como si no fuera suficiente la literalidad de los textos que afirman la supremacía. Esta concepción ha llevado naturalmente a instaurar una tendencia exorbitante de las potestades de los tribunales supremos y cortes constitucionales, con la interferencia en las funciones de los órganos pertenecientes a las demás ramas del Poder Público, lo que en sus inicios fue calificado como una colaboración en los fines comunes del Estado, signo de atenuación del principio de la separación de dichas ramas. De la interferencia se pasó abiertamente al “activismo judicial”, movimiento en el cual los tribunales supremos asumen implícitamente funciones de otros poderes, con la finalidad de “garantizar” los fines de la actividad jurisdiccional y para asegurar el cumplimiento cabal de sus determinaciones. Arribándose, finalmente, a lo que los tratadistas del derecho constitucional han llamado el “legislador positivo”, queriendo significar el fenómeno que cualifica modernamente las interferencias y sustituciones de los tribunales constitucionales en la función legislativa o en la función de gobierno, para garantizar la supremacía y efectividad de la Constitución, ya que en esta hipótesis las sentencias de la jurisdicción constitucional generan verdaderas normas o reglas de general acatamiento, aunque con carácter temporal o transitorio hasta tanto el órgano competente ponga en vigor la nueva interpretación con los propios actos de su función; en contraposición con el “legislador negativo”, del cual nos hablaba en el pasado el jurista austríaco Hans Kelsen, para referirse al papel que asumía el tribunal supremo o constitucional cuando sentenciaba la nulidad de cualquier acto legislativo de efectos generales, con efectos extintivos, como respuesta jurisdiccional al ejercicio de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad de una ley.

A pesar del riesgo inherente al fenómeno mencionado, los tratadistas han querido poner límites a las tendencias “intrusistas” del “legislador positivo”, al advertir que también los tribunales constitucionales deben someterse a la Constitución y a las funciones que ella establece para cada una de las ramas del Poder Público (art. 137 de la CRBV). Así, el jurista y académico venezolano Allan R. Brewer Carías ha sostenido: “En todos los sistemas, en todo caso, el principio básico que se puede identificar es que los jueces constitucionales, al cumplir su papel, siempre tienen que estar subordinados a la Constitución, sin que puedan invadir el campo del legislador o el del poder constituyente. Lo contrario equivaldría, como lo ha afirmado Sandra Morelli, a desarrollar un *totalitarismo judicial irresponsable*, el cual por supuesto forma parte del capítulo de la patología del control de constitucionalidad. Es decir, los jueces constitucionales pueden ayudar al legislador a llevar a cabo sus funciones; sin embargo, no pueden sustituirlo ni promulgar leyes, ni poseen base política discrecional alguna que no puedan ser deducidas de la Constitución misma... como sostienen Richard Kay y Laurence Claus, los mismos no pueden elaborar ni crear leyes *ex novo*, que sean producto *de su propia concepción*, ni adoptar *reformas* respecto de leyes que han sido concebidas por otros actores legislativos”.<sup>177</sup>

El fenómeno antes descrito ha hecho que la doctrina se haya planteado la cuestión de “¿quién custodia al custodio de la Constitución?” y se han buscado respuestas a este dilema en la llamada “*legitimidad democrática*” de la actuación de los tribunales constitucionales. El también jurista y académico venezolano Román Duque Corredor ha sostenido que existe un *riesgo democrático* en esa actuación, “...por lo que la legitimidad democrática debe ser también el límite del *superpoder* de los tribunales constitucionales”. En especial, se refiere Duque Corredor, con apoyo en doctrina extranjera, al supuesto: “Cuando esa legitimidad material y principista no es respetada por los tribunales constitucionales, tanto cuando se incumplen las condiciones que garantizan la idoneidad en la elección de los jueces, como cuando estos tribunales desconocen

<sup>177</sup> Allan R. Brewer Carías, *Los Tribunales Constitucionales como Legisladores Positivos. Una Aproximación Comparativa*. Prólogo a la obra de Daniela Urosa Maggi, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Legislador Positivo*; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 96, Caracas 2011, páginas 14 y 15.



los derechos de las minorías o restringen, mediante interpretaciones interesadas, el contenido esencial de los derechos fundamentales”.<sup>178</sup>

En esta labor de “legislador positivo” o de desarrollo de la “jurisdicción normativa”, los tribunales constitucionales, en forma semejante a la Sala Constitucional venezolana, han ocurrido al dictado de sentencias de diversa naturaleza, aunque calificadas genéricamente por la doctrina como “interpretativas” en el sentido de manipuladoras del contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, con la finalidad de adaptar la interpretación de las normas legales a un nuevo orden constitucional, mediante el criterio vinculante fijado por el tribunal o corte constitucional, aún sin la intervención del poder legislativo. Encontrándose en el catálogo comparativo sentencias aditivas a la redacción de las normas, reductivas de su contenido, modificativas de su redacción, con órdenes precisas para el legislador, con determinación de vigencia temporal, con ratificación de interpretaciones constitucionales anteriores desacatadas por el legislador y finalmente, con sustitución en la propia función del legislador.

## **LA DEMOLICIÓN DEL PARLAMENTO POR LA ACCIÓN COLUSORIA DEL EJECUTIVO Y EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

Con el resultado -en Venezuela- de las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2015, que dio a la unión de los partidos políticos opositores la mayoría abrumadora de las dos terceras partes del total de los diputados de la Asamblea Nacional, como demostración notoria y contundente del rechazo a la política imperante, se prendieron todas las alarmas del gobierno revolucionario presidido por Nicolás Maduro Moros, el cual resolvió reconocer aparentemente la derrota electoral, pero anular prácticamente los efectos del acontecimiento.

Aunque el régimen chavista ya venía reduciendo las facultades y el carácter deliberante de la Asamblea Nacional, mediante la

---

<sup>178</sup> Román Duque Corredor, *Desafíos de la Democracia en Venezuela. El derecho de resistir la violación del Estado de Derecho. Legitimidad democrática y jurisdicción constitucional*; en Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación (1915-2015), Caracas, 2015, Tomo I, página 671.

promulgación de sucesivas leyes de habilitación legislativa concedidas al Presidente de la República, para concentrar el mayor poder en las manos del Presidente Hugo Chávez, ahora se planteaba la necesidad urgente de vaciar las competencias del órgano parlamentario, ante la cruda realidad de que el gobierno pasaba a ser de minoría. Para lograr este objetivo y conservar la apariencia de legitimidad, la legislatura que terminaba su período en diciembre de 2015, controlada por los diputados del partido de gobierno (PSUV), procedió a designar apresuradamente a nuevos magistrados del TSJ, más leales al partido gobernante, sin cumplir con el procedimiento de selección ni los requisitos constitucionales, para reemplazar a los magistrados que tenían vencido su período y a los que renunciaban por presiones del gobierno, a fin de asegurar el sometimiento absoluto del Tribunal Supremo y el uso de sus atribuciones exorbitantes. Luego de esta emboscada decembrina, el partido gobernante consolidó su dominio del TSJ y quedó dispuesta la herramienta para cercar a la Asamblea Nacional y consumir su demolición; para lo cual la Sala Constitucional, con el concurso de algunos de los magistrados irregularmente designados, anuló la comisión parlamentaria constituida para examinar dichas designaciones irregulares y con posterioridad el acuerdo de la Asamblea Nacional que revocó las designaciones y remitió el caso al Poder Moral para iniciar el juzgamiento de la conducta de quienes participaron en el procedimiento fraudulento.

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: 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. Veamos los medios utilizados, seguidamente:

Mediante la acción combinada de la Sala Electoral y de la Sala Constitucional del TSJ, con ejercicio de la potestad cautelar de la primera y antes de la instalación de la nueva legislatura, se suspendió indefinidamente los efectos de la proclamación expedida por el Consejo Nacional Electoral de los cuatro diputados del Estado Amazonas,

cambiando abruptamente la jurisprudencia electoral, a fin de impedir su incorporación a la Asamblea Nacional y sobre todo eliminar la posibilidad de que la unión opositora tuviera la mayoría de las dos terceras partes de los diputados, necesaria para proceder a la designación de altos funcionarios del Estado, como los magistrados del TSJ, los rectores del Consejo Nacional Electoral, el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, etcétera, cuyas designaciones estaban viciadas por graves irregularidades. En vista de que la Asamblea invocó su facultad constitucional de calificar a sus integrantes y admitió la incorporación de los cuatro diputados amazónicos, la Sala Constitucional declaró a través de varias decisiones ilegítimas y desproporcionadas que la Asamblea Nacional estaba en desacato permanente y todas sus actuaciones pasadas, presentes y futuras serían nulas y sin efecto. Es de advertir que aún no ha sido declarada la nulidad de la elección de esos diputados, cuya proclamación fue suspendida “sine die”.

Sin embargo, uno de los mayores ataques a la soberanía popular representada en el parlamento, provino de las sucesivas e inconstitucionales declaraciones de estados de excepción por parte del Presidente de la República Nicolás Maduro, con desconocimiento del control político parlamentario y la justificación de su validez otorgada por varias decisiones complacientes de la Sala Constitucional, con usurpación del juicio político que es competencia exclusiva de la Asamblea, lo cual ha permitido al Presidente “gobernar por decreto” desde la misma instalación de la legislatura y desconocer atribuciones del parlamento.

La Sala Constitucional, mediante el control preventivo de constitucionalidad a instancias del Presidente, ha anulado casi *todas* las leyes y casi *todos* los acuerdos parlamentarios aprobados por la Asamblea Nacional, sin permitir a ésta intervenir de forma alguna en los procedimientos, ni ejercer la defensa de sus actos; lo cual ha incluido la Ley de Amnistía y Reconciliación para liberar a los presos políticos, desconociendo la facultad exclusiva y discrecional del Poder Legislativo para decretar amnistías, la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sosteniendo contra la norma constitucional que su iniciativa *sólo* corresponde al propio Tribunal, al igual que la reforma de otras importantes leyes orgánicas, habiendo llegado al extremo de diferir la

aplicación de una ley que otorgaba beneficios a los pensionados y jubilados, porque el Ejecutivo no había estimado ni autorizado previamente los recursos económicos. De diez y seis leyes aprobadas únicamente en el año 2016, sólo una fue promulgada por el Presidente de la República, relativa a un tema puntual de poca trascendencia. De esta forma la Sala Constitucional ha bloqueado y cercenado absolutamente la facultad legislativa, al tiempo que legitimaba todos los decretos ley de emergencia dictados por el Presidente de la República, en clara usurpación de la facultad del legislador.

La disminución y la práctica abolición de las facultades de control e investigación del parlamento, por obra de múltiples sentencias de la Sala Constitucional ha sido otro medio importante de la disolución de las atribuciones de la Asamblea Nacional. A través de ciertas decisiones interpretativas de las facultades constitucionales de la Asamblea y sobre todo acudiendo al reiterado y falaz argumento de su pretendido desacato a las sentencias que suspendían a los cuatro diputados amazónicos, y por vía de consecuencia a la propia Asamblea Nacional, la Sala Constitucional procedió a dispensar al Ejecutivo Nacional de presentar el presupuesto nacional a la Asamblea para su aprobación mediante ley formal, como lo han exigido todas las constituciones que ha tenido la República de Venezuela, asumiendo y anticipando la presunta omisión legislativa – en vista de la situación de desacato mencionada- que habría de producirse por parte de la Asamblea, para disponer en su lugar que el Presidente de la República podía y puede presentar el proyecto ante el Tribunal Supremo de Justicia, el cual le impartiría su aprobación por la supuesta omisión legislativa. Igualmente, en materia de autorización de créditos adicionales al presupuesto nacional, la Sala Constitucional ha dispensado al Ejecutivo Nacional de solicitarla a la Asamblea Nacional por encontrarse esta última en situación de desacato o contumacia, que la coloca inmediatamente en “omisión inconstitucional parlamentaria”. Así también, la citada Sala ha dispensado al Ejecutivo Nacional de someter al control parlamentario los llamados “contratos de interés público nacional” y todo lo referente al crédito público y al endeudamiento del Estado, en abierta violación del orden constitucional, que lo ha requerido desde antaño, sobre todo en materia de exploración y explotación de hidrocarburos y de minerales estratégicos, y para la

obtención de financiamiento a fin de enfrentar la aguda crisis fiscal, bajo el pretexto siempre de la misma situación de desacato. Lo cual no ha impedido la negativa internacional de negociar con el gobierno sin la aprobación de la Asamblea Nacional.

En la misma senda de abolición de las atribuciones de la Asamblea Nacional, la Sala Constitucional ha reducido al mínimo la facultad de investigación e interpelación de los funcionarios públicos que la Constitución reserva al órgano parlamentario. La misma Sala ha excluido mediante sentencia que las comisiones parlamentarias puedan investigar a los funcionarios que no pertenezcan a la Administración Pública Nacional, aún cuando la Constitución no limita esta facultad en relación con ningún tipo de funcionarios ni excluye a los ciudadanos particulares de su ejercicio, con el objetivo de impedir la investigación parlamentaria sobre los funcionarios judiciales o del Ministerio Público, así como también sobre las actuaciones de los funcionarios estatales y municipales. En relación con los funcionarios administrativos nacionales dicha Sala ha reducido esta facultad a un ejercicio indirecto y restringido, a través de la Vicepresidencia de la República, previo el cumplimiento de trámites formales burocráticos impositivos. En el mismo sentido, ha anulado las disposiciones legales que establecen sanciones para la rebeldía de los funcionarios o particulares citados a declarar o informar por la Asamblea o las comisiones parlamentarias. A lo anterior se agrega la banalización de los votos de censura que emita la Asamblea con efecto de remoción, con respecto a los ministros del Ejecutivo Nacional. En definitiva, todos los funcionarios al servicio del gobierno revolucionario “han recibido el mensaje de no atender ningún requerimiento de comparecencia e información proveniente de la Asamblea Nacional”, ha dicho su consultor jurídico.

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, tanto que la Fiscal General de la República, funcionaria leal al partido de gobierno hasta ese momento, denuncia al Tribunal Supremo de Justicia como herramienta del

Ejecutivo Nacional y declara “la ruptura del hilo constitucional” y con ello desencadena la ola de protestas más duras de la oposición contra el gobierno de Nicolás Maduro, a nivel nacional e internacional.

“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 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”.<sup>179</sup>

Pero dichas sentencias no se limitaron a lo anterior, sino que criminalizaron a los asambleístas venezolanos por la invocación de la Carta Democrática Interamericana, suscrita por Venezuela en el marco de la Organización de Estados Americanos, que consagra precisamente el derecho a la democracia de los ciudadanos de las naciones americanas y al disfrute de las garantías inherentes, pues el proceso se había iniciado con un recurso de inconstitucionalidad de personeros oficialistas contra un acuerdo de la Asamblea que invocaba la Carta Democrática.

<sup>179</sup> Declaración de las Academias Nacionales ante las Sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional. 31-03-2017, [www.acienpol.org.ve](http://www.acienpol.org.ve) (pronunciamientos).

Finalmente, en la Sentencia 155, como “medida cautelar”, la Sala Constitucional conminó al Presidente de la República a “garantizar la gobernabilidad del país, y a tomar las medidas civiles, económicas, militares, penales, administrativas, jurídicas, políticas y sociales, que estime pertinentes y necesarias para evitar un estado de conmoción”, incluida la reforma de cuales quiera leyes, prevaleciéndose de un estado de excepción espurio. Con desbordamiento de la función jurisdiccional, le confiere al Presidente un poder absoluto y autocrático para actuar, con independencia del principio de competencia que limita y encauza el ejercicio de toda función pública, y que exige el respeto de las competencias de los demás poderes y las garantías constitucionales. Era la legitimación anticipada de la ola de represión a la disidencia vivida en Venezuela durante este año, la cual comprendía el sometimiento de todos los civiles disidentes a la jurisdicción militar.

El asedio impuesto a la Asamblea Nacional ha llegado a las vías de hecho. En efecto, el gobierno del Presidente Maduro ha dejado de suministrar a la Asamblea los recursos financieros para cubrir los sueldos de los diputados desde el mes de julio de 2016, con el pretexto también del desacato a las ilegítimas sentencias de la Sala Constitucional por parte de los diputados que integran la mayoría parlamentaria. En el mismo sentido, han reducido al mínimo la vigilancia de las instalaciones del Palacio Legislativo, hasta el punto de que la Guardia Nacional al mando del gobierno ha permitido el ingreso al Palacio de turbas violentas conducidas por activistas del partido de oficial, para aterrorizar y agredir físicamente a los diputados y empleados de la Asamblea Nacional.

En este ambiente general de ruptura del orden constitucional y después de haberse negado el gobierno, a través del Consejo Nacional Electoral, a convocar el referéndum revocatorio para que el pueblo decidiera sobre la permanencia del Presidente Maduro en el cargo, así como también a realizar las elecciones de gobernadores regionales pautadas en la Constitución para fines del año 2016, el Presidente resuelve el 1° de mayo de 2017 convocar a una Asamblea Nacional Constituyente mediante decreto, con violación de la Carta Magna de 1999, que atribuye al pueblo exclusivamente, a través de referéndum consultivo y mediante el voto directo, universal y secreto, la potestad de hacerlo.

En este “proceso constituyente popular”, sin participación del pueblo soberano, pues el gobierno y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia han resuelto arbitrariamente que no es necesario el referendo consultivo para convocar una asamblea nacional constituyente y aprobar las bases comiciales, el Presidente de la República dispuso unilateralmente unas “bases comiciales” del proceso que condujeron a un método de cooptación partidista y corporativista para la elección de los diputados a la Asamblea Constituyente, donde los diputados fueron elegidos “sectorialmente”, realmente en forma selectiva, entre los seguidores del partido en el poder efectivo, aunque no legítimo, y a través de organizaciones controladas por dicho partido, con exclusión de los demás partidos políticos; a lo cual se añade el llamado “ámbito territorial” de la elección, el cual condujo a una gigantesca manipulación de la capacidad de elección de los circuitos municipales, a fin de dar sobre-representación selectiva o igualar arbitrariamente la representación de los pequeños, medianos y grandes municipios con prescindencia del volumen de población existente en cada uno de ellos y en abierta violación del principio de representación proporcional, así como de la máxima democrática de que “a cada ciudadano corresponde un voto”, para favorecer al partido oficialista.

La Asamblea Nacional y las Academias Nacionales se pronunciaron categóricamente sobre la inconstitucional convocatoria presidencial a una asamblea nacional constituyente y la calificaron acertadamente como un “fraude a la democracia”. Pero la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su papel habitual de justificar lo injustificable, por ser cautiva del Poder Ejecutivo, bendijo torticera-mente dicha convocatoria, mediante grotescos sofismas o burdas falacias argumentativas, que no resistían la menor prueba lógica. En primer lugar, en contra del texto de los artículos constitucionales 347 y 348 asímilo, sin pudor intelectual alguno, dos fases del proceso constituyente: la iniciativa y la convocatoria; en segundo lugar, que el poder soberano y originario del pueblo, puede ser ejercido a través de la representación del poder constituido presidencial, así de simple, confundiendo la participación popular con la representación, a despecho de la retórica soberanista y protagónica del pueblo del texto constitucional vigente;



y en tercer lugar, identificando turbiamente al pueblo con el “poder comunal” inventado por el régimen, al margen de la Constitución.

Por si fuera poco lo dicho, la elección de los diputados a la asamblea constituyente se hizo en medio de una inmensa y prolongada protesta popular, de una abstención superior al 85% del registro electoral, con la comisión de un masivo fraude reconocido por la misma empresa organizadora de los comicios y con el mayor secreto del Consejo Nacional Electoral sobre los resultados. Al tiempo que la Sala Constitucional y la Sala Electoral denegaban todos los recursos judiciales intentados contra los comicios.

En la actualidad, la autoproclamada Asamblea Nacional Constituyente, desconocida por la Asamblea Nacional y por los gobiernos de más de cuarenta países, ha usurpado facultades de todas las ramas del Poder Público: legislativas, judiciales y ejecutivas. Ha destituido y designado altos funcionarios, en lugar de la Asamblea Nacional, con el asentimiento expreso o implícito de la Sala Constitucional; se ha atribuido la facultad de dictar decretos y leyes supraconstitucionales, durante los dos años que ha dispuesto sesionar, y se ha propuesto eliminar progresivamente la inmunidad parlamentaria y juzgar a los diputados opositores por el presunto delito de “traición a la patria”. Habiendo quedado como un pretexto la aprobación de una nueva constitución, único objeto admisible para una verdadera asamblea constituyente.

## **A MANERA DE CONCLUSIÓN**

La secuencia de hechos descritos pudiera dar lugar a una verdadera “teratología jurídica”, según la vieja y gráfica expresión del jurista Pedro Manuel Arcaya, fundador y primer presidente de la centenaria Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, pues para este autor el estudio de las monstruosidades jurídicas era comparable al estudio de las deformidades en los seres vivos. Así, la demolición progresiva de la Asamblea Nacional, a través de la interpretación jurídica distorsionante de todos los conceptos y principios jurídicos, por obra de una Sala Constitucional politizada, parcializada, dependiente y en fin, secuestrada por el Poder Ejecutivo, ha producido un aberrante catálogo de monstruosos precedentes.

Pero el fenómeno mencionado no habría sido posible –asombrosamente- sin la tendencia exorbitante del “supremacismo a ultranza” de los tribunales constitucionales, generado a partir de las civilizadas y admirables instituciones supremas del derecho norteamericano y del derecho alemán. Esta concepción de la supremacía, utilizada como herramienta política para construir una “Constitución paralela” de carácter dictatorial y colectivista, se ha afincado en la jurisdicción normativa; en la interpretación constitucional preventiva y abstracta; en el control “incidental” y de oficio de la constitucionalidad; en la creación pretoriana de procedimientos judiciales o la llamada “autonomía procesal constitucional”; en la cosa juzgada constitucional oponible a todos los órganos del Poder Público, incluido el Poder Legislativo, hasta el extremo de llevarlo al desacato paralizante; en la exagerada extensión del efecto vinculante de las interpretaciones de las normas constitucionales y disposiciones legales de la Sala Constitucional; en la ilimitada facultad de revisión de sentencias firmes de otras salas o de cualquier tribunal contrarias a la interpretación de la Sala Constitucional; en la avocación genérica de cualquier causa llevada por otros tribunales; y sobre todo, en la sustitución en las facultades de otros poderes, ya sean legislativas, administrativas, judiciales o de otra naturaleza.

Esta preocupante situación debería llevarnos a revisar las facultades y competencias de los tribunales constitucionales, a fin de poner límites adecuados a sus funciones y resguardar la soberanía popular, la separación de poderes, la primacía del legislador democrático, el carácter deliberante del parlamento –surgido del voto directo, universal y secreto- la imparcialidad e independencia del Poder Judicial, la correcta función de la interpretación jurídica y los límites de la jurisdicción.

Muchas gracias por su atención.

Octubre, 2017.

**DESINSTITUCIONALIZACIÓN Y DESIGUALDAD  
DESDE EL ESTADO: EL CASO VENEZOLANO.  
DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI\*,  
PRIMER VICEPRESIDENTE  
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS  
Y SOCIALES DE VENEZUELA.**

---

\* 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. Mesa de Ciencias sociales Democracia y Estado de bienestar. Con el apoyo de D. Eduardo Meier García.

Conviene comenzar por aclarar el título escogido para esta comunicación. Sin dudas contrastará con el tono de las otras comunicaciones que en el marco de este encuentro sobre la democracia, que reflejarán más o menos en positivo, con sus naturales falencias, la actividad prescricional del Estado. Por más atrabiliario que parezca, nuestra posición no parte de una distorsión intencionada de la realidad. Muy a nuestro pesar, en Venezuela podemos referirnos sin vaguedad al Estado como principal promotor de la desigualdad y de la ruptura de la institucionalidad democrática.

En estos últimos 18 años el sistemático debilitamiento del Estado de Derecho y de la democracia en Venezuela, ha restringido el goce de los derechos fundamentales y humanos, reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, generando a su vez una paulatina deriva autoritaria con resultados catastróficos sobre la vida individual y colectiva del país.

Con estas líneas pretendemos demostrar que las limitaciones al ejercicio individual y colectivo de los derechos de toda la población, responden a una política fraguada deliberadamente desde el *régimen* y el *partido de gobierno*, concentrando todo el poder para interferir, modificar y dominar las preferencias políticas y rebajar la condición de ciudadano, envileciéndolo (i) jurídica (ii) económica y (iii) moralmente para, en última instancia, ejercer el control autoritario y totalizante del Estado y perpetuarse en el ejercicio del poder.

En Venezuela ha dejado de existir la democracia. La evidencia más elocuente es la instalación de una Asamblea Nacional Constituyente, radicalmente al margen y contra la Constitución vigente. Impuesta por el partido único de gobierno, a hurtadillas, excluyentemente, sin el mínimo consenso popular y sin la deliberación democrática indefectible. Porque la democracia deja de existir, a decir de Sartori, **“si este consenso está falsificado o coaccionado: no hay consenso -y por ende no**

**hay democracia-, si quien tiene que darlo no es libre para discernir, y el consenso pierde también todo valor democrático si no procede de un abanico de alternativas entre las que ejercer una opción”.**<sup>180</sup>

Además, el *régimen* y el *partido de gobierno*, vienen sofocando la autonomía individual y colectiva por medio del uso indiscriminado y arbitrario del poder, (i) suprimiendo los pesos y contrapesos propios de la separación de poderes (ii) relajando el respeto y goce de los derechos fundamentales, que constituyen, junto con la división de poderes, el andamiaje jurídico que permite limitar y racionalizar el ejercicio del poder, y, (iii) con la cooptación político partidista de todos los cargos públicos, en especial de los jueces de máxima instancia, cuya falta de autonomía, de independencia y de objetividad frente a los otros poderes, es lo que más ha resentido esta paulatina deriva autoritaria, que ya no deja dudas de haberse convertido en una **“dictadura totalitaria”** en la terminología de Sartori.<sup>181</sup>

No se ha escondido, ni se esconde la intención de abolir la democracia en Venezuela. No sólo se ha dejado de democratizar, sino que se ha intensificado el centralismo político y administrativo, la economía intervencionista y de planificación centralizada. Este inmenso retroceso nos tiene sumidos en la peor catástrofe económica, **“...con una disminución del 40% en el PIB per cápita desde 2013 hasta lo que va del año 2017... un hecho muy poco frecuente”**, que **“...eclipsa cualquier otra [recesión económica] de la historia de Estados Unidos, Europa Occidental o el resto de América Latina”**, según señala Hausmann, respaldado en investigaciones del *Center for International Development* de la Universidad de Harvard y en cifras del Fondo Monetario Internacional.<sup>182</sup>

<sup>180</sup> SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?*, Taurus, Madrid, 2007, p. 159

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>182</sup> HAUSMANN, Ricardo **“El colapso de Venezuela no tiene precedentes”**; Monday, July 31st, 2017, consultado en el portal *Proavinci* el 04 de agosto de 2017, Señala Hausmann que **“...una disminución del 40% en el PIB per cápita es un hecho muy poco frecuente. Pero en Venezuela hay varios factores que hacen que la situación sea aún peor. Para empezar, si bien la contracción del PIB venezolano (en precios constantes) entre 2013 y 2017 incluye una reducción del 17% en la producción de petróleo, excluye la caída del 55% en el precio del crudo durante ese mismo periodo. Entre 2012 y 2016, las exportaciones de petróleo se desplomaron US\$2.200 per cápita, de los cuales US\$1.500 obedecieron al declive del precio del crudo. Estas cifras son exorbitantes dado que el**

Además, en Venezuela **“se han agravado ciertos rasgos provenientes del pasado como la improvisación, la discontinuidad administrativa, la ineficiencia, la corrupción, el clientelismo y la patrimonialización del Estado”**<sup>183</sup>. La nueva Constitución de 1999 lejos de perfeccionar la democracia, superando los vicios políticos del pasado **“...sentó las bases constitucionales para el desarrollo de un autoritarismo político, que se monta sobre regulaciones que refuerzan el centralismo, el presidencialismo, el estatismo, el paternalismo de Estado, el partidismo y el militarismo...”**. Así lo señaló Brewer-Carías<sup>184</sup>, alertando sobre **“...el peligro del derrumbe de la propia democracia”**. Hoy, trágicamente, contemplamos las **“...ruinas de la democracia venezolana”**<sup>185</sup>.

Esto ha ocurrido porque la Constitución venezolana de 1999 no nació con auténtica vocación emancipadora y tutelar 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. 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 inderogable e inviolable de los derechos humanos, convirtiendo el texto constitucional en una auténtica fachada.<sup>186</sup>

---

**ingreso per cápita en Venezuela en 2017 es menos de US\$4.000. Es decir, si bien el PIB per cápita cayó el 40%, el declive del ingreso nacional, incluyendo el efecto precio, es del 51%”** en: <http://prodavinci.com/2017/07/31/actualidad/el-colapso-de-venezuela-no-tiene-precedentes-por-ricardo-hausmann/?output=pdf>. Igualmente, en: <http://www.project-syndicate.org/commentary/venezuela-unprecedented-economic-collapse-by-ricardo-hausmann-2017-07/spanish>

<sup>183</sup> HIDALGO, Manuel. *Venezuela: Izquierda, Populismo y Democracia en Tiempos de Chávez*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto <Fermín Caballero> de Política y Gobernanza, Departamento de Ciencia Política y Sociología, Área de Ciencia Política y de la Administración, Documento de Trabajo n° 13/2008, Madrid, 2008, p.31

<sup>184</sup> BREWER-CARIAS, Allan. *Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999*, consultado en <http://allanbrewercarias.net/dev/wp-content/uploads/2007/08/438.-409.-REFLEXIONES-CRITICAS.pdf>

<sup>185</sup> 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

<sup>186</sup> Según la clasificación de BARBERIS, Mauro. *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 39. Vid.

## UNA CONSTITUYENTE CONTRA-DEMOCRÁTICA

La singular convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, representa un nuevo episodio que pretende eclipsar definitivamente los más preciados valores republicanos, en violación de los principios básicos de la democracia, como son el voto universal, directo, secreto y libre: (i) No se consultó al pueblo sobre su conveniencia y oportunidad, y se irrespetó la representación proporcional de las minorías. (ii) Tampoco se convocó al pueblo a aprobar las bases comiciales de la organización, funcionamiento y límites de la Constituyente. (iii) Se impuso una fórmula electoral de ámbitos “territoriales” y “sectoriales” que, aun de haber participado la oposición o las fuerzas políticas distintas al oficialismo, le hubiese permitido a este último, con una minoría, controlar el cuerpo constituyente<sup>187</sup>.

La espuria Asamblea Nacional Constituyente pretende formalizar esa dictadura totalitaria, sancionando unas *Normas para garantizar el pleno funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente en armonía con los poderes constituidos*<sup>188</sup>, del 8 de agosto pasado. Según esas *Normas...* la Asamblea Nacional Constituyente puede “...**decretar medidas sobre competencias, funcionamiento y organización**

---

MEIER GARCÍA, Eduardo. *La eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las prácticas ilegítimas de la Sala Constitucional*, Serie Estudios N° 105, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, p.112.

<sup>187</sup> Las Academias nacionales, en una serie de pronunciamientos conjuntos señalaron que “**La Convocatoria Presidencial a una Asamblea Nacional Constituyente es un fraude a la Democracia**”, consúltese en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/2017-05-05%20Pronunciamiento%20conjunto%20sobre%20ANC%20-%20final.pdf> Así mismo, “**Las Academias Nacionales llaman a suspender la convocatoria de una asamblea nacional constituyente**”, consúltese en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Versión%20definitiva%202017-07-05%20Nuevo%20comunicado%20de%20las%20Academias%20Nacionales.pdf>. Igualmente, “**Pronunciamiento de las Academias Nacionales ante la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente**”, consúltese en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/2017-08-15%20Pronunciamiento%20Academias%20ante%20ilegitima%20ANC.pdf>. Por su parte, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales emitió un “**Pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de las bases comiciales decretadas para la elección de la asamblea nacional constituyente**”, consúltese en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamiento%20sobre%20Bases%20Comiciales%20de%20la%20ANC.%20.pdf>

<sup>188</sup> *Gaceta Oficial* N° 6.323 Extraordinario del 08 de agosto de 2017.

de los órganos del Poder Público, de cumplimiento inmediato.”<sup>189</sup> Como consecuencia, el artículo prescribe que “...la Asamblea Nacional Constituyente en uso de las atribuciones que le son inherentes, podrá limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público”. El artículo 5, aún más radical, enfatiza que todos los organismos del Poder Público –*expressis verbis*– “quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, y están obligados a cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos que emanen de dicha Asamblea”. Mientras que el artículo 4° señala que la Constitución de 1999 mantendrá su vigencia en todo aquello que no colida o sea contradictorio con los actos de la constituyente<sup>190</sup>.

Este poder constituyente, visto como *potestas legibussoluta*, “es claramente incompatible con el Estado constitucional de derecho que no admite la existencia de poderes absolutos, no sometidos a la ley y al Derecho, o lo que es lo mismo, no permite la existencia de poderes que pretendan sustraerse de la Constitución como al Derecho internacional de los derechos humanos”<sup>191</sup>.

## EL ESTADO CONTRA EL CIUDADANO

En esta dictadura totalitaria la condición de **ciudadano** se ha visto desplazada por un nuevo binomio (**privilegiado-súbdito**). Ello se

<sup>189</sup> Artículo 3.

<sup>190</sup> Todo ello en evidente exceso y desviación de poder, por cuanto del artículo 347 Constitucional, dispone que el ejercicio del poder originario tiene el objeto de “...redactar una nueva Constitución”, que permita “transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico”; pero nunca convertirse en causa eficiente para la destrucción del ordenamiento jurídico y la desinstitucionalización del Estado bajo la apariencia de las formas constitucionales.

Esa transformación, como se desprende del artículo 4 de las señaladas *Normas...* en ningún caso “podrán ir en contra de la progresividad de los derechos...”; lo cual resulta obvio a la luz de los artículos 333, 350 y 138 de la Constitución, según los cuales “...la Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella”. De modo que, esta Asamblea Nacional Constituyente de por sí, *prima facie* ilegítima por su origen, al excederse en el ejercicio de sus atribuciones derivan en una autoridad usurpada, por ende, sus actos resultan absolutamente nulos e ineficaces. En fin, es una “autoridad” que debe desconocerse por contrariar valores, principios y garantías democráticos y menoscabar los derechos humanos.

<sup>191</sup> MEIER GARCÍA, Eduardo. *ob.cit.*, Caracas, 2013, p.107.



traduce (i) en la ausencia de reglas iguales para todos y en privilegios negadores de la generalidad y de la libertad-igualdad (**envilecimiento jurídico**), (ii) en la existencia de odiosos privilegios económicos para algunos, que no toman en cuenta capacidades y necesidades (**envilecimiento económico**), y finalmente (iii) la dignidad ciudadana se ve abiertamente instrumentalizada en un parapeto que solo sirve para la *pseudo*-legitimación del ejercicio autocrático del poder, porque paradójicamente reivindica más poder para el pueblo en la medida que se aleja de él (**envilecimiento moral**).

Esa hegemonía ideológica diseñada para interferir, modificar y dominar las preferencias políticas se lee claramente del **“Objetivo nacional”** del Plan de la Patria, Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019 (2.3. Consolidar y expandir el Poder Popular y la democracia socialista), que pretende **“Alcanzar la soberanía plena, como garantía de irreversibilidad del proyecto bolivariano, es el propósito central del ejercicio del poder por parte del pueblo consciente y organizado. La gestación y desarrollo de nuevas instancias de participación popular dan cuenta de cómo la Revolución Bolivariana avanza, consolidando la hegemonía y el control de la orientación política, social, económica y cultural de la nación. El poder que había sido secuestrado por la oligarquía va siendo restituido al pueblo, quien, de batalla en batalla y de victoria en victoria, ha aumentado su nivel de complejidad organizativa”**. (Destacado nuestro).

Las Academias Nacionales han manifestado que **“...el llamado Plan de la Patria pareciera ir dirigido a agudizar los conflictos existentes entre la gestión gubernamental o la actuación estatal y la Constitución o los principios democráticos. Antes que ser un programa para favorecer el sentido de pertenencia de todos los venezolanos, sin distinciones ideológicas o de partido, a una misma República, propende a segregar o excluir, así como a degradar principios o derechos fundamentales como el pluralismo político, la participación democrática, la libertad de conciencia u opinión, y la libre iniciativa privada, entre otros”**<sup>192</sup>.

<sup>192</sup> En **“Declaración de las Academias Nacionales frente a las implicaciones institucionales y sociales del denominado Plan de la Patria”** del 12 de diciembre de 2013. consultar

Además, este ejercicio anómalo del Estado, se produce en abierta contradicción a un ordenamiento constitucional que promueve desde sus normas de apertura (artículo 2 y 3) un (i) **“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”**<sup>193</sup>, 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”**<sup>194</sup>.

De allí que, la consecuencia directa de apreciar estas disfuncionalidades del poder, a contrapelo de las prescripciones constitucionales y de una razón mínima, nos presente una suerte de **paradojas irreconciliables**. Se trata de comportamientos calamitosos, desatinados y ruinosos *per se*; deliberadamente meditados y ejecutados para avasallar y debilitar al ciudadano, para dividir a la sociedad civil y desarticular los controles del Estado. Se ejerce el poder *como no debe ser* para domeñar en tierra arrasada, 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 humanos.

## LAS PARADOJAS DEL PODER EN VENEZUELA

### 1. Un estado que promueve la desigualdad y la pobreza

Las Academias Nacionales han manifestado su profunda preocupación por **“...los resultados de recientes encuestas que reflejan el**

---

en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/plan%20de%20patria%20diciembre%202013.pdf>

<sup>193</sup> Artículo 2 de la Constitución

<sup>194</sup> Artículo 3 de la Constitución

**incremento de la pobreza en Venezuela. Esta afectaría al 82% de la población, la mitad en pobreza extrema**".<sup>195</sup> Se trata de **"...la consecuencia de políticas económicas erradas, implementadas a lo largo de varios lustros que han conducido a una devaluación sostenida de la moneda y a la inflación más alta del mundo en los últimos años, al punto de que la canasta básica familiar en el mes de mayo alcanzó casi un millón y medio de bolívares (es decir, 21,5 veces el salario mínimo). Ello hace casi imposible la sobrevivencia a la familia venezolana, valga decir, a los pobres de antes y a los empobrecidos de ahora"**<sup>196</sup>.

Han insistido así mismo en denunciar **"[e]l incremento de la mortalidad infantil y la materna, asociadas a la grave falta de alimento y a la pobreza, así como las notables carencias en medicamentos y servicios hospitalarios, que rondan el 85%, la reaparición de enfermedades hace tiempo erradicadas como la difteria, o largamente controladas como la malaria y la tuberculosis, complementan un cuadro que habla de un deterioro social pronunciado imposible de sobrellevar."**<sup>197</sup>

Resulta paradójica la actuación de un Estado que debería cumplir la función pública al servicio de los ciudadanos, fundamentándose para ello -como manda la Constitución- **"...en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad, con sometimiento pleno a la ley**

<sup>195</sup> Al respecto ver **"Encuesta sobre Condiciones de Vida en Venezuela (ENCOVI-2016)"** realizada por las Universidades Central de Venezuela (UCV), Católica Andrés Bello (UCAB) y Simón Bolívar (USB). Dicha muestra reveló que para el año 2016 82 % de los hogares venezolanos vive en pobreza y se ha convertido en el **"más pobre de América Latina"**. Concretamente sobre la Pobreza, Luis Pedro España N., IIES-UCAB señaló que **"hemos llegado al techo en pobreza de ingreso o coyuntural – La pobreza reciente o temporal comienza a volverse estructural después de 3 años continuos Crisis – Para el 2017 se van a mantener los niveles de pobreza de ingreso y seguirá aumentando la pobreza estructural"**. Se puede consultar en: <http://www.fundacionbengoa.org/noticias/2017/images/ENCOVI-2016-Pobreza.pdf>.

<sup>196</sup> *Cfr.* **"Las Academias Nacionales a los venezolanos y a la comunidad internacional"**, suscrito el 30 de junio de 2017, consultado en: [http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/2017-06 30%20Comunicado%20conjunto%20Academias.pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/2017-06%2030%20Comunicado%20conjunto%20Academias.pdf)

<sup>197</sup> *Ibidem.* También **"Pronunciamiento de las Academias Nacionales ante la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente"**, suscrito el 15 de agosto de 2017. Consúltese en: xxx

y al derecho”<sup>198</sup>. Contrariamente, el Estado promueve la desigualdad económica, jurídico-política y social, mediante la imposición de procedimientos y prácticas ilegítimas y no consensuadas, que lejos de producir alguna mejora en las condiciones sociales de los venezolanos, lo han empobrecido supeditándolo a las redes clientelares del Estado y de los controles por medio de subvenciones (CLAP<sup>199</sup>, MISIONES<sup>200</sup>, el Carnet de la Patria<sup>201</sup>, estado comunal) en supresión de los derechos más básicos, que conjugan la dignidad humana y todos sus corolarios.

En definitiva, se **“ha sumido en la ruina más absoluta a uno de los países más ricos del continente, que ahora se muere literalmente de hambre, de falta de medicinas, de trabajo, de salud, tiene la más alta inflación y criminalidad en el mundo, está quebrado y es objeto de repulsa y condena de todas las democracias del planeta.”**<sup>202</sup>

<sup>198</sup> Artículo 141 de la Constitución.

<sup>199</sup> **“Comités Locales de Abastecimiento y Producción”**, señalado como un mecanismo polémico por el componente político del que parece no poder desligarse. Al respecto se puede consultar: [http://www.bbc.com/mundo/america\\_latina/2016/06/160603\\_venezuela\\_alimentos\\_clap\\_yv](http://www.bbc.com/mundo/america_latina/2016/06/160603_venezuela_alimentos_clap_yv). Para el gobierno los CLAP **“...<son el gran instrumento de la Revolución Bolivariana para superar y vencer la guerra económica>perpetrada por la derecha, y que se caracteriza por prácticas de acaparamiento y boicot en la distribución de los rubros esenciales para afectar al pueblo”**. Al respecto se puede consultar:<http://www.psuw.org.ve/temas/noticias/nicolas-maduro-clap-guerra-economica-venezuela-alimentacion-abastecimiento-distribucion/#.WaUThI-CHIU>. No obstante, según ENCOVI-2016 el número de beneficiarios es tan minúsculo que no permite hacer estimaciones.

<sup>200</sup> Sobre las Misiones Sociales ENCOVI-2016 concluyó que:

**“Por los datos de la pobreza que muestra la ENCOVI no tenemos una política social que contenga el paso de pobreza coyuntural a estructural. No tenemos programas sociales para impedir la adecuación negativa de los hogares a la crisis de ingreso. Además del problema de diseño, persisten los problemas de focalización.**

**El programa social con mayor número de beneficiarios sigue siendo el subsidio indirecto a los alimentos básicos**

**El deterioro de la atención de barrio adentro supone que la población debe estar más expuesta.**

**El aumento de las transferencias directas no es lo suficientemente grande como para suponer que hay un cambio de orientación en la política social**

**Sólo 2 de 10 venezolanos dice no necesitar programas sociales. La opinión sobre ser o no objeto de necesidad correlaciona perfectamente con los indicadores de pobreza de ingreso.”**

<sup>201</sup> <https://www.misionesbolivarianas.com/extra/www+carnet+patria+gob+ve/>

<sup>202</sup> VARGAS LLOSA, Mario. Piedra de Toque: **“Cara de Piña”**, El País, opinión, 2 de junio de 2017, en [https://elpais.com/elpais/2017/06/02/opinion/1496417579\\_129594.html](https://elpais.com/elpais/2017/06/02/opinion/1496417579_129594.html)

Es una auténtica paradoja que desde el Estado se haya desmontado el estatuto de ciudadano y se insista en avasallar al pueblo para convertirlo en súbdito o menesteroso.

## 2. Un Estado que promueve la desinstitucionalización

Así mismo, es un auténtico contrasentido, que el Estado llamado a institucionalizar, democratizar y garantizar los derechos de forma progresiva, interdependiente e indivisible<sup>203</sup> y a levantar las barreras de la desigualdad, sea el que propugne y ampare toda clase de rémoras que vulneran la paz, la convivencia política organizada y los equilibrios y contrapesos entre poderes públicos y las relaciones de éstos con los ámbitos de libertad del ciudadano.

En efecto, desde el *régimen y partido de gobierno* se ha intentado desmontar los controles y las instituciones y valores consolidados en el país, que responden a la tradición republicana de gobierno civil, federal y descentralizado, de economía social de mercado.

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.

---

<sup>203</sup> 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 esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”.

La extrema gravedad de esta antinomia se manifiesta cuando **“...los jueces ven comprometida su independencia, su autonomía y su imparcialidad por la precariedad de la estabilidad y permanencia en sus cargos, al ser jueces provisorios, que además son nombrados y removidos discrecionalmente por el Estado, sin ser sometidos a procedimiento administrativo alguno, convierte a los jueces en piezas políticas, supeditadas o condicionadas más por fidelidades impropias que por la fidelidad a la Constitución y al respeto al Estado de Derecho y a la democracia”**<sup>204</sup>.

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,<sup>205</sup>

Se ha **desmontado el derecho de propiedad privada y la libertad económica**, en desmedro de la producción interna, la capacidad industrial instalada, los servicios públicos<sup>206</sup> eficientes y los empleos

<sup>204</sup> MEIER GARCÍA, Eduardo. *ob.cit.*, Caracas, 2013, p.159.

<sup>205</sup> **“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)**, consúltese en: [http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamiento%20sobre%20denuncia%20Carta%20de%20la%20OEA.%20\(0317338xC4456\).pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamiento%20sobre%20denuncia%20Carta%20de%20la%20OEA.%20(0317338xC4456).pdf); **“Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la entrada en vigor del Retiro de Venezuela de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos**, consúltese en:<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamiento%20ACPS%20e1%20retiro%20de%20Venezuela%20de%20la%20Convención%20Americana%20sobre%20Derecho%20Humanos%2001-10-2013.pdf>; **“Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: El respeto a la Constitución y al derecho internacional imponen el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”**, consúltese en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Academia%20Pronunciamento.pdf>

<sup>206</sup> La 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**

estables. Se han instalado todo tipo de controles sobre la economía (control de cambio, control de precios, 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*<sup>207</sup>. 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 nacional.<sup>208</sup>

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 híper abundancia de recursos petroleros.

Se ha **desmontado el sistema federal y descentralizado**<sup>209</sup>, paradójicamente centralizado los recursos públicos, el situado constitucional y los ingresos adicionales, que son manejados con criterio político

---

de obras de infraestructura y el equipamiento correspondiente, el mantenimiento insuficiente”. Entre otros ver “**Pronunciamiento sobre la crisis del Servicio Eléctrico**”, consúltese en: [http://www.acading.org.ve/info/comunicacion/pubdocs/pronunciamiento46\\_sobre\\_crisis\\_del\\_servicio\\_electrico.pdf](http://www.acading.org.ve/info/comunicacion/pubdocs/pronunciamiento46_sobre_crisis_del_servicio_electrico.pdf)

<sup>207</sup> “**La Academia Nacional de Ciencias Económicas se dirige a la Nación**”, consúltese en: <http://www.anhvenezuela.org.ve/novedades/noticias/la-academia-nacional-de-ciencias-economicas-se-dirige-a-la-nacion>

<sup>208</sup> “**La reconstrucción institucional del país. Propuestas a la Nación de las Academias Nacionales**”, consúltese en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/A-102.pdf>

<sup>209</sup> Artículo 4 de la Constitución. **La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad**”.

partidista, como forma de chantaje y control político. A ello se suma el ataque, persecución y encarcelamiento de un grupo importante alcaldes y gobernadores de Estado identificados con la disidencia, con la restricción financiera y el establecimiento de gobiernos paralelos, conformados por los candidatos oficialistas derrotados en los comicios, a los que, por el contrario, se ha dotado de recursos públicos desde el poder central para antagonizar la gestión de los elegidos por mayoría popular.

Se ha **desmontado el sistema de control presupuestario y monetario** y el control fiscal es usado como instrumento de persecución.

El Banco Central de Venezuela (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 y de la Estatal Petrolera (PDVSA)<sup>210</sup>. 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 Legislativo<sup>211</sup>, limitándose las funciones constitucionalmente asignadas a la Asamblea Nacional mediante actos judiciales del Tribunal Supremo de Justicia, en negación de la

<sup>210</sup> “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”, consúltese en: [http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/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/Pronunciamientos/Opinion%20de%20la%20Academia%20sobre%20el%20Pedimento%20del%20Ejecutivo%20al%20BCV%20de%201000%20millones%20de%20d%C3%B3lares%20de%20las%20reservas%20monetarias%20internacionales.pdf)

<sup>211</sup> 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”.



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 país<sup>212</sup>.

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 alguno<sup>213</sup>.

Consecuentemente, 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 económica del país.

Se ha **desmontado derecho al sufragio** mediante la restricción del voto universal, directo y secreto. El Consejo Nacional Electoral (CNE) ha manejado las últimas elecciones con deliberada opacidad y falta de transferencia, con la velada intención de desmovilizar al elector frente a futuras elecciones que no se perfilan favorables al partido de gobierno<sup>214</sup>.

Se han **desmontado las libertades de expresión y de información**. Durante los últimos años han recrudecido las agresiones físicas,

<sup>212</sup> Al respecto ver **Academia 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”**, consúltese en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacion-pol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20Presupuesto%202017%20ACIEN-POL.pdf>

<sup>213</sup> 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 coonestado esta decisión amparando un irracional derecho a la intimidad de los funcionarios y desatendiendo el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos y el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública. Ver Sentencia SC/TSJ N° 745 del 15 de julio de 2010 (Caso: Asociación Civil Espacio Público).

<sup>214</sup> El último episodio de la violación continuada de este derecho, fue la elección de “constituyentes oficialistas” realizada por el CNE sin control y auditoría sobre unos resultados más que dudosos. No es difícil evidenciar que se trata de órgano electoral que, a pesar de gozar de autonomía funcional y normativa, sus decisiones vienen cooptadas por el Poder Ejecutivo. De allí que no convocara en el año 2016 al referéndum presidencial revocatorio y pospusiera las elecciones regionales por más de un año.

el hostigamiento policial y judicial, los actos de intimidación y toda clase de restricciones contra periodistas y medios de comunicación. Desde multas hasta amenazas de muerte. Las agencias de seguridad (GNB, SEBIN, PNB) son usadas para silenciar las críticas públicas, las denuncias de corrupción y violación a los derechos humanos. La estigmatización es una práctica contra los medios de comunicación y periodistas, logrando la autocensura. En otros casos, el efecto silenciador se logra por medio de la censura previa o el cambio de propietarios de los medios de comunicación (“Últimas Noticias”, “El Universal” y “Globovisión”), los que han morigerado su antigua línea editorial. La gravedad de estas violaciones se ha hecho tan patente que los **Relatores en libertad de expresión de las Naciones Unidas y de la OEA**, publicaron un Comunicado conjunto en abril de 2017, denunciando la censura oficial y el bloqueo de espacios informativos en medios tradicionales y en Internet, al igual que la detención, ataques y estigmatización de periodistas y trabajadores de medios que cubren las manifestaciones de protesta en el país.<sup>215,216,217</sup>.

### 3. Un Estado que promueve y tolera la violencia

Las ONG’s Observatorio Venezolano de Violencia y el Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal, señalan

<sup>215</sup> Señalaron que buena parte de los medios televisivos se encuentran bajo control del Gobierno, mientras que el sector privado opera con restricciones debido a que han vencido sus licencias y las autoridades se niegan a renovarlas desde hace más de dos años. El espacio para las voces críticas de periodistas, representantes de la sociedad civil, defensores de derechos humanos y representantes de la oposición se ha deteriorado en forma continua. Incluso por órdenes arbitrarias del órgano regulador (CONATEL), medios de comunicación de diferentes países tales como TN de Argentina, El Tiempo de Colombia, Caracol TV, CNN en español y NTN 24 de Colombia han sufrido interrupciones o directamente se ordenó la suspensión de la señal. **“Comunicado de Prensa Conjunto Venezuela / Protestas: Relatores de la ONU y la CIDH rechazan censura, detenciones y ataques a periodistas”**, en:<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1062&IID=2>.

<sup>216</sup> Comunicado de Prensa consultar en; <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1075&IID=2>

<sup>217</sup> Ver también **“Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2016”**, VOLUMEN II INFORME DE LA RELATORIA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESION, puede consultarse en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2016RELE.pdf>

que la tasa de homicidios es de 90 y 73 por cada 100.000 habitantes, respectivamente<sup>218</sup>.

La violencia ha sido siempre empleada como un instrumento de dominación de la sociedad. Sin embargo, pobreza y violencia se unen en una situación crítica de ingobernabilidad. De modo que estas limitaciones se imponen sobre el ejercicio individual y colectivo de los derechos civiles y políticos, pero también sobre los derechos económicos, sociales y culturales de toda la población<sup>219</sup>.

Así lo ha puesto de relieve la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>220</sup> y lo ha recordado recientemente el Secretario General de la OEA, que ven **“...con preocupación que tras la descalificación de altas autoridades venezolanas en contra de distintos grupos y organizaciones de la sociedad civil que son identificados como de**

<sup>218</sup> Información consultada en: <http://observatoriodeviolencia.org.ve/2015-tasa-de-homicidios-llego-a-90-por-cada-100-mil-habitantes/>

<sup>219</sup> Las Academias Nacionales han observado **“...con suma preocupación el incremento sostenido de la criminalidad y el uso creciente de la violencia en sus diferentes formas para el arbitrio de diferencias y conflictos, incluido el ataque a la integridad de las instituciones y la agresión física a las personas. El discurso denigrante con el que se pretende avivar la confrontación y descalificar al adversario genera profundas escisiones en la población, agudizadas ahora aún más por arengas encendidas en contra de naciones vecinas desestimándose los nuestros propios orígenes, vínculos e intereses de nación”. “Pronunciamento de las siete Academias Nacionales en pro de la paz como valor y deber universal”, consúltese en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/A-96.pdf>. “En general los ciudadanos y organizaciones que hacen público su disenso con las políticas del gobierno son víctimas de limitaciones al ejercicio de sus derechos, comenzando por el condicionamiento político partidista para la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad, la discriminación laboral, incluso son perseguidos por la justicia y privados de su libertad”. Pronunciamento del 30 de junio de 2017 en “Las Academias Nacionales a los venezolanos y a la comunidad internacional”, consúltese en <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/2017-06-30%20Comunicado%20conjunto%20Academias.pdf>**

<sup>220</sup> **“1141. Más aún, la CIDH nota que no sólo en el marco de las contiendas políticas se establecen restricciones para quienes se identifican con la oposición, sino que en general los ciudadanos y organizaciones que hacen público su disenso con las políticas del gobierno son víctimas de represalias, intimidación, descalificación, exclusión, discriminación laboral y, en algunos casos, incluso son perseguidos por la justicia y privados de su libertad. Así, las represalias al disenso han dejado a ciertos sectores de la sociedad sin instrumentos para defender sus intereses, protestar, criticar, proponer y ejercer su rol fiscalizador dentro del sistema democrático”. oea/ser.l/v/ii.doc. 5430 diciembre 2009 “democracia y derechos humanos en Venezuela” Consultada en: <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm>**

**oposición se ha registrado diversos hechos de violencia o actos de represión política**<sup>221</sup>.

Igualmente, en un Informe presentado en agosto de 2017 por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ACNUDH), da cuenta de los múltiples abusos y violaciones de derechos humanos que se han cometido en Venezuela en el contexto de las recientes protestas antigubernamentales apuntan a la **“...existencia de una política destinada a reprimir el disenso político e infundir temor en la población a fin de frenar las manifestaciones”**. Así, **“... el uso generalizado y sistemático de fuerza excesiva durante las manifestaciones y la detención arbitraria de manifestantes y presuntos opositores políticos denota que no se trata simplemente de actos ilegales o insubordinados de funcionarios aislados”**.<sup>222</sup>

En este sentido, las Academias Nacionales han reivindicado sistemáticamente el derecho a la protesta, manifestando su rechazo a todo intento de imponer un pensamiento único en la conducción del país, a la presencia de los grupos armados que han arremetido contra ciudadanos que protestan pacíficamente y han ocasionado muertos y un número considerable de heridos, a la persecución y encarcelamiento de estudiantes y activistas políticos que ejercen su derecho a la protesta pacífica y el uso desproporcionado de la fuerza pública para reprimir a los manifestantes<sup>223</sup>. Incluso, se ha aplicado la justicia militar a civiles en 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 personal.<sup>224</sup>

<sup>221</sup> ALMAGRO, Luis. Secretario General de la OEA, Informe del 30 de mayo de 2016, OSG/243-16, p.110

<sup>222</sup> <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22007&LangID=S>

<sup>223</sup> Pronunciamiento de las Academias Nacionales **“Manifestaciones públicas de protesta; represión y violencia. Pronunciamiento del Comité Interacadémico de las Academias Nacionales”**, se puede consultar en:<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Manifestaciones%20Publicas.pdf>

<sup>224</sup> Ver al respecto: **“Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre La inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la aplicación de la justicia militar a civiles”**, se puede consultar en:[http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/20052017171841\\_pronunciamiento%20sobre%20jurisdiccion%20militar%202017.pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/20052017171841_pronunciamiento%20sobre%20jurisdiccion%20militar%202017.pdf)

A su vez, la falta de castigo ha generando en Venezuela una cultura de la impunidad, permitiendo que muchas de las violaciones de los derechos humanos queden sin castigo, incluso contribuyendo a su incremento y así al debilitamiento del Estado Constitucional y la degradación de las prácticas y métodos democráticos<sup>225</sup>.

\*\*\*\*\*

En fin, la gran paradoja: una de las democracias más sólidas y prósperas de la región y uno de los países más ricos del continente, transformado en una dictadura totalitaria. Sumida en la ruina, saqueada por esta aventura psicopática, perversa y calamitosa que ha significado el Socialismo del Siglo XXI. Un proyecto de dominación aferrado al poder por más de tres lustros, que sólo ha envilecido, empobrecido y dividido al ciudadano, promoviendo el éxodo de los mejores y diezmando las fuerzas productivas y creadoras del país.

Pero todos estos trastornos no serán suficientes para aniquilar al noble y emancipador pueblo de Venezuela. Nos levantaremos de las ruinas, ojalá habiendo aprendido la lección, ojala que este ejemplo sirva a todos los auténticos demócratas de Iberoamérica y del mundo, para que le plantemos cara al populismo, al militarismo, al mesianismo, al personalismo político, al clientelismo, a la corrupción, a la improvisación y en especial, a la desmemoria.

Caracas, septiembre de 2017

<sup>225</sup> MEIER GARCÍA, Eduardo. *ob.cit.*, Caracas, 2013, p.222. Así lo ha puesto de relieve la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al señalar que “... **los actos de represalia contra el disenso, los ataques contra los defensores de derechos humanos y los periodistas, la represión de la protesta pacífica, los abusos de la fuerza estatal, la criminalidad común y organizada, los hechos de violencia en las cárceles, la violencia contra la mujer, y otras graves violaciones de derechos humanos, se caracterizan en Venezuela por los altos grados de impunidad en que se mantienen. Esta impunidad es consecuencia de “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” Vid. párr. 1149, en OEA/Ser.L/V/II.Doc. 5430 diciembre 2009 “DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA”, CIT.**

las cárceles, la violencia contra la mujer, y otras graves violaciones de derechos humanos, se caracterizan en Venezuela por los altos grados de impunidad en que se mantienen. Esta impunidad es consecuencia de “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” Vid. párr. 1149, en OEA/Ser.L/V/II.Doc. 5430 diciembre 2009 “DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA”, CIT.

**JORNADA SOBRE DERECHO DE SEGUROS.  
"EN HOMENAJE  
AL PROF. ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO".  
JUEVES 9 DE NOVIEMBRE DE 2017.**

**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 gran honor compartir este acto con la **Cámara de Aseguradores de Venezuela**, por dos motivos principalmente: Rendir homenaje a uno de los más destacados miembros de nuestra Academia, Alberto Baumeister Toledo, quien ha sido un jurista importante de la rama mercantil y en particular, en la actividad de los seguros y en el estudio de las instituciones jurídicas referentes a ella, y además, por la necesidad impostergable de que las personas de mayor conocimiento en la materia se aboquen con urgencia al estudio de la crisis que afecta a dicha actividad y a sus instituciones jurídicas, dentro del marco de la situación calamitosa que padece la economía venezolana en el presente, en especial por lo que respecta a la estabilidad y valor de su moneda funcional.

Alberto Baumeister, como ha sido ya destacado por muchas personas, ha sido 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. Ha sido editor de importantes revistas jurídicas, desde las cuales ha difundido sin mezquindad la obra de sus colegas. Ha sido 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. Ha sido 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. Ha sido un fuerte y



dinámico polemista en la defensa del derecho de propiedad y en general de los derechos del ciudadano, lo que lo ha llevado 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.

Hace algún tiempo la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros y la Asociación Venezolana de Derecho Portuario publicaron un libro homenaje al doctor Alberto Baumaister Toledo, bajo el título Derecho de los Seguros Marítimos y Portuarios, en cuyo prólogo se destaca la trayectoria magistral del homenajeado y se resalta su generosidad al compartir mediante la enseñanza sus amplios conocimientos en los temas del libro.

En su experiencia internacional, Baumeister no ha hecho menos, pues ha puesto 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 ha dictado 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 en 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 doctor 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.

Con la inspiración que nos da la vida y obra de Alberto Baumeister, y con el apoyo de la Cámara de Aseguradores de Venezuela, a la cual agradecemos su respaldo, nos atrevemos a proponer a los ilustres conferencistas abordar los problemas actuales más agudos y urgentes de la institución del seguro, la cual se encuentra duramente golpeada por la feroz inflación que se ha apoderado de la economía venezolana y que ha hecho que muchas personas se hayan alejado de los seguros

nacionales para buscar protección en la contratación de sus pólizas en el extranjero o en el refugio del autoseguro, a fin de buscar la estabilidad de las divisas. Problemas que han sido erradamente afrontados por la intervención oficial del Estado con la política unilateralista de restricción de operaciones, subvaluación de riesgos y siniestros, reducción de indemnizaciones y control directo e indirecto de precios, así como también con la omisión de las reglas de la economía y la práctica eliminación de la iniciativa del asegurador y del asegurado, lo cual ha agravado notoriamente la situación del sector.

Por todo ello, esperamos que de esta jornada surjan propuestas encaminadas a resolver con eficacia la crisis del seguro en Venezuela.

Muchas gracias por su atención.

Caracas, 9 de noviembre de 2017.

**EL SEGURO DEJÓ DE SER UN CONTRATO.  
LA DISTORSIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO  
EN EL PROCESO DE TRANSICIÓN  
DE SISTEMAS ECONÓMICOS.  
DR. ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ\*,  
INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN.**

SUMARIO

Introducción. I. El sistema económico venezolano de economía de mercado. II. Una legislación para la transición de la economía de mercado a la economía colectiva. III. La deslegalización de la materia del contrato de seguro. IV. Características de las normas generales del instrumento normativo sobre seguros adoptado por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora. V. La lesión de la autonomía de la voluntad y del equilibrio contractual en las distintas fases del contrato de seguro. VI. La desaparición de la libertad contractual en el contrato de seguro. VII. La autonomía de la voluntad como parte integrante o atributo del derecho humano de libertad económica. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

---

\* Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Doctor honoris causa de la Universidad Católica Andrés Bello.

## INTRODUCCIÓN

El sistema de economía de mercado funciona alrededor del principio fundamental de libertad económica, principio que incluye la propiedad privada de los medios de producción. Uno de los componentes del principio de libertad económica, que forma parte integrante de su núcleo esencial, es el de la libertad contractual o libertad de pactos, que se enuncia haciendo referencia a la autonomía de la voluntad, autonomía que se expresa en el contrato a través del libre consentimiento. Como elemento de la libertad económica, la libertad de pactos puede ser moderada, restringida o limitada, aunque no suprimida, pues se está frente a un derecho constitucional fundamental, frente a un derecho humano. El sistema de economía colectiva marxista funciona, por lo contrario, alrededor de la propiedad pública o socialista de los medios de producción<sup>226</sup>, el cual se manifestó en la antigua URSS como propiedad cooperativa y propiedad estatal. En este sistema el individuo no tiene un derecho de participación en la actividad económica y solo tiene un derecho de propiedad personal, un acceso limitado a alguna propiedad personal, como la vivienda, asignada discrecionalmente por el estado, un derecho cuyo ejercicio está destinado únicamente a las necesidades de su titular, conforme al destino natural del objeto sobre el cual se ejerce el derecho y no con el ánimo de lucro o especulación<sup>227</sup>.

<sup>226</sup> El artículo 4° de la Constitución de la URSS disponía: “La base económica de la URSS es el sistema socialista de la economía y la propiedad socialista de los instrumentos y medios de producción, firmemente establecida como consecuencia de la liquidación del sistema económico capitalista, la abolición de la propiedad privada de los instrumentos y medios de producción y la eliminación de la explotación del hombre por el hombre”. JOHNSON, E. L.: *El sistema jurídico soviético*; Ediciones Península; Barcelona 1974, p. 141

<sup>227</sup> DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille (traducción de Jorge Sánchez Cordero): Capítulo IV, Nos. 179-182 “La estructura del derecho socialista” del libro *Los grandes*

Constitucionalmente no ha sido establecida la economía colectiva marxista en Venezuela, pero a través de leyes inconstitucionales, acuerdos ilegítimos de la Asamblea Nacional anterior a la electa el 6 de diciembre de 2015, actos administrativos arbitrarios del Poder Ejecutivo y sentencias concordantes del Tribunal Supremo de Justicia, la economía venezolana se encuentra en un proceso ilegítimo de transición desde la economía de mercado hacia la economía colectiva. La transición tiene sus peculiaridades en el ámbito financiero, campo donde se ha dictado una ley orgánica –la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional- con la pretensión de establecer normas comunes y generales para la banca, la actividad aseguradora y el mercado de valores. Las leyes orgánicas inconstitucionales del poder popular, de los consejos comunales, de las comunas y de la contraloría social de 21 de diciembre de 2010; el acuerdo de la Asamblea Nacional sobre el Plan de la Patria de 3 de diciembre de 2013; la derogación de la Ley del Contrato de Seguro y el simultáneo mandato -por decreto-ley presidencial 2.178 de 30 de diciembre de 2015 dictado en ejercicio de potestades legislativas delegadas por la Asamblea Nacional- de regular el seguro por vía sub legal; y la providencia administrativa de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, Resolución N° FSAA-9-00661 de 11 de julio de 2016 publicada en la Gaceta Oficial N° 40973 de fecha 24 de agosto de 2016 (“Normas que regulan la relación contractual en la actividad aseguradora”), providencia administrativa que adopta una disciplina sobre el seguro y otros contratos de la actividad aseguradora; forman el contexto dentro del cual se dictan normas que lesionan de tal forma la autonomía de la voluntad y la equiparación de las prestaciones, principios propios del contrato, que éste deja de ser tal. La lesión de los principios abarca todos los momentos del negocio jurídico del contrato de seguro, pues se extiende a su creación, a su funcionamiento, a su modificación, a su transmisión y a su extinción.

La acción concertada del Poder Legislativo anterior al electo el 6 de diciembre de 2015 y del Poder Ejecutivo a la cual responde la

---

*sistemas jurídicos contemporáneos*, edición digital de la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2010. Link del libro: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2792-los-grandes-sistemas-juridicos-contemporaneos-1a-reimp-de-la-11a-ed>, Link del texto del capítulo: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2792/29.pdf>

situación anterior, complementada por la contribución de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a través de sentencias de distintas fechas, han reducido el ámbito propio y tradicional del derecho privado, en el cual prevalece el principio de autonomía de la voluntad en una economía de mercado, el de los negocios entre particulares.

La reducción del campo del derecho privado es congruente con la transición de la economía de mercado a la economía colectiva dispuesta por el Plan de la Patria y por el resto del conjunto inconstitucional del cual éste forma parte, pues la doctrina marxista-leninista es opuesta al reconocimiento del derecho privado. En el ámbito de la economía, afirmaba Lenin, “todo depende del derecho público; no hay nada de derecho privado”<sup>228</sup>. La interpretación que se dio a esa frase fue la de que en el ámbito de la economía el dualismo derecho público-derecho privado es inaceptable. Esa es la dirección que predomina en la actividad jurídica de los órganos controlados por la administración pública socialista venezolana. Sin embargo, ello es incongruente con postulados constitucionales de economía de mercado que no han sido derogados ni podrían serlo, pues la autonomía de la voluntad es uno de los elementos esenciales que concurren a la configuración del derecho humano de libertad económica.

## **I. EL SISTEMA ECONÓMICO VENEZOLANO DE ECONOMÍA DE MERCADO**

El modelo económico consagrado en la Constitución de 1999, como así también el de la Constitución de 1961, ha sido considerado por la doctrina jurídica y económica durante mucho tiempo como un modelo de economía mixta, en la que algunos medios de producción son de propiedad privada y otros de propiedad pública. La propiedad pública o propiedad estatal es una reserva que hace el estado para sí, mediante ley orgánica y por razones de conveniencia nacional, sobre la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico (artículo 302 de la

<sup>228</sup> DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille (traducción de Jorge Sánchez Cordero): *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, op. cit.*, números 173-177: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2792/29.pdf>

Constitución), así como sobre la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela S.A. o del ente creado para el manejo de la industria petrolera (artículo 303 ejusdem). Por otra parte, el estado ha de cumplir los cometidos de estado social de derecho que le asigna el artículo 299 de la misma Constitución, debiendo promover el desarrollo armónico de la economía nacional, conjuntamente con la iniciativa privada, postulado que lo habilita para ampliar su actuación en el campo de la economía. De resto, junto al reconocimiento de la propiedad privada por el artículo 115 de la Constitución, derecho que se extiende a los medios de producción, la actividad económica está sometida al funcionamiento del principio de libertad consagrado por el artículo 112 constitucional, según el cual todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las que establezcan las leyes por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

Se puede afirmar que esta economía mixta de límites imprecisos, por la potestad que tiene el estado para ampliar el ámbito de la propiedad pública por medio de ley orgánica sobre industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico, así como para cumplir su cometido de estado social, tiene un límite importante en el requisito de la conveniencia nacional en unos casos y en la justicia social o la solidaridad en otros. La condición de normas generales y flexibles de que disfrutaban las disposiciones que integran la constitución económica venezolana, aparte de que convierte en superflua la noción misma de constitución económica, de la cual podría prescindirse sin ningún problema, según afirma el destacado autor venezolano Tomás Arias Castillo<sup>229</sup>, le permite a éste afirmar que los únicos límites del legislador democrático, en materia de intervención económica, son los derechos consagrados constitucionalmente, en especial: derecho de propiedad, libertad de comercio, libertad de contratación y seguridad jurídica, aparte de los mínimos efectivamente garantizados a través de

---

<sup>229</sup> ARIAS CASTILLO, Tomás A.: “Régimen general del sistema económico y de la libertad económica en Venezuela bajo la vigencia de la Constitución de 1999”; en el libro *La libertad económica...* UCAB, Caracas 2011, p. 24.



los derechos prestacionales (económicos, sociales, culturales), sin negar el valor de fuentes documentales de cardinal importancia para analizar el sistema económico que tienen los textos constitucionales<sup>230</sup>. Sin embargo, a pesar de esta amplitud de facultades, se puede afirmar que el estado no tiene una ilimitada potestad de intervención en la economía, sólo puede intervenir en ella por razones justificadas. El individuo, en cambio, puede dedicarse a las actividades económicas en forma natural, simplemente en el ejercicio de su libertad. En consecuencia, en materia económica el más relevante principio general es el de la libertad de los ciudadanos para realizar actividades económicas y la excepción es que el estado intervenga en ella, por lo cual el sistema económico venezolano puede ser apropiadamente calificado como de economía de mercado o, si se quiere, predominantemente de economía de mercado. Ese principio general se puede aplicar a las economías mixtas<sup>231</sup>. Un principio contrario rige para las economías planificadas, colectivas o socialistas.

El modelo aplicado en la Unión Soviética y en los estados colectivistas europeos surgidos después de la segunda guerra mundial instituyó un sistema que proclamaba la superación de la propiedad privada de los medios de producción y que se manifestó al comienzo en Rusia, luego Unión Soviética, por la autoadministración obrera de las industrias, de los transportes y de los bancos, sustituida pronto por la administración de dirigentes nombrados y controlados por el estado. En la agricultura, después de la oleada de expropiaciones de las tierras, la propiedad privada es sustituida por la constitución de cooperativas agrícolas (koljós) y de haciendas agrícolas estatales (sovjós). Esa experiencia fue repetida en los países socialistas del este de Europa<sup>232</sup>.

<sup>230</sup> ARIAS CASTILLO, Tomás A.: *op.cit.*, p. 26.

<sup>231</sup> La economía mixta es "aquella en que la asignación de recursos y el nivel de actividad lo deciden los individuos, las empresas, las cooperativas, las corporaciones públicas y las autoridades públicas, que reaccionan, crean o controlan las oportunidades de mercado, y en que la distribución del producto depende de la acumulación personal y la herencia de riquezas, de las rentas de los factores de producción, de los impuestos y transferencias sociales, como las pensiones de vejez, la asistencia pública y los servicios sanitarios y educativos que se pagan mediante los impuestos". SHELDON, Arthur; PENNANCE, F. G.: *Diccionario de Economía*; Editorial Orbis; Barcelona 1987, p. 220.

<sup>232</sup> MARTIGNETTI, Giuliano: palabra *propiedad* en el *Diccionario de Política* de BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco; Siglo veintiuno editores, Madrid 1983, p. 1.316

## II. UNA LEGISLACIÓN PARA LA TRANSICIÓN DE LA ECONOMÍA DE MERCADO A LA ECONOMÍA COLECTIVA

La legislación común diseñada para regular la actividad financiera –la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional– parte del supuesto de que el país atraviesa una situación de transición desde la economía capitalista hacia la economía colectiva del socialismo del siglo XXI<sup>233</sup>. Hacen lo mismo las leyes sectoriales de banca, seguros y mercado de valores. En la Exposición de Motivos del Proyecto de la Ley Habilitante de 2007 se identificó un espacio denominado ámbito económico y social, dentro del cual el Presidente de la República estaría autorizado para dictar normas con el objeto de: (i) transformar el paradigma económico capitalista actualmente hegemónico; (ii) preservar la función social de la propiedad en sus diversas formas y clases; (iii) fomentar la producción y el desarrollo de la pequeña y mediana industria; y (iv) regular la inversión extranjera, entre otras materias, procurando alcanzar mayores niveles de concordancia y coherencia con relación a los postulados económicos que distinguen al texto constitucional, otorgándole una dimensión y un propósito de naturaleza colectiva al sistema productivo, de manera que su desarrollo esté regido por una visión social.

El texto propuesto en el artículo 1º.4 del Proyecto para este ámbito estaba redactado de modo que el Presidente de la República quedaría habilitado para dictar normas que: (i) adaptaran la legislación existente a la construcción de un nuevo modelo económico y social; (ii) permitieran la inserción del colectivo en el desarrollo del país; (iii) logran la igualdad y la equitativa distribución de la riqueza, elevando así la calidad de vida de los ciudadanos, en aras de alcanzar los ideales de justicia social e independencia económica; (iv) permitieran proceder a reinterpretar los derechos fundamentales y principios económicos bajo

<sup>233</sup> MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Derecho de Seguros*; Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2013, pp. 15- 24; *LA BANCA en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*; segunda edición; Universidad Católica Andrés Bello; Caracas 2016, pp. 29-61; “Las anomalías de la regulación venezolana de los servicios financieros”; en *Libro Homenaje a Clarisa Sanoja de Ochoa*; ACIENPOL-UCAB-LUZ-BOD; Caracas 2013, pp. 360- 361.

la nueva concepción del estado social de derecho y de justicia. La habilitación genérica para “adaptar la legislación existente a la construcción de un nuevo modelo económico y social” es de tal amplitud que permitía adscribir bajo su amparo prácticamente cualquier norma legal, especialmente las relacionadas con la propiedad privada, la libertad de empresa, la libertad de asociación y las otras que son inherentes a los derechos fundamentales de carácter económico.

En correspondencia con los propósitos enunciados en la Exposición de Motivos de la Ley Habilitante de 2007, a pesar del rechazo del proyecto de reforma constitucional, el Jefe del Poder Ejecutivo, en varias oportunidades, reiteró el propósito de adaptar la legislación existente a la construcción de un nuevo modelo económico y social<sup>234</sup>. En la legislación que se ha dictado desde entonces se utiliza un lenguaje coherente con ese propósito y se emplean conceptos y palabras que no dejan lugar a dudas de que se pretende consolidar legislativamente la economía colectiva propia del sistema socialista marxista, algunas veces llamada economía social, popular y alternativa (primer aparte, artículo 6º Ley Orgánica del Sistema Financiero), calificándose incluso jurídicamente al modelo económico en construcción como un modelo socialista de transición<sup>235</sup>. Una transición que ha recibido toda una instrumentalización práctica y que en el ordenamiento positivo ha tenido diversas expresiones<sup>236</sup>. Las manifestaciones normativas de este proceso han llevado a afirmar que mucho del contenido de esa propuesta de “reforma” constitucional se ha realizado a través de actos ejecutivos

<sup>234</sup> MORLES HERNANDEZ, Alfredo: “¿Un código de comercio socialista?”, en *Libro Bicentenario del Código de Comercio Francés*; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, pp. 71 a 97.

<sup>235</sup> HERNANDEZ GONZALEZ, José Ignacio: “Código de comercio y libertad de empresa. Un ensayo sobre las bases constitucionales de la autonomía privada”, en *Libro Bicentenario del Código de Comercio Francés*; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, p. 234.

<sup>236</sup> Ver, sobre este punto, HERNANDEZ GONZALEZ, José Ignacio: *Reflexiones sobre la Constitución y el modelo socioeconómico en Venezuela. A propósito del proceso de reforma constitucional*; Funeda, Caracas 2008, *passim* y, especialmente, págs. 338 a 359. Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala Constitucional hace una lectura abiertamente socialista de la constitución económica y reduce al mínimo el valor de la libertad económica, tal como afirma ARIAS CASTILLO, Tomás A., en *La libertad económica; infra*, UCAB, Caracas 2011, p. 158.

de rango legal, los cuales son de muy dudosa constitucionalidad<sup>237</sup>; así como también se ha dicho que entre los años 2006 y 2008 el Gobierno Nacional dictó una serie de actos normativos con rango de ley por los que inició la aplicación definitiva de diferentes proyectos, como son el socialismo del siglo XXI como único modelo económico (contrario al sistema de economía social de mercado), el Poder Popular como nueva rama del Poder Público (que apunta a la fundición de la sociedad en el Estado), la nueva geometría del Poder (contraria al federalismo y a la descentralización), la nueva ética socialista (contraria al libre desenvolvimiento de la persona) y de la Fuerza Armada Bolivariana (que convierte a los componentes militares en guardias políticos del Presidente), elementos éstos que estaban presentes en su totalidad en la rechazada “reforma” constitucional de 2007<sup>238</sup>. Las leyes sobre poder popular y otras del mismo tenor son consideradas por autorizados constitucionalistas como pertenecientes a una corriente de desconstitucionalización, a la que también se ha calificado de una brecha paralela para la construcción del estado comunal socialista<sup>239</sup> o como una mutación constitucional (práctica de establecer valores, principios y reglas contrarios a la Constitución sin acudir a los procedimientos agravados para su reforma)<sup>240</sup>, esto es, son estimadas como leyes abiertamente inconstitucionales. Las afirmaciones sobre la inconstitucionalidad de este conjunto de leyes llegan más allá y se declara cómo en el siglo XXI, en Venezuela se decreta, al margen de la Constitución, un Estado de Comunas y de Consejos Comunales, y se establece una sociedad socialista y un sistema económico comunista, por los cuales nadie ha votado<sup>241</sup>. En su momento, la comunidad jurídica nacional había hecho

<sup>237</sup> SUÁREZ MEJÍAS, Jorge Luis, en la Presentación del libro *La libertad económica* coordinado por él y por Jesús María CASAL; UCAB, Caracas 2011, p. 10.

<sup>238</sup> HERRERA ORELLANA, Luis A.: *La libertad económica; op. cit. supra*, p. 160.

<sup>239</sup> CASAL, Jesús María. Entrevista publicada en el Cuerpo Siete Días del diario El Nacional, de Caracas, el domingo 6 de febrero de 2011.

<sup>240</sup> ALVARADO ANDRADE, Jesús María: “La “constitución económica” y el sistema económico comunal”, en *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el estado comunal*; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp.382-385.

<sup>241</sup> BREWER-CARIAS, Allan R.: “Introducción general al régimen del poder popular y del estado comunal”, en *Leyes Orgánicas sobre el poder popular y el estado comunal*; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 9 y 11-17.

un examen pormenorizado de la reforma constitucional propuesta y rechazada por referéndum en el año 2007. Después de observar que al transformar el Estado en un estado socialista, ello hubiera implicado a la vez transformarlo en un estado de economía estatista y centralizada, con lo que se buscaba eliminar la libertad económica y la iniciativa privada, y desaparecer la propiedad privada, todo lo cual era violatorio de varios preceptos constitucionales<sup>242</sup>; se llegaba a la conclusión de que los aspectos del proyecto de reforma que afectaba la constitución económica eran inconstitucionales, tanto en lo que guardaba relación con la libertad económica y el régimen de la economía<sup>243</sup>, como en lo que se refería al derecho de propiedad<sup>244</sup>. Los vicios de inconstitucionalidad de las leyes orgánicas del poder popular y del estado comunal adoptadas en diciembre de 2010 han sido expresa y razonadamente advertidos y minuciosamente analizados<sup>245</sup>.

Se debe tener en cuenta, además, que en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma Constitucional rechazado en el referéndum del año 2007 se declaraba que el modelo económico entonces propuesto era de transición, mientras se establecía con carácter definitivo un modelo en el cual desaparecería por completo cualquier vestigio de economía capitalista de mercado y de actividad particular que supusiera la existencia de derechos de propiedad sobre medios de producción.

La legislación de transición posterior, a la cual pertenece el conjunto que organiza y regula el sistema financiero nacional (conjunto del cual forma parte la regulación del seguro), se ubica en otra fase, la fase del Plan de la Patria. El Plan de la Patria, según su propio autor, “es

<sup>242</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R.: *El sello socialista que se pretendía imponer al Estado*, Revista de Derecho Público, N° 112; *op. cit. infra*, p. 73.

<sup>243</sup> Ver en el N° 112 de la *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, los estudios de José Antonio MUCI BORJAS, Tamara ADRIÁN, Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Irma Isabel LOVERA DE SOLA, Alfredo MORLES HERNÁNDEZ y Luis Abraham VARGAS.

<sup>244</sup> ver, en la obra citada *supra*, los estudios de Román José DUQUE CORREDOR, Gustavo A. GRAU FORTOUL y Uxúa OJER.

<sup>245</sup> HERNANDEZ, José Ignacio; ALVARADO ANDRADE, Jesús María; HERRERA ORELLANA, Luis A.: “Sobre los vicios de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Poder Popular”, en *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el estado comunal*; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 509-593

un programa de transición al socialismo”; “es la base fundamental y el vértice principal del Proyecto Nacional Simón Bolívar, Primer Plan Socialista de la Nación 2007-2013”. Según se explica en la Presentación de tal documento como Programa de Gobierno, de fecha 11 de junio de 2012, “la formación socioeconómica que todavía prevalece en Venezuela es de carácter capitalista”; “el socialismo apenas ha comenzado a implantar su propio dinamismo”; agregándose que “este es un programa para afianzarlo y profundizarlo, direccionado hacia una radical supresión de la lógica del capital que debe irse cumpliendo paso a paso, pero sin aminorar el ritmo de avance hacia el socialismo”. El documento hace notar que “el sistema-mundo capitalista atraviesa por una crisis estructural que puede llegar a ser terminal”, después de haber afirmado que para avanzar hacia el socialismo es necesario “pulverizar la forma de estado burguesa”. Entre las palabras finales de la Presentación se encuentran frases como estas: “lo viejo debe terminar de morir definitivamente para que el nacimiento de lo nuevo se manifieste en toda su plenitud”; “nosotros...estamos obligados a hacer irreversible el triunfo del socialismo”.

Sobre la inconstitucionalidad del Plan de la Patria se han pronunciado las Academias Nacionales en estos términos:

No se aviene con la Constitución la formulación de un Plan de la Nación destinado a imponer u oficializar una sola concepción de las relaciones del Estado con la sociedad y de estos últimos con los individuos, así como del papel de lo público o estatal y de lo privado en el campo socioeconómico<sup>246</sup>.

El conjunto de leyes del sistema financiero nacional tiene una estructura que no se aparta sensiblemente de la que tenían las leyes precedentes a las cuales sustituye: cada ley sectorial se propone, en concordancia con la ley orgánica del sistema, prescribir, desde un punto de vista objetivo, las reglas del desarrollo de una actividad económica específica (la banca, el seguro, el mercado de valores); y, desde un punto de vista subjetivo, instituir la forma de ejercicio de una profesión comercial; establecer la organización de las estructuras administrativas para regular, supervisar y controlar la actividad; disponer un

<sup>246</sup> MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *La Banca...op. cit.* p.50.

régimen de protección de los ahorros del público; establecer una disciplina procesal administrativa para la crisis de las empresas financieras; para concluir con un régimen de recursos, infracciones y sanciones. Son leyes de contenido fundamentalmente administrativo con ocasionales referencias —algunas veces deficientes y de difícil interpretación— a las relaciones jurídicas privadas, especialmente las concernientes al régimen contractual de la actividad regulada, el cual ha sufrido importantes mutilaciones.

El camino emprendido con la regulación del sistema financiero en su conjunto y de cada uno de los sub sectores que lo integran se aparta de las orientaciones que han venido prevaleciendo en las economías de mercado. Mientras en las economías más desarrolladas desaparece “la vieja publicatio de servicios públicos con la consiguiente devolución al mercado de esas actividades y servicios”, creándose sobre el reconocimiento de las libertades de prestación de servicios en condiciones de universalidad, continuidad y accesibilidad nuevos e intensos instrumentos de intervención que sustituyen las potestades de la Administración como titular del servicio<sup>247</sup>, en Venezuela se retrocede al expediente del servicio público para neo nacionalizar la banca. Naturalmente, en concordancia con la inconstitucional construcción del orden económico socialista.

En lugar de seguir el objetivo de regulación internacional de seguridad, con el fin de garantizar un funcionamiento eficiente del mercado, sistema que se estructura sobre tres pilares, la regulación, la supervisión y el tratamiento de las situaciones de crisis<sup>248</sup>, el régimen venezolano subordina el funcionamiento del sistema financiero al cumplimiento de los fines ideológicos del socialismo del siglo XXI<sup>249</sup>.

<sup>247</sup> SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo: “El nuevo modelo de regulación bancaria y su encaje constitucional”, en *Regulación Bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*. (María Amparo Salvador Armendáriz, Directora); ICS Universidad de Navarra-Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2014, pp. 40-41.

<sup>248</sup> ZUNZUNEGUI, Fernando: *La prestación bancaria de servicios de inversión*; Bosch, Barcelona 2015, p. 17-36.

<sup>249</sup> MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *LA BANCA...op. cit.*, pp. 53-54.

### III. LA DESLEGALIZACIÓN DE LA MATERIA DEL CONTRATO DE SEGURO

Recientemente he tenido ocasión de hacer referencia al conjunto de irregularidades que afectan la regulación del seguro en un artículo que lleva por título La deslegalización de la materia del contrato de seguro<sup>250</sup>. Antes hice unas brevísimas observaciones en un texto recogido en la página web de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales que se titula La reforma del contrato de seguro. Una burla constitucional más<sup>251</sup>.

En el artículo citado en primer lugar hice una relación de la actividad normativa ocurrida en el campo del seguro en estos términos<sup>252</sup>:

1. Para el día 30 de diciembre de 2015 existían en Venezuela dos leyes que regían la materia de seguros: a) el decreto con fuerza de Ley del Contrato de Seguro (Decreto N° 1.505 de fecha 30 de octubre de 2001, publicado en la Gaceta Oficial N° Extraordinario 5.553 de 12 de noviembre de 2001); y, b) la Ley de la Actividad Aseguradora, sancionada por la Asamblea Nacional en sesión del 25 de mayo de 2010, promulgada por el Presidente de la República el 29 de julio de 2010, publicada en la Gaceta Oficial N° Extraordinario 5.990 el mismo día 29 de julio de 2010 y reimpresa por error de copia en la Gaceta Oficial N° Extraordinario 39.481 de 5 de agosto de 2010.

2. El día 30 de diciembre de 2015 fue dictado el decreto-ley N° 2.178 sobre la actividad aseguradora (Gaceta Oficial N° Extraordinario 6.211 de 30 de diciembre de 2015). Este decreto-ley fue reimpresso dos meses y medio después, por “fallas en los originales”, en la Gaceta Oficial N° Extraordinario 6.220 de 15 de marzo de 2016. Por

<sup>250</sup> Ponencia presentada en la jornada de derecho mercantil realizada en homenaje a Gladys Rodríguez de Bello por el Centro de Estudios de Postgrado y por la Escuela de Derecho en la Sala E de la Universidad Central de Venezuela el 11 de noviembre de 2016.

<sup>251</sup> [http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Opiniones/06092016193614\\_La%20reforma%20del%20contrato%20de%20seguro.pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Opiniones/06092016193614_La%20reforma%20del%20contrato%20de%20seguro.pdf)

<sup>252</sup> MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: “La deslegalización de la materia del contrato de seguro”, en Jornada de Derecho Mercantil en homenaje a Gladys Rodríguez de Bello; Universidad Central de Venezuela, 11 de noviembre de 2016 (texto no publicado todavía en octubre 2017).



medio del decreto-ley 2.178 se dispuso: a) reformar la ley de la actividad aseguradora; b) derogar el decreto-ley del contrato de seguro; y, c) ordenar que el órgano de supervisión de la actividad aseguradora dictara normas para regular el contrato de seguro. La orden está contenida en la disposición transitoria primera: “Dentro de los ciento ochenta días siguientes a la entrada en vigencia de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, la Superintendencia de la Actividad Aseguradora dictará las normas que regulen el contrato de seguro y otros contratos y relaciones de la actividad aseguradora”.

3. Con fecha 11 de julio de 2016, según Resolución N° FSAA-9-00661 de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora publicada en la Gaceta Oficial N° 40973 de fecha 24 de agosto de 2016, fueron dictadas las “Normas que regulan la relación contractual en la actividad aseguradora”, normas que según su artículo 1° “tienen por objeto regular, en sus distintas modalidades, los contratos de: seguro, reaseguro, medicina prepagada, administración de riesgos, financiamiento de primas de seguros o cuotas de medicina prepagada, fianzas, refinanciamientos y fideicomiso”.

4. La Superintendencia de la Actividad Aseguradora fundamenta la Resolución N° FSAA-9-00661 de 11 de julio de 2016 publicada en la Gaceta Oficial N° 40973 de fecha 24 de agosto de 2016 (“Normas que regulan la relación contractual en la actividad aseguradora”) en las siguientes razones:

(i) que la Ley de la Actividad Aseguradora dispone en los numerales 1 y 3 del artículo 6 que es “atribución” de la Superintendencia “ejercer la potestad regulatoria”, así como “establecer el sistema de control, vigilancia previa, concomitante y posterior, supervisión, autorización, inspección, verificación y fiscalización de la actividad aseguradora”;

(ii) que el Superintendente de la Actividad Aseguradora, según lo dispuesto en el artículo 8, numerales 1, 2, 7 y 44 de la misma Ley citada, tiene la “atribución” de “ejercer la dirección y, como máxima autoridad, la potestad de ejecutar de manera directa las competencias atribuidas a la Superintendencia”, supervisando el cumplimiento y desarrollo de las actividades que le son permitidas a los sujetos regulados;

(iii) que la disposición transitoria primera de la Ley de la Actividad Aseguradora establece que, dentro de los ciento ochenta días siguientes a su entrada en vigencia, la Superintendencia “dictará las normas que regulen el contrato de seguro y otros contratos y relaciones de la actividad aseguradora”.

En el artículo al cual hago referencia se dan razones acerca de la inconstitucionalidad de la actuación del Presidente de la República y de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora.

Se manifiesta la inconstitucionalidad de la actuación del Presidente de la República:

(a) al ordenar a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, en la disposición transitoria primera del decreto-ley N° 2.178 sobre la actividad aseguradora, que dictara normas que regularan “el contrato de seguro y otros contratos y relaciones de la actividad aseguradora”, en razón de que estaba delegando facultades indelegables. En efecto, la potestad de legislar por delegación de la Asamblea Nacional contenida en ley habilitante es privativa del Presidente de la República en Consejo de Ministros. Esa potestad no puede ser objeto de sub delegación;

(b) al ordenar a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, en la disposición transitoria primera del decreto-ley N° 2.178 sobre la actividad aseguradora, que dictara normas que regularan “el contrato de seguro y otros contratos y relaciones de la actividad aseguradora”, en razón de que estaba deslegalizando la materia relacionada con tales negocios jurídicos o degradando el rango legal que a tal materia corresponde. En efecto, la materia de seguros pertenece al ámbito mercantil. La regulación de la materia mercantil pertenece al grupo de materias que, por su relevancia, solo puede ser regulada legislativamente por el parlamento, porque cualquier limitación o restricción tiene que adaptarse a la configuración constitucional de la protección del derecho respectivo. En el caso de la materia mercantil, al respeto al principio constitucional de libertad de empresa y al principio de autonomía de la voluntad derivados ambos del principio general de libertad. Por ello, la materia mercantil integra lo que se llama la reserva de ley, esto es, la materia cuya regulación es competencia exclusiva del poder legislativo;

(c) al ordenar a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, en la disposición transitoria primera del decreto-ley N° 2.178 sobre la actividad aseguradora, que dictara normas que regularan “el contrato de seguro y otros contratos y relaciones de la actividad aseguradora”, extendiendo indebidamente el plazo que se le había dado como Presidente de la República para legislar (el plazo vencía al día siguiente y él lo prorrogaba por ciento ochenta días más a través de la actuación de un tercero);

(d) al ordenar a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, en la disposición transitoria primera del decreto-ley N° 2.178 sobre la actividad aseguradora, que dictara normas que regularan “el contrato de seguro y otros contratos y relaciones de la actividad aseguradora”, efectuando una remisión en blanco, pues no existían normas sustantivas a las cuales pudieran vincularse las disposiciones reglamentarias que ordenaba dictar.

Se hace patente la inconstitucionalidad e ilegalidad de la actuación de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora:

(a) en que la resolución fue dictada fuera del plazo oportuno respectivo (180 días), cuando ya habían cesado las potestades que tenía el órgano regulador para hacerlo, si es que alguna vez las tuvo (catorce días después de vencido el plazo, desde el 27 de junio de 2016 hasta el 11 de julio del mismo año, si el plazo pudiera contarse hasta la fecha de la Resolución Administrativa de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (11 de julio de 2016), resolución que no había adquirido fuerza legal por su falta de publicidad oficial; y cincuenta y seis días después de vencido el plazo, desde el 27 de junio hasta el 24 de agosto de 2016, fecha de publicación de la resolución en la gaceta oficial);

(b) en que las disposiciones de la resolución dictada carecen de fundamento legal, pues son el resultado de una norma en blanco (el mandato del decreto del Presidente de la República de que se reglamente una materia no regulada legalmente).

Afirma García de Enterría que, Por su naturaleza, parece que puede afirmarse con firmeza que la técnica deslegalizadora no es aplicable a

las materias constitucionalmente reservadas a la ley. Esta reserva de una materia a la ley se infringiría, evidentemente, si pretendiese cumplirse con una Ley de contenido puramente formal, operante en el ámbito abstracto del rango. Ley que justamente viene a entregar la regulación de la materia de que se trate a los Reglamentos<sup>253</sup>. La materia de seguros pertenece al ámbito mercantil. La regulación de la materia mercantil pertenece al grupo de materias que, por su relevancia, solo puede ser regulada legislativamente por el parlamento, porque cualquier limitación o restricción tiene que adaptarse a la configuración constitucional de la protección del derecho respectivo. En el caso de la materia mercantil, al respeto al principio constitucional de libertad de empresa y al principio de autonomía de la voluntad derivados ambos del principio general de libertad. Por ello, la materia mercantil integra lo que se llama la reserva de ley, esto es, la materia cuya regulación es competencia exclusiva del poder legislativo. En forma directa y expresa, el numeral 32 del artículo 156 de la Constitución dispone que la legislación en materia de bancos y de seguros es de la competencia del poder público nacional, es decir, del parlamento. Así como no se pueden crear delitos y establecer sanciones por vía de legislación delegada, tampoco se pueden establecer restricciones o limitaciones a los derechos económicos (derechos constitucionales, derechos fundamentales, derechos humanos) por vía distinta a la legislativa. Solamente por ley pueden ser restringidos, moderados o limitados los derechos constitucionales, entre ellos el derecho de libertad económica. Las limitaciones o restricciones de la Sudeaseg son normas sublegales y no tienen el rango adecuado para cumplir la exigencia constitucional.

La deslegalización de la materia del contrato de seguro no es la única anomalía que tiene el conjunto normativo del seguro. Hay otras, examinadas en los estudios antes aludidos, pero la que ahora importa guarda relación con la cualidad de la norma jurídica susceptible de afectar la entidad de un derecho fundamental. Tal como lo dispone el artículo 112 constitucional, solamente las leyes y por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de

---

<sup>253</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*; Tecnos, Madrid 1970, p. 171.

interés social pueden modular la libertad económica. Las normas de categoría sub legal, como las que ahora regulan el contrato de seguro, provenientes de una providencia administrativa, no pueden incidir, en forma alguna, en el contrato de seguro, producto de un negocio jurídico entre particulares. Además, aunque no se refieran a limitaciones de un derecho fundamental, tampoco pueden esas normas regular, en forma alguna, la materia de seguros, porque la materia de seguros solo puede ser regulada por ley emanada del parlamento.

#### **IV. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS GENERALES DEL INSTRUMENTO NORMATIVO SOBRE SEGUROS ADOPTADO POR LA SUPERINTENDENCIA DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA**

La sorpresiva decisión del Presidente de la República de derogar la Ley del Contrato de Seguro de 2001, de degradar inconstitucionalmente el rango legal de la materia y ordenar al ente de supervisión de la actividad aseguradora que dictara “las normas que regulen el contrato de seguro y otros contratos y relaciones de la actividad aseguradora”, culminó en la adopción de la resolución administrativa que reforma parcialmente la ley derogada.

Las normas generales de la resolución administrativa -no se examinan aquí las relativas a cada tipo de seguro en particular- tienen las siguientes características: (i) la estructura del texto normativo es enteramente similar, si no totalmente igual, a la de la ley derogada, lo cual es una ratificación de la calidad de un instrumento legislativo que había recibido el reconocimiento de la doctrina; (ii) con mucha frecuencia se copian las normas de la ley derogada, pero en numerosas ocasiones, en lugar de transcribir el texto en su integridad, se acude a una nueva redacción, no siempre con acierto gramatical o lógico; (iii) al identificar al asegurador, se alude a “las empresas de seguros y a las asociaciones cooperativas que realizan actividades de seguros”, como si estas últimas no fueran empresas de seguros. Por ejemplo, en la definición del contrato, el artículo 5º de la Ley derogada identificaba al asegurador como empresa de seguros. Empresa es una noción amplia que significa actividad organizada y también organización, de modo que la noción

incluye cualquier organización, incluso las mutuas o las asociaciones cooperativas de seguros. El artículo 6º de las “Normas”, al identificar al asegurador, alude a “las empresas de seguros y a las asociaciones cooperativas que realizan actividades de seguros”. De ahí en adelante, cada vez que se nombra a las aseguradoras, incansablemente se habla de “las empresas de seguros y de las asociaciones cooperativas que realizan actividad aseguradora”; (iv) cuando se habla de la otra parte en el contrato de seguro, el tomador, también incansablemente, se agrega “el asegurado y el beneficiario”. Esto lleva a cometer disparates. Por ejemplo, en el artículo 6º de las “Normas”, al mencionar que el asegurador responde de los daños que sufran el tomador, el asegurado o el beneficiario. En los seguros los daños los sufren solo los asegurados o los terceros por quienes responden los asegurados. Esos son los daños que se aseguran y por los cuales responde el asegurador frente al tomador o frente al beneficiario. Por ello el número 3 del artículo 10 de las “Normas” define al asegurado como la persona que en sí misma, en sus bienes o en sus intereses económicos, está expuesta al riesgo.

Hay aciertos en la resolución administrativa y así debe ser reconocido. Los más resaltantes son:

(i) el artículo 35 de las “Normas” ofrece una nueva definición del riesgo como posibilidad de ocurrencia de un hecho por azar, corrigiendo así la defectuosa noción de suceso futuro e incierto adelantada en la Ley derogada (artículo 30), noción que lo confundía con el siniestro. Más adelante, en el artículo 52 de las “Normas”, se dispone que el contrato es nulo si al momento de su celebración el riesgo no existía o ya hubiere ocurrido el siniestro, agregándose que el asegurador que no tenga conocimiento de los supuestos señalados tiene derecho al reembolso de los gastos en que hubiere incurrido, así como también tendrá derecho al pago de la prima si el tomador o el asegurado tenían conocimiento de tales hechos. El riesgo es un estado y el siniestro es un suceso. Se asegura el riesgo y se indemniza el siniestro. Insisten las “Normas”, sin embargo, en negar eficacia a la incertidumbre subjetiva y en relevar a la aseguradora de su obligación de indemnizar si el siniestro se ha iniciado antes de la vigencia del contrato (artículo 41), cuando por otras normas se acepta la validez del seguro retroactivo (en el penúltimo aparte del

artículo 11 de las “Normas” se declara que por acuerdo de las partes los efectos del seguro podrán retrotraerse al momento en que se presentó la solicitud o se formuló la proposición) y se atribuye al asegurador el riesgo de las enfermedades preexistentes, supuestos de riesgo subjetivo. Es un enfoque tradicional que se resiste a aceptar la evolución que se ha producido en el concepto del riesgo, que en algunos ordenamientos jurídicos ya no se define más como posibilidad de ocurrencia de un acontecimiento futuro, sino como una situación de incertidumbre<sup>254</sup>. Es el concepto prevaleciente en el ámbito del common law, con las consecuencias inherentes a la contratación de seguros y reaseguros por empresas de rango mundial utilizando ese concepto de riesgo; el artículo 41 de las “Normas” suministra una adecuada noción de siniestro como materialización del riesgo, mucho más apropiada que el concepto tradicional de “acontecimiento futuro e incierto” que estaba contenido en el artículo 37 de la Ley;

(ii) la indemnización es definida en el artículo 42 de las “Normas” en la misma forma que lo hacía el artículo 38 de la Ley: consiste en el pago de una suma de dinero o en la prestación de un servicio, según el tipo de riesgo contratado, es decir, en la ejecución de una obligación de dar o de una obligación de hacer.

## **V. LA LESIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL EN LAS DISTINTAS FASES DEL CONTRATO DE SEGURO**

Como solamente mediante ley puede ser regulada la materia mercantil, tal como lo dispone el número 32 del artículo 136 de la Constitución, la Resolución de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora N° FSAA-9-00661 de 11 de julio de 2016 publicada en la Gaceta Oficial N° 40973 de fecha 24 de agosto de 2016 (“Normas que regulan la relación contractual en la actividad aseguradora”) es un texto inepto para regular la materia de seguros. En consecuencia, tal resolución es nula por contrariar el principio constitucional de la reserva legal. Sin

<sup>254</sup> MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: “La validez del seguro de riesgo putativo y sus nuevas aplicaciones”. Colaboración para el Libro Homenaje a la Profesora María Auxiliadora Pisani Ricci aún no publicado.

embargo, si las normas contenidas en la resolución examinada tuvieran jerarquía legal, muchas de ellas, individualmente y en su conjunto, son contrarias al principio de libertad de pactos, parte integrante del núcleo esencial de la libertad económica como derecho constitucional, cuando no contradicen la exigencia de equilibrio de las prestaciones. Un ejemplo conspicuo es el artículo 53 de las “Normas” de la Superintendencia, según el cual serán nulas las cargas no razonables que se impongan al tomador, al asegurado o al beneficiario de los contratos de seguros, dejando abierta la posibilidad, por argumento a contrario, de que se impongan cargas no razonables válidas al asegurador, supuesto inadmisibles, ya que ningún contrato puede imponer válidamente cargas irrazonables a ninguna de las partes. Esta disposición, que ya existía en la derogada Ley del Contrato de Seguro, hubiera debido ser eliminada por las “Normas”, por ser contraria al principio de buena fe y a la naturaleza del contrato como intercambio de prestaciones equivalentes. Su mantenimiento es una indicación de la intención del autor de la regulación de acentuar la situación desventajosa de los aseguradores. Algunas observaciones sobre la cualidad de contrato que se reconoce al seguro, son pertinentes para mostrar la orientación de la regulación predominante en las citadas “Normas” de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora:

1. La imperatividad. El anteproyecto de las “Normas” de la *Sudeaseg*, en el artículo 2º, declaraba la imperatividad del conjunto de disposiciones, al igual que lo hacía el antiguo artículo 2º de la Ley del Contrato de Seguro, pero este precepto desapareció, afortunadamente, en la versión final. La falta de una declaración formal de imperatividad no significa que las disposiciones no tengan ese carácter, sino que queda a discreción del juez apreciar si una norma es o no imperativa en defensa del asegurado que sea un débil jurídico. La legislación de la Unión Europea ha dispuesto que la imperatividad solo funciona para los consumidores y usuarios, no para quienes no sean parte débil frente a los aseguradores<sup>255</sup>, de modo que la eliminación de la imperatividad es

<sup>255</sup> MORLES HERNANDEZ, Alfredo: *Derecho de Seguros*, op. cit., p. 327, con cita de SÁNCHEZ CALERO, Fernando.



una buena medida. El artículo 2º de las “Normas” introduce la irrenunciabilidad de los derechos de los tomadores, asegurados, contratantes, beneficiarios, usuarios y afiliados y sanciona con nulidad toda acción, acuerdo o estipulación que implique renuncia, disminución o menoscabo de tales derechos. Esto da lugar a la creación de una categoría especial de sujeto (los tomadores, asegurados, contratantes, beneficiarios, usuarios y afiliados) sin distinción alguna, como si éste fuera siempre el débil jurídico en el contrato, cuando la realidad enseña que quien contrata con el asegurador es, a veces, la parte fuerte en la relación contractual, como ocurre con las empresas de reaseguro y en otros supuestos más de tomadores de seguros de grandes riesgos, empresas de gran poder económico que pagan primas enormes y están en capacidad de rechazar, negociar o imponer condiciones, términos y modalidades de los contratos, tales como las empresas de transporte aéreo o marítimo, las empresas financieras, y las grandes empresas industriales o comerciales en los seguros colectivos<sup>256</sup>. La irrenunciabilidad es un nuevo privilegio añadido a la redacción del artículo 2º de las “Normas”. La ausencia total de libertad de pactos para moderar, restringir o limitar los derechos de la otra parte en el contrato distinta al asegurador, al lesionar la autonomía de la voluntad y crear un desequilibrio exagerado e intolerable, aniquila el principio de libertad económica, derecho fundamental.

2. Las reglas de interpretación. La misma observación se puede hacer a algunas reglas de interpretación, especialmente a las cláusulas relativas a la caducidad de derechos del tomador, asegurado, contratante, beneficiario, usuario y afiliado, que deben ser de interpretación restrictiva, a menos que la interpretación extensiva los beneficie. Las reglas de interpretación que estaban presentes en la Ley del Contrato de Seguro han cambiado: (i) el antiguo artículo 2º, después de establecer la imperatividad de las normas, declaraba que, no obstante, esto es, con prescindencia de la imperatividad, se entenderían válidas las cláusulas contractuales que fueran más beneficiosas para el tomador, el asegurado o el beneficiario. Ahora el mismo artículo, aisladamente, sin referencia a la imperatividad de la cual formaba parte, declara que en caso de duda se aplicarán las cláusulas contractuales que sean más

<sup>256</sup> MORLES HERNANDEZ, Alfredo: *Derecho de Seguros*, op. cit., pp. 327\_328.

favorables al tomador, asegurado, contratante, beneficiario y usuario o afiliado. Esta prescripción crea confusión, porque el artículo 4º. 2 sobre la interpretación también contempla soluciones para el caso de duda: la aplicación de la analogía, de la costumbre, usos y prácticas del mercado asegurador, del derecho civil; (ii) las reglas de interpretación las circunscribe la Ley al contrato de seguro, las nuevas reglas se extienden a “los contratos a que se refieren estas Normas” (artículo 4º “Normas”). Esto es muy distinto a las reglas de interpretación contra el redactor de las cláusulas oscuras o ambiguas (regla contra stipulatorem) o a la responsabilidad por las cláusulas abusivas de quien coloca un producto u ofrece un servicio en el mercado. Es una restricción más a la autonomía de la voluntad.

3. La consensualidad. El contrato de seguro es caracterizado como consensual (artículo 7º de las “Normas”). Sin embargo, la consensualidad está desmentida por la práctica y por otras disposiciones de la resolución, al someter el perfeccionamiento del contrato al cumplimiento de una serie de requisitos previos, lo cual permite afirmar que el seguro sigue siendo en el derecho venezolano un contrato esencialmente formal. La doctrina (Acedo Sucre) habla de consensualidad ficticia<sup>257</sup>. La consensualidad tiene, además, dos caras, una siempre desfavorable para el asegurador: (i) la solicitud de seguro no obliga a ninguna de las partes; la proposición de seguro, en cambio, obliga a la empresa de seguros o asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora, a mantener la proposición durante un plazo de diez (10) días hábiles a partir de su emisión (artículo 12 de las “Normas”); (ii) se consideran aceptadas las solicitudes escritas de prorrogar o modificar un contrato o de rehabilitar un contrato suspendido, si la empresa de seguros o asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora, no rechaza la solicitud dentro de los diez (10) días hábiles de haberla recibido. Este plazo será de veinte (20) días hábiles cuando la prórroga, modificación o rehabilitación conforme a las condiciones generales del contrato, hagan necesario un reconocimiento médico (artículo 13 “Normas”); (iii) la modificación de la suma asegurada y del deducible requiere siempre aceptación expresa

<sup>257</sup> ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: “El decreto con fuerza de ley del contrato de seguro”, en *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904*, citado en MORLES HERNANDEZ, Alfredo: *Derecho de Seguros*, op. cit., p. 328

de la otra parte. Hay también aceptaciones presuntas; (iv) las modificaciones que proponga el asegurador para que tengan efecto después de la prórroga del contrato deben ser comunicadas al tomador con un mes de anticipación al vencimiento del período del seguro en curso; (v) en caso de desacuerdo del tomador, el asegurador mantendrá o renovará el contrato en las mismas condiciones de suma asegurada y deducible vigentes al momento de la propuesta de modificación; (vi) si las autoridades competentes modifican las pólizas de un ramo de seguro o algunas de sus disposiciones, los contratos continuarán bajo las nuevas condiciones, pero si el tomador viene obligado a pagar un incremento de la prima, puede optar entre pagarla o continuar con el seguro en las mismas condiciones originales pactadas hasta la renovación (artículo 14); (vii) si no existiere póliza, se tendrán como condiciones acordadas aquellas contenidas en los modelos de póliza aprobados por la Sudeaseg para el mismo ramo, cobertura y modalidad del contrato, según la prima que se haya pagado. Si hubiere varias pólizas de esa empresa a las cuales fuera aplicable la prima, se entenderá que el contrato se refiere a la póliza más favorable para el asegurado o el beneficiario (artículo 19); (viii) la póliza (artículo 20.9) y los anexos (so pena de invalidez) deben estar firmados por el asegurador y por el tomador (artículo 22); (ix) la cesión de la póliza no produce efectos contra el asegurador sin su consentimiento (artículo 23).

4. La aleatoriedad. El seguro es un contrato aleatorio (artículo 7º de las “Normas”), en el sentido de que las partes ignoran si ocurrirá el siniestro (*incertus an*) o cuándo ocurrirá el siniestro (*incertus quando*). Aunque el alea absoluto no existe y la contratación en masa compensa las ventajas y desventajas que tienen entre sí los contratos, lo que no puede ocurrir es que se asegure un riesgo sin que guarde correspondencia con la prima, porque entonces se alterarán los cálculos matemáticos, el valor de los siniestros excederá el conjunto de las primas cobradas y la empresa de seguros quebrará. A ese peligro están expuestos los aseguradores en Venezuela con los seguros solidarios regulados por el artículo 134 de la Ley de la Actividad Aseguradora de 2016 bajo el título correcto de aportes sociales. Los seguros solidarios son seguros que amparan a los jubilados, pensionados, adultos mayores, personas con discapacidad, personas con enfermedades físicas o mentales y a

aquellas personas cuyos ingresos mensuales no superen el equivalente a un salario mínimo mensual, destinados a proteger riesgos tales como enfermedades, servicios odontológicos, servicios funerarios y accidentes personales. Éstos no son contratos aleatorios propiamente dichos. Se sabe de antemano, por cálculos estadísticos y actuariales, que los asegurados incurrirán muy pronto en siniestros muy repetidos y que el monto acumulado de las pólizas no alcanzará para pagar la indemnización correspondiente. Son, en algunos casos, contratos en los cuales el siniestro ya ocurrió y son, por tanto, contratos nulos. En estos contratos no hay consentimiento libre por parte de los aseguradores. Se puede decir que no se está frente a un contrato, sino frente a una relación impuesta. Es una carga fiscal paralela impuesta a las empresas de seguros<sup>258</sup>. El hecho de que se los caracterice como aportes sociales no quiere decir que sean contratos válidos.

5. La onerosidad. El contrato de seguro es oneroso (artículo 7º de las “Normas”), contrato en el cual cada parte se procura una ventaja mediante un equivalente. Es cierto que la doctrina civil venezolana sostiene que el ordenamiento positivo no tutela un equilibrio de la corresponsabilidad entre las obligaciones surgidas de un contrato ni siquiera en el momento inicial<sup>259</sup>; y aunque la equivalencia no requiere ser matemática, en el caso del seguro la prestación a favor del asegurador -la prima- no puede ser menor a un valor que se calcula en función del riesgo, por dos razones, una constitucional y otra técnica. La razón constitucional es que el empresario tiene el derecho a obtener una rentabilidad razonable. Ese derecho forma parte de núcleo esencial de la autonomía privada propia de la libertad económica, tal como lo sostiene la doctrina venezolana<sup>260</sup>. La razón técnica es que cualquier valor menor al cálculo actuarial de la prima significa que el asegurador experimentará una pérdida que compromete su estabilidad económica y su responsabilidad frente al resto de los asegurados. Es lo que ocurre en el caso de los

<sup>258</sup> MORLES HERNANDEZ, Alfredo: *Derecho de Seguros*, op. cit., p, 91.

<sup>259</sup> MÉLICH-ORSINI, José: *Teoría general del contrato*; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2006, pp. 436-449.

<sup>260</sup> HERNÁNDEZ G., José Ignacio: “La libertad económica en la constitución de 1999”, en *La libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*; Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2011, p.73.

seguros solidarios, así como en otros casos en que el órgano de supervisión no aprueba oportunamente las modificaciones de las primas, más bien retarda la decisión a pesar de la inflación. Para favorecer a unos pocos, el estado pone en peligro a muchos y castiga a los aseguradores.

6. La bilateralidad. El seguro es un contrato bilateral. Así lo reconoce el artículo 7° de las “Normas”. La bilateralidad no solo significa que existe una pluralidad de partes en el negocio jurídico, sino que cada una de ellas tiene la capacidad de obtener ventajas o beneficios para sí y de modular el rango de sus obligaciones y de su responsabilidad, como resultado de la negociación propia del contrato. Al cercenar la libertad del asegurador y colocarlo en un espacio mínimo de maniobra, el legislador desconoce inconstitucionalmente la cualidad bilateral del contrato de seguro.

7. La buena fe. El seguro es un contrato de buena fe (artículo 7° de las “Normas”). La buena fe es un concepto cuya progresiva elaboración y aplicación ha permitido que en su nombre se moderen los deberes, obligaciones y derechos de los contratantes, se equilibren las prestaciones, se observe la equidad. La doctrina venezolana ha aceptado desde hace un cierto tiempo que la buena fe se ha expandido mucho más allá de los linderos de la ejecución del contrato, donde lo ubica el codificador civil y también ha aceptado que es una obligación de ambos contratantes, tanto del acreedor como del deudor. La buena fe ha contribuido a la construcción de la teoría de los débiles jurídicos y se ha invocado con fuerza, aunque con éxito muy relativo, en las situaciones en las cuales se invoca la teoría de la imprevisión<sup>261</sup>. Guerrero Briceño admite que la buena fe justifica el cumplimiento por equivalencia ex artículo 1135 del Código Civil<sup>262</sup>. No hay buena fe cuando en un contrato prácticamente todas las soluciones de las hipótesis de conflicto o de contraposición de intereses están normativamente inclinadas hacia un solo lado o no se permite pactar algo distinto. Es lo que ocurre con

<sup>261</sup> 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 (1915-2015)*, Tomo IV; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2015, pp. 2.381-2386.

<sup>262</sup> GUERRERO BRICEÑO, Fernando F.: *El principio general y el concepto de la buena fe en el sistema civil en Venezuela. Apostilla procesal*. Texto electrónico cortesía del autor.

el contrato de seguro, tal como es concebido por las “Normas” de la Superintendencia.

Un examen detallado de las normas generales de la resolución administrativa permite afirmar que el órgano de supervisión adopta casi siempre criterios favorables al asegurado y desfavorables al asegurador. Algunos ejemplos de esa desigualdad de tratamiento son los siguientes:

(1) en materia de compensación, según el artículo 14 de las “Normas”, la empresa de seguros o asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora podrá oponer al asegurado o al beneficiario, las excepciones que tenga contra el tomador concernientes al contrato; sin embargo, la aseguradora no podrá compensar los créditos que tenga contra el tomador con la indemnización que deba al asegurado o al beneficiario, salvo que se trate de la prima por pagar del respectivo contrato. Para el reembolso de las primas pagadas a la empresa de seguros o asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora y de los gastos del contrato, el tomador tiene privilegio sobre las sumas debidas por aquél en el mismo grado que el mandatario por los créditos por gastos de conservación;

(2) de acuerdo con la Ley derogada, la falta de pago de la prima daba al asegurador el derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima (artículo 27). Esta disposición es repetida por las “Normas (artículo 32), aunque se utiliza la palabra rescisión en lugar de resolución<sup>263</sup>, con un agregado redactado en forma confusa que parece querer sugerir la existencia de responsabilidad del asegurador, a pesar de que se indica claramente que en ausencia de pago de la prima cesan los riesgos a cargo de éste. La situación que antes era resuelta en forma simple y clara ahora se hace complicada;

(3) el asegurador tenía la obligación de aclarar las dudas del tomador (la otra parte en el contrato, artículo 21.1 de la Ley derogada), ahora esta obligación se extiende a las dudas del asegurado y del beneficiario (artículo 25.1 “Normas”;

---

<sup>263</sup> Para la diferencia, ver MÉLICH-ORSINI, José: *Teoría General del Contrato*, op. cit., especialmente el N° 136. La noción venezolana de rescisión se refiere al remedio para el supuesto de lesión. Este no es el único lugar en que se usa la palabra rescisión en lugar de resolución.

(4) el antiguo Capítulo VI de la Ley derogada que se titulaba De las declaraciones falsas (artículos 22 y 23) se llama ahora De las declaraciones (artículos 26 y 27 “Normas”) y le atribuye a las falsedades y reticencias de mala fe del tomador, del asegurado y del beneficiario en la reclamación del siniestro los efectos de la nulidad absoluta del contrato y de la exoneración del pago de la indemnización por parte del asegurador (artículo 27). El último efecto es suficiente;

(5) conforme al artículo 24 de la Ley los aseguradores y los productores de seguros (intermediarios) podían cobrar, además de la prima, los gastos de inspección de riesgos en los seguros de daños. Las “Normas” (artículo 28) prohíben cobrar ninguna otra cantidad distinta a la prima;

(6) la falta de pago oportuno de la prima daba derecho al asegurador a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima con fundamento en la póliza (artículo 27 Ley). El artículo 32 de las “Normas”, después de repetir la misma regla y de agregar que en tal caso el riesgo no corre por cuenta del asegurador, contempla situaciones de falta de pago de la prima fraccionada en que hace responsable al asegurador, pero permite a éste descontar la prima pendiente de la indemnización a pagar o retener el pago de ésta. Debe tratarse de primas pendientes de pago cuando ocurre el siniestro en el período de gracia de cinco días después de vencido el plazo para el pago. Es una repetición innecesaria, pues son las mismas soluciones que están previstas en las “Normas” para el período de gracia (artículo 34);

(7) las “Normas” (artículo 43) preservan el plazo para hacer la notificación del siniestro (cinco días hábiles a partir del conocimiento del hecho), pero reconoce expresamente que el plazo es de caducidad, ya que sanciona su desacato con la exoneración de responsabilidad del asegurador, a menos que la presentación tardía del aviso haya sido la consecuencia de causa no imputable;

(8) con respecto al pago de la indemnización, el artículo 41 de la Ley establecía que “terminadas las investigaciones y peritajes para establecer la existencia del siniestro”, la empresa de seguros estaba obligada a satisfacer la indemnización, de ser el caso, “dentro del plazo establecido en la ley, según las circunstancias por ella conocidas”. Esta disposición ha sido eliminada por las “Normas”, quedando la mención del pago de la indemnización en el número 2 del artículo 25. La norma

eliminada aludía a requisitos indispensables (presupuestos) para pagar la indemnización, como son la investigación del siniestro y el peritaje de los daños. ¿Quiere esto decir que la aseguradora no puede alegar que las investigaciones del siniestro no han concluido o que el peritaje de los daños no ha terminado para justificar la falta de pago de la indemnización? A esta absurda conclusión no se puede llegar, ante la supresión del antiguo artículo 41 de la Ley;

(9) la sustitución de la indemnización por la reparación del bien siniestrado o la entrega de un bien similar, establecida en el artículo 42 de la Ley, ha sido prácticamente eliminada como alternativa. En efecto, para favorecer al tomador, al asegurado y al beneficiario, el artículo 45 de las “Normas” ha agregado un párrafo que dice que la aseguradora “podrá dar cumplimiento a su obligación a través de proveedores de insumos o servicios escogidos libremente por el asegurado o beneficiario”, un innecesario privilegio que sustituye la práctica del acuerdo de las partes;

(10) la exoneración de responsabilidad del asegurador está regulada de igual manera en los artículos 44 de la Ley y 47 de las “Normas”, salvo que en esta última disposición se agrega un supuesto de hecho específico de dolo contra el asegurador para exonerarlo de responsabilidad (que “para sustentar un siniestro o para procurarse beneficios derivados del contrato, se haga uso de artificios o medos capaces de engañar, inducir a error o sorprender la buena fe” del asegurador);

(11) en cuanto a la duración del contrato, el artículo 51 de la Ley disponía que éste no podía tener una duración mayor de diez años. Tal prohibición, que había sido tomada por la Ley del Contrato de Seguros del artículo 22 de la ley española (texto que ésta, a su vez, lo había tomado de otras leyes), no aparece en las “Normas” (artículo 54). De resto, las soluciones sobre duración y prórroga (ahora duración y renovación) son las mismas, aunque en algunos casos se ha abandonado innecesariamente la clara redacción original de la Ley y se ha utilizado una redacción defectuosa, quedando incompleta la idea, como es el caso de la negativa de renovación (segundo aparte del artículo 54 de las “Normas”);

(12) en cuanto a la modificación del contrato, ha desaparecido el artículo 52 de la Ley que así se titulaba. En él se disponía que, si durante la



vigencia del contrato eran modificadas por decisión de las autoridades competentes las pólizas de un determinado ramo de seguro o algunas de sus cláusulas, el tomador podía exigir que el contrato continuara bajo las nuevas condiciones, pero que, si en virtud de éstas se imponían al asegurador mayores prestaciones, el tomador debía pagar el eventual aumento de la prima por el período a transcurrir. ¿Se pretende con esta eliminación que el tomador no pague el exceso de prima cuando se imponen nuevas cargas o mayores prestaciones al asegurador? La supresión de la norma no justifica una conclusión de esa naturaleza;

(13) la terminación anticipada del contrato está regulada de modo igual en la Ley derogada y en las “Normas” (artículos 53 y 55 respectivamente), salvo una excepción resaltante: el último aparte del artículo 53 de la Ley establecía que la terminación anticipada no era procedente ni en los seguros obligatorios ni en los seguros de personas, esto es, ninguna de las partes podía dar por terminado el contrato anticipadamente en esos tipos de seguros; ahora, quien no puede dar por terminado anticipadamente el seguro obligatorio o el seguro de personas es solo el asegurador (artículo 55 “Normas”). Esta desigualdad carece de sentido. Aparte de la bilateralidad del contrato de seguro, la naturaleza de los seguros obligatorios y de los seguros de personas es la que recomienda prohibir la terminación anticipada, por la implicación de mandatos legales (el seguro de responsabilidad civil de automóviles, por ejemplo) o de intereses de terceros en la preservación de la relación contractual (los seguros de vida en que el beneficiario es el acreedor hipotecario, por ejemplo), sin importar quien desencadene la terminación. Si bien la terminación anticipada puede tener sentido en los contratos de duración indeterminada, no la tiene en los de duración fija o de composición plurilateral, como el seguro colectivo;

(14) el artículo 56 de las “Normas” se refiere a la terminación anticipada por revocatoria al asegurador de la autorización para operar. Dice el artículo que “se darán por terminados, con efectos inmediatos, los contratos” sin indicar quien debe darlos por terminados. La disposición equivalente de la Ley (artículo 54) declaraba que “el tomador o el asegurado podrá resolver unilateralmente el contrato con efectos inmediatos”, una solución más expedita y clara;

(15) los artículos 58 y 57 de las “Normas” regulan la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro y la caducidad de la acción judicial contra el rechazo de una reclamación. Innecesariamente, la redacción del artículo 57 de las “Normas” sobre la caducidad se apartó de la que tenía el artículo equivalente de la Ley, el artículo 55, generando confusión;

(16) en caso de cesión de cartera, regulada en la Ley de la Actividad Aseguradora, las “Normas” (primer aparte, artículo 56) disponen que en los seguros de vida, el asegurado inconforme con la cesión que haya formulado oposición tendrá derecho a la reserva matemática pura o a la parte proporcional de la prima por el período que falte por transcurrir, según corresponda, calculada para el momento de la terminación.

## **VI. LA DESAPARICIÓN DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN EL CONTRATO DE SEGURO**

El derecho de la economía de mercado es heredero de la tradición jurídica que distingue entre los conceptos de derecho público y derecho privado. Esta distinción, a la cual se hizo referencia anteriormente, no es unánimemente aceptada, más bien es controversial, pero es útil para poner de relieve que en el sistema jurídico de la economía de mercado, sustentado en el principio de la propiedad privada de los medios de producción, todas las personas tienen el derecho de acudir al mercado para colocar los bienes que producen o distribuyen y ofrecer los servicios para los cuales tienen capacidad. De este principio se deriva una serie de consecuencias, una de las cuales es que el derecho privado es el derecho de las relaciones entre particulares; otra es que las relaciones entre particulares obedecen -por regla general- a intereses opuestos; y otra es que esas relaciones se concretan y regulan -también por regla general- por medio de intercambios contractuales. El contrato es, por antonomasia, el instrumento de negociación, conciliación y equilibrio que utilizan los particulares para la utilización de los bienes y la prestación de los servicios.

En la economía de mercado, la libertad económica permite a las personas utilizar al máximo su juicio personal para tomar decisiones, con las limitaciones, restricciones y excepciones que se deriven del

interés público y tomando en cuenta los principios de la libre competencia y de la protección de los consumidores y usuarios que procuran hacer de la economía de mercado un sistema lo más equilibrado, eficiente y justo posible. En la economía de mercado, la autonomía de la voluntad (el libre consentimiento en el contrato), que debería ser la regla general, convive armoniosamente con una serie de contratos dirigidos, sin que desaparezca totalmente la libertad de pactos o sin que sea aniquilado el equilibrio propio de una sana economía. En la economía socialista, cuya base es la propiedad pública de los medios de producción, cuando se utiliza la figura jurídica del contrato, el estado fija unilateralmente las condiciones “contractuales”, desaparece la figura del contrato libremente consentido y ésta es sustituida por el contrato dirigido, pero las partes en los contratos de la economía socialista no son los particulares ni las empresas privadas, que dejan de existir, sino las corporaciones públicas.

El derecho privado utiliza como instrumentos de moderación de los acuerdos contractuales el acatamiento de ciertas reglas que se resumen en el orden público y las buenas costumbres. Fuera de esas restricciones, el legislador teóricamente deja a los contratantes una amplia libertad, aunque en la práctica los linderos del orden público se amplían cada vez. Esa elasticidad a veces deja de ser tal y se transforma en una regla rígida. Es lo que ha venido ocurriendo en Venezuela con algunos contratos, prácticamente desfigurados en el proceso de transición inconstitucional del sistema capitalista al sistema socialista, como es el caso del arrendamiento. El arrendamiento ha dejado de ser un contrato oneroso y bilateral. No es oneroso, porque la prestación recibida por el arrendador no guarda correspondencia con la enormidad de la prestación recibida por el arrendatario, prácticamente convertido en dueño y señor de la propiedad arrendada. No es bilateral, porque todos los términos, condiciones y modos del contrato están predispuestos, como si tratara de un negocio unilateral.

Algo similar ocurre con el contrato de seguro, cuyos términos, condiciones y modos son predispuestos de tal modo en las “Normas” dictadas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, que no se puede decir que el contrato sea el resultado del libre intercambio de voluntades entre el asegurador y la otra parte en el contrato.

## VII. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PARTE INTEGRANTE O ATRIBUTO DEL DERECHO HUMANO DE LIBERTAD ECONÓMICA

La regla de la autonomía de la voluntad, inherente a la economía de mercado como parte del sistema, se configura en innumerables legislaciones nacionales y en los tratados multilaterales de derechos humanos como un derecho fundamental. Los derechos humanos pueden ser mejorados o ampliados, pero nunca pueden ser suprimidos, porque pertenecen a todos, al pueblo entero; de ahí su natural rigidez: "...está en la lógica del constitucionalismo que los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos se hallen jurídicamente sustraídos incluso al poder de revisión constitucional, o mejor, que por el ejercicio de éste puedan ser solo ampliados y no ya reducidos o, peor, suprimidos"<sup>264</sup>.

Después de reconocer que todos los individuos tienen derecho a la libertad (artículo 3º), a la igualdad (artículo 7º), a la propiedad individual y a no ser arbitrariamente despojado de ella (artículo 17), a los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 22), a la seguridad social y al trabajo libremente escogido (artículos 22 y 23), el artículo 30 de Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que "Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, o a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración". El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce los derechos económicos, sociales y culturales al mismo nivel de los derechos civiles y políticos. El artículo 4º del citado Pacto dispone: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados por el presente Pacto, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática"; y el artículo 5º agrega "1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el

<sup>264</sup> FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*; Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 47.

sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo, para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

La doctrina venezolana estima que la autonomía de la voluntad pertenece a la esencia de la libertad económica como derecho fundamental y forma parte de la libertad individual<sup>265</sup>. La libertad de contratos es uno de los atributos del núcleo esencial de la libertad económica<sup>266</sup>. Es más, sostiene que, en la Constitución de 1999, la preeminencia es de los derechos humanos, entre los cuales se encuentran la libertad de empresa y la propiedad privada, encontrándose en el texto constitucional normas dirigidas a la armonización de los preceptos de ésta partiendo de la preeminencia de los derechos humanos<sup>267</sup>. La autonomía de la voluntad o la libertad de contratos es uno de los seis elementos que la doctrina alemana estima consustanciales al principio de libertad económica (los otros cinco son: la libertad de desarrollo, la libertad de asociación, la libertad de industria, la libertad de profesión y la libertad de competencia)<sup>268</sup>. La doctrina nacional también ha recogido la observación hecha a las limitaciones y restricciones sucesivas que terminan por desnaturalizar un derecho<sup>269</sup>. En la doctrina alemana, Ossenbühl afirma que “La libertad contractual es la libertad de formalizar contratos con una contraparte de su elección fundada en el mutuo acuerdo... Los aspectos de la libertad contractual que no están cubiertos por los derechos

<sup>265</sup> HERNÁNDEZ G., José Ignacio: “La libertad económica en la constitución de 1999”, *op. cit.*, pp. 72-73; 160-161.

<sup>266</sup> HERNÁNDEZ G., José Ignacio: La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano; Funeda-Iesa; Caracas 2004, pp. 230-231

<sup>267</sup> HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso: “La libertad económica en la constitución de 1999”, en *La libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*; Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2011, pp. 41-42.

<sup>268</sup> HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*; *op. cit.*, pp. 228-237.

<sup>269</sup> CASAL h., Jesús María: pp. 80-81. protección

fundamentales específicos forman parte de la libertad general de actuación”<sup>270</sup>. En sentido similar, Huber observa que la Administración ejerce una potestad de supervisión y coordinación sobre la actividad económica, “pero al hacerlo deja intactos, sin embargo, los derechos fundamentales de la libertad de la economía garantizados en una Constitución liberal de estado de derecho. Esos derechos fundamentales de la libertad de la economía garantizados constitucionalmente en la actualidad por medio de un amplio sistema de protección son los siguientes: la libertad de desarrollo, la libertad de propiedad, la libertad de contratación, la libertad de asociación, la libertad de industria, la libertad de profesión y la libertad de competencia” [itálicas agregadas]<sup>271</sup>.

## CONCLUSIONES

1. Las “Normas que regulan la relación contractual en la actividad aseguradora” dictadas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora carecen de rango legal, son el producto de una violación del principio de reserva legal por parte de una autoridad que ejercía una facultad legislativa delegada y, por lo tanto, no tienen fuerza obligatoria.
2. En la economía venezolana actual, una economía en transición inconstitucional hacia el sistema socialista, el contrato de seguro no está sujeto a la libre concertación de sus modos, términos y condiciones. Se puede afirmar que el seguro dejó de existir como contrato dirigido, tal como este negocio jurídico es conocido en los ordenamientos jurídicos de las economías de mercado, un contrato modulado en función de intereses merecedores de protección; y que la relación jurídica entre aseguradores y tomadores, asegurados y beneficiarios excede la propia de un contrato obligatorio, cuyo ejemplo típico es el que corresponde al acceso a los servicios públicos en condiciones de uniformidad, es una relación arbitrariamente impuesta en prácticamente todos sus aspectos.

<sup>270</sup> OSSENBÜHL, Fritz: “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, (Traducción de Manuel Pulido Quecedo y Ulrique Oster), en Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 32, Madrid 1991, p. 36.

<sup>271</sup> HUBER, Ernst Rudolf: *Administración Autónoma de la Economía*; Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid 1967, pp. 31.

3. El modelo de contrato de seguro diseñado por las “Normas” de la Superintendencia, por la falta de equilibrio de las prestaciones y por la ausencia de respeto a la autonomía de la voluntad, es una distorsión del contrato de seguro normalmente empleado en las economías de mercado.

La aniquilación de la autonomía de la voluntad en la relación de seguro, al afectar uno de los elementos del núcleo esencial del derecho humano de libertad económica (la libertad de pactos), no solo viola el precepto constitucional que lo consagra, sino los tratados internacionales de derechos humanos que prohíben la supresión de ese derecho. El artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que “Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, o a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce los derechos económicos, sociales y culturales al mismo nivel de los derechos civiles y políticos. El artículo 4° del citado Pacto dispone: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados por el presente Pacto, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”; y el artículo 5° agrega “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo, para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo deninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

4. Algunas leyes de la transición, como la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, contienen declaraciones de orden contradictorio o de difícil compatibilidad con otras leyes del mismo sector económico: la ley mencionada, afirma, por una parte, que el objeto principal del sector asegurador es promover el desarrollo de su actividad en función de elevar el nivel de vida de la población, prestando atención al desarrollo económico del país (artículo 22), como si se tratara de los fines de un ente público; y, por otra parte, habla de la obligación del ente de regulación del mercado asegurador de crear un ambiente eficiente, seguro, justo y estable que permita al sector asegurador ofrecer primas razonables en beneficio de las comunidades y contar con la fortaleza patrimonial requerida para responder de sus obligaciones con los asegurados y con los accionistas. (artículos 23 y 24). En contradicción con los altos fines y con los propósitos prácticos de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, las “Normas” sobre el contrato de seguro someten a la empresa privada aseguradora a condiciones intolerables. Sin embargo, esa orientación es congruente con el proceso de transición hacia la economía colectiva, en la cual desaparecerá la empresa privada.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: “*El decreto con fuerza de ley del contrato de seguro*”, en *Centenario del Código de Comercio venezolano de 1904* (Coordinadores: Alfredo Morles Hernández e Irene de Valeras); Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2004.
- ALVARADO ANDRADE, Jesús María: “*La “constitución económica” y el sistema económico comunal*”, en *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el estado comunal*; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011
- ARIAS CASTILLO, Tomás A.: “*Régimen general del sistema económico y de la libertad económica en Venezuela bajo la vigencia de la Constitución de 1999*”; en el libro *La libertad económica...UCAB*, Caracas 2011.
- BREWER-CARÍAS, Allan R.: “*Introducción general al régimen del poder popular y del estado comunal*”, en *Leyes Orgánicas sobre el poder popular y el estado comunal*; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011.



- BREWER-CARÍAS, Allan R.: “El sello socialista que se pretendía imponer al Estado”, en Revista de Derecho Público, N° 112, Caracas, octubre-diciembre 2007.
- DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille (traducción de Jorge Sánchez Cordero): Capítulo IV, Nos. 179-182 “La estructura del derecho socialista” del libro “Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos”, edición digital de la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2010. Link del libro:<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2792-los-grandes-sistemas-juridicos-contemporaneos-1a-reimp-de-la-11a-ed>; <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2792/29.pdf>
- DUQUE CORREDOR, Román José; Gustavo A. GRAU FORTOUL y Uxúa OJER: estudios publicados en el N° 112 de la Revista de Derecho Público, Caracas, octubre-diciembre 2007.
- FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*; Editorial Trotta, Madrid 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*; Tecnos, Madrid 1970.
- GUERRERO BRICEÑO, Fernando F.: *El principio general y el concepto de la buena fe en el sistema civil en Venezuela. Apostilla procesal*. Texto electrónico cortesía del autor.
- HERNÁNDEZ GONZALEZ, José Ignacio: “Código de comercio y libertad de empresa. Un ensayo sobre las bases constitucionales de la autonomía privada”, en Libro Bicentenario del Código de Comercio Francés; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio: Reflexiones sobre la Constitución y el modelo socioeconómico en Venezuela. A propósito del proceso de reforma constitucional; Funeda, Caracas 2008.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio; ALVARADO ANDRADE, Jesús María; HERRERA ORELLANA, Luis A.: “Sobre los vicios de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Poder Popular”, en Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el estado comunal; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011.
- JOHNSON, E. L.: El sistema jurídico soviético; Ediciones Península; Barcelona 1974.
- DUQUE CORREDOR, Román José; Gustavo A. GRAU FORTOUL y Uxúa OJER: estudios publicados en el N° 112 de la Revista de Derecho Público, Caracas, octubre-diciembre 2007.

- MARTIGNETTI, Giuliano: palabra propiedad en el Diccionario de Política de BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco; Siglo veintiuno editores, Madrid 1983.
- MÉLICH-ORSINI, José: Teoría general del contrato; Quinta edición, primera reimpresión; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2006.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: Derecho de Seguros; Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2013.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: LA BANCA en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela; segunda edición; Universidad Católica Andrés Bello; Caracas 2016.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: “Las anomalías de la regulación venezolana de los servicios financieros”; en Libro Homenaje a Clarisa Sanoja de Ochoa; ACIENPOL-UCAB-LUZ-BOD; Caracas 2013.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: “¿Un código de comercio socialista?”, en Libro Bicentenario del Código de Comercio Francés; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: “La deslegalización de la materia del contrato de seguro”, en Jornada de Derecho Mercantil en homenaje a Gladys Rodríguez de Bello; Universidad Central de Venezuela, 11 de noviembre de 2016 (texto no publicado todavía en octubre 2017).
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: “La validez del seguro de riesgo putativo y sus nuevas aplicaciones”. Colaboración para el Libro Homenaje a la Profesora María Auxiliadora Pisani Ricci aún no publicado.
- 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 (1915-2015), Tomo IV; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2015.
- MUCI BORJAS, José Antonio; Tamara ADRIÁN, Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Irma Isabel LOVERA DE SOLA, Alfredo MORLES HERNÁNDEZ y Luis Abraham VARGAS: estudios publicados en la Revista de Derecho Público N° 112, Caracas, octubre-diciembre 2007.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo: “El nuevo modelo de regulación bancaria y su encaje constitucional”, en Regulación Bancaria: transformaciones y Estado de Derecho. (María Amparo Salvador Armendáriz, Directora); ICS Universidad de Navarra-Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2014.
- SUÁREZ MEJÍAS, Jorge Luis, Presentación del libro La libertad económica coordinado por él y por Jesús María CASAL; UCAB, Caracas 2011.

UNAM: Características del antiguo derecho socialista de la antigua URSS, números 179-182. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2792/29.pdf>

SHELDON, Arthur y PENNANCE, F. G.: Diccionario de Economía; Editorial Orbis; Barcelona 1987.

ZUNZUNEGUI, Fernando: La prestación bancaria de servicios de inversión; Bosch, Barcelona 2015.

**EL CONTROL DE CAMBIOS  
Y EL SECTOR SEGUROS.  
DR. CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE,  
INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN.**

SUMARIO

1) Seguros en divisas. 2) Tipos de cambio y contabilidad. 3) Subestimación de las reservas en divisas de las aseguradoras. 4) ¿Pueden las compañías del sector seguros hacer operaciones de cambio? 5) Riesgo de que las empresas del sector seguros hagan operaciones de cambio. 6) Ningún hecho del príncipe impide pagar en divisas las obligaciones pagaderas en divisas. 7) Pago en bolívares de obligaciones cuya moneda de cuenta es extranjera. 8) La peculiar jurisprudencia venezolana. 9) Conclusión.

## 1) SEGUROS EN DIVISAS

Para nadie es un secreto que, en la Venezuela de 2017, hay hiperinflación. En estas circunstancias, la única manera de tener una cobertura que realmente ampare al tomador, asegurado o beneficiario, en nuestro país, es que se permita el seguro en moneda dura.

Ahora bien, el artículo 36, número 3, de la Ley de la Actividad Aseguradora establece esto:

*“...Los riesgos en moneda extranjera que pueda asumir una empresa en la contratación de seguros... serán establecidos mediante las normas que al efecto dicte la Superintendencia...”*

De manera que la Superintendencia de la Actividad Aseguradora está facultada para establecer que unos riesgos pueden ser asegurados en divisas y otros no. Esto es arbitrario, pues las aseguradoras y sus clientes son los que deberían tomar esta decisión. Lógicamente, cuando la Superintendencia autoriza que un riesgo sea asegurado en divisas, está permitiendo que, tanto la prima, como la cobertura, sean en moneda extranjera.

Con base en la disposición legal citada, las Normas que Establecen las Obligaciones en Moneda Extranjera que puedan asumir las Empresas de Seguros y de Reaseguros en la Contratación de Seguros, Reaseguros, Fianzas o Reafianzamientos, emitidas por la Superintendencia, disponen, en su artículo 2, lo siguiente:

*“Las obligaciones en moneda extranjera que pueden asumir las empresas de seguros en la contratación de seguros o fianzas, son las siguientes:*

1. *En los contratos celebrados con ocasión de las negociaciones realizadas por el Estado en el marco de acuerdos internacionales y/o relacionados con el cumplimiento de los objetivos y fines del Estado;*
2. *En los seguros de daños, cuando por su naturaleza los bienes amparados sólo pueden ser repuestos, reconstruidos o reparados fuera del territorio de la República Bolivariana de Venezuela o con insumos provenientes del exterior;*
3. *En los seguros de responsabilidad civil que establezcan que la indemnización sea pagada a una persona domiciliada en el exterior;*
4. *En los seguros de transporte de bienes destinados a la exportación o importación;*
5. *En los seguros de crédito a la exportación;*
6. *En los seguros de aeronaves o embarcaciones;*
7. *En los seguros de asistencia en viajes que contemplen el pago directo a los proveedores de servicios por siniestros ocurridos en el exterior;*
8. *En los seguros de salud que contemplen el pago directo a los proveedores de servicios por siniestros ocurridos en el exterior;*
9. *En los contratos de fianzas, cuando las obligaciones que garanticen se hayan convenido en moneda extranjera y se refieran a contratistas extranjeros de obras, bienes o servicios que deban cumplir obligaciones en el país o a exportadores nacionales de bienes o servicios.*

*Las empresas de seguros podrán realizar operaciones de reaseguro aceptado en moneda extranjera en los contratos de seguros y fianzas a que se refiere el presente artículo.”*

El artículo citado de la ley se refiere a “*Los riesgos en moneda extranjera que pueden asumir las empresas de seguros en la contratación de seguros o fianzas*”, y el artículo citado de las normas se refiere a “*Las obligaciones en moneda extranjera que pueden asumir las empresas de seguros en la contratación de seguros o fianzas*”. De modo que ambas disposiciones son relativas a las coberturas. Sin embargo, a nuestro juicio, se debe considerar que la autorización correspondiente abarca también a las primas.

A continuación nos referiremos a la aplicación de la norma anterior a cinco tipos de operaciones:

### **A) Seguros de vida**

En la lista precedente no figura el seguro de vida. Por lo tanto, en nuestro país no se permiten los seguros de vida en moneda dura. Tomar un seguro de vida en bolívares con hiperinflación no tiene ningún sentido. De hecho, en Venezuela los seguros de vida prácticamente desaparecieron.

### **B) Seguros de daños**

El número 2 del artículo 2 de dichas normas establece que el seguro de daños puede ser en divisas si los activos cubiertos solamente pueden ser remplazados, reconstruidos o reparados en el exterior o con elementos importados.

Evidentemente, si un bien es importado, el mismo puede ser asegurado en divisas.

En cambio, si un bien es producido aquí, con insumos nacionales, está prohibido asegurarlo en divisas.

Pero hay situaciones en las que se asegura un activo que tiene componentes nacionales e importados. En estos casos, surge la duda de qué hacer si una parte de los activos cubiertos por la póliza sólo pueden ser repuesta, reconstruida o reparada fuera de Venezuela o con insumos provenientes del exterior, existiendo otra parte que puede ser remplazada, reconstruida o reparada en Venezuela o con elementos hechos aquí.

En nuestra opinión, no es necesario que todos y cada uno de los elementos de los bienes amparados sólo puedan ser reparados o sustituidos fuera de Venezuela o con recurso a importaciones. Efectivamente, la regla citada no lo exige. Además, es razonable pensar que, si algunos componentes pueden ser obtenidos o reparados en el país sin insumos extranjeros, ello no impide que la cobertura sea totalmente en moneda extranjera. Esto es porque el requisito de la Superintendencia sería absurdo si no se considerara satisfecho cuando únicamente las piezas fundamentales, desde el punto de vista de su utilidad y costo, han de ser reparadas o repuestas en el exterior o con recurso a la importación.

De hecho, la disposición transcrita se refiere al supuesto de que *“los bienes amparados sólo pueden ser repuestos, reconstruidos o reparados fuera del territorio... o con insumos provenientes del exterior”*, sin exigir que sea la totalidad de *“los bienes amparados”*, así que se puede sostener que, en caso de que no sean todos, se puede, de todas maneras, tomar un seguro en divisas.

Respecto de los bienes producidos aquí con insumos nacionales, cuyo seguro en divisas está prohibido, sucederá que, por efecto de la hiperinflación, la cobertura rápidamente va a ser insuficiente.

### **C) Seguros de responsabilidad civil**

El número 3 del artículo 2 de dichas normas se refiere a *“los seguros de responsabilidad civil que establezcan que la indemnización sea pagada a una persona domiciliada en el exterior”*. De manera que el requisito no es que la obligación de reparar un daño sea una obligación en divisas, sino que el acreedor de la obligación se encuentre en el extranjero.

### **D) Seguros de salud**

El número 8 del artículo 2 de dichas normas establece que el seguro de salud puede ser en divisas si se trata de *“seguros de salud que contemplen el pago directo a los proveedores de servicios por siniestros ocurridos en el exterior”*. Surge la duda de qué hacer si la póliza cubre, tanto pagos en Venezuela, como pagos en el exterior. La disposición citada no distingue, así que se puede sostener que, en este caso, se puede tomar un seguro en divisas.

Respecto de las pólizas de salud que sólo den protección en Venezuela, cuya cobertura en divisas está prohibida, la hiperinflación lamentablemente tendrá como consecuencia que las sumas aseguradas, en el corto plazo, no van a alcanzar.

### **E) Fianzas**

El número 9 del artículo 2 de dichas normas se requiere, respecto de las fianzas, que *“las obligaciones que garanticen se hayan convenido*



*en moneda extranjera y se refieran a contratistas extranjeros de obras, bienes o servicios que deban cumplir obligaciones en el país o a exportadores nacionales de bienes o servicios*". De manera que no basta que la obligación afianzada sea en divisas, sino que se necesita que el acreedor sea un contratista extranjero o un exportador nacional.

## 2) TIPOS DE CAMBIO Y CONTABILIDAD

Las normas legales y sub-legales venezolanas mencionan las siguientes tasas cambiarias, en cuanto concierne al sector privado:

- La tasa DIPRO, de aproximadamente Bs. 10 por dólar, para la importación de alimentos y medicinas.
- La tasa DICOM, que fue concebida como variable, pero está estacionada, desde el 1° de septiembre de 2017, en Bs. 3.345 por dólar, y es muy difícilmente accesible para las personas naturales y jurídicas no vinculadas al gobierno o a sus personeros.
- El *"tipo de cambio corriente en el lugar"* y *"la fecha de pago"*, previsto en el artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela.

Las compañías del sector bancario, asegurador y de mercado de capitales deben, en teoría, aplicar la tasa DIPRO a su contabilidad, según la Resolución del Banco Central de Venezuela N° 16-03-01, publicada en la Gaceta Oficial N° 40.879 del 5 de abril de 2016.

Entendemos, sin embargo, que algunas empresas del sector seguros no llevan su contabilidad a la tasa DIPRO, sino a la tasa DICOM, lo cual es razonable, por cuanto:

- La tasa DIPRO es absurdamente baja, al punto de que es más de trescientas veces menor que la tasa DICOM, que también es artificialmente pequeña.
- La tasa DICOM, que nació como una tasa variable, teóricamente asequible al público en general, es más cercana a una tasa de mercado que la tasa DIPRO.
- Las empresas del sector seguros no tienen acceso a la tasa DIPRO, reservada para ciertos alimentos y medicinas; mientras que, al menos en teoría, tienen acceso a la tasa DICOM.

- El Banco Central de Venezuela no es el regulador de las empresas del sector seguros, puesto que lo es la Superintendencia de la Actividad Aseguradora.
- Utilizar la tasa DIPRO distorsionaría los resultados de las empresas, que están obligadas por ley a presentar sus balances y demás estados financieros de manera tal que reflejen su situación financiera real, lo que se logra mejor usando la tasa DICOM.

### **3) SUBESTIMACIÓN DE LAS RESERVAS EN DIVISAS DE LAS ASEGURADORAS**

La utilización de la tasa DIPRO genera muchos problemas, por ejemplo, las reservas en divisas de las aseguradoras están subestimadas. En efecto, el monto o valor en dólares de las reservas se convierte a bolívares, para efectos contables, multiplicando tal monto o valor por Bs. 10, en vez de multiplicarlo por Bs. 3.345, que es la tasa DICOM.

Esta subestimación se compensa en parte porque el valor de mercado de la deuda venezolana es muy inferior a su valor nominal.

### **4) ¿PUEDEN LAS COMPAÑÍAS DEL SECTOR SEGUROS HACER OPERACIONES DE CAMBIO?**

Como negocio, las compañías del sector seguros no pueden hacer operaciones de cambio, pues la Ley de la Actividad Aseguradora sólo les permite dedicarse a la actividad aseguradora. Por ejemplo, el artículo 19, número 3, de dicha ley, señala lo siguiente:

*“Son requisitos indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como empresa de seguro... tener como objeto único la realización de operaciones permitidas por este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, para empresas de seguros...”*

Ahora bien, para dedicarse a la actividad aseguradora, es posible que las compañías del sector seguros tengan una obligación en divisas para cuyo cumplimiento dispongan de bolívares; o que tengan una obli-

gación en bolívares para cuyo cumplimiento dispongan de divisas. Por ejemplo, una aseguradora puede disponer de fondos en bolívares, procedentes de las primas de seguros, y puede necesitar dólares, para poder pagarles, a sus reaseguradores en el exterior, las primas de reaseguro. En el pasado, las aseguradoras, con grandes retrasos y mucha dificultad, podían obtener divisas a la tasa oficial aplicable, para cumplir con al menos una parte de sus compromisos con los reaseguradores. Si bien en teoría esto es todavía posible, en la práctica no lo es.

Dicho esto, para responder la pregunta de si las compañías del sector seguros pueden hacer operaciones de cambio, hay que referirse, principalmente, a la vigente Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, que fue publicada el 30 de diciembre de 2015.

Esta ley, sus predecesoras y la normativa sub-legal en materia cambiaria jamás han prohibido nada de lo siguiente, que, por lo tanto, siempre ha estado permitido:

- Mantener divisas fuera del país, excepto en determinadas circunstancias, en las cuales tales divisas deben ser vendidas al Banco Central de Venezuela.
- Celebrar contratos que establecen obligaciones en divisas, y pactar pagarlas en divisas o en bolívares.
- Acordar que las obligaciones originalmente contraídas en una moneda sean pagadas en definitiva en otra moneda.

La vigente Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, en su artículo 1, establece que dicha ley se aplica, entre otros, a los siguientes asuntos:

*“...la participación de las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, en la adquisición de divisas y los supuestos de hecho que constituyen ilícitos en tal materia y sus respectivas sanciones”.*

Y el artículo 2 de la misma ley establece las siguientes definiciones:

*“Operación cambiaria: Compra y venta de cualquier divisa cuyo valor sea satisfecho en bolívares”.*

*“Divisa: Las monedas diferentes al bolívar, entendido éste como la moneda de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela,*

*incluidos los depósitos en bancos e instituciones financieras nacionales e internacionales, las transferencias, cheques bancarios y letras, títulos valores o de crédito, así como cualquier otro activo u obligación que esté denominado o pueda ser liquidado o realizado en moneda extranjera en los términos que establezca el Banco Central de Venezuela y conforme al ordenamiento jurídico venezolano”.*

De modo que, de conformidad con dichos artículos, esta ley se aplica a las transacciones en las cuales la moneda local se cambia por moneda extranjera, o por ciertos activos que pueden ser liquidados en moneda extranjera, como títulos valores denominados en divisas.

Ahora bien, las operaciones del mercado paralelo no son ilegales en este momento, dado que:

- La Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos establece un “*Mercado alternativo de divisas*”, distinto de “*los mecanismos administrados por las autoridades competentes*”, en el cual “*las personas naturales y jurídicas demandantes de divisas, podrán adquirirlas*” de “*Personas naturales y jurídicas del sector privado*”.
- La Ley del Banco Central de Venezuela establece libertad contractual en materia de moneda extranjera.
- La Constitución establece que la libertad contractual solo puede ser limitada por la ley.
- La Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, y las normas sub-legales en la materia, no prohíben las operaciones del mercado paralelo.

Nos explicamos:

El artículo 11 de la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos establece lo siguiente:

*“Mercado alternativo de divisas*

*Artículo 11. Sin perjuicio del acceso a los mecanismos administrados por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas a los que se refiere este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, las personas naturales y jurídicas demandantes de*

*divisas, podrán adquirirlas a través de transacciones en moneda extranjera ofertadas por:*

- 1. Personas naturales y jurídicas del sector privado,*
- 2. Petróleos de Venezuela, S.A.,*
- 3. Banco Central de Venezuela, y,*
- 4. Bancos del Estado.*

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

Ninguna de las disposiciones de dicha ley establece regulaciones sobre los términos, requisitos y condiciones que gobiernan la participación en el “*Mercado alternativo de divisas*”. De hecho, la normativa aplicable solamente regula las operaciones realizadas con intervención del Banco Central de Venezuela, las cuales no pueden razonablemente ser consideradas como constitutivas de un mercado, pues, para que haya un mercado (en este caso un “*Mercado alternativo de divisas*”), se necesita que las personas naturales y jurídicas del sector privado puedan comprar y vender moneda extranjera libremente, bajo las reglas de la oferta y la demanda. No tenemos conocimiento de “*regulaciones que en su desarrollo establezcan los términos, requisitos y condiciones que rigen la participación en dicho mercado*”, emitidas por “*las Superintendencias competentes en materia bancaria y de valores*”. Y ciertamente la Superintendencia de la Actividad Aseguradora no ha emitido tales regulaciones, y parece no tener atribuciones para hacerlo, pues no es mencionada en dicho artículo 11.

De manera que la participación del sector privado en el mercado de divisas actualmente no está regulada.

En cambio, en el pasado, estaban prohibidas las operaciones de cambio no centralizadas en el Banco Central de Venezuela. En efecto, la Ley contra los Ilícitos Cambiarios que estuvo vigente hasta 2014, en el segundo párrafo de su artículo 9, establecía que se impondría una multa a “[q]uien 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*”, en caso de que los montos totales excedieran de diez mil dólares al año. De acuerdo con el tercer párrafo de dicho artículo, si el monto total excedía de veinte mil dólares por año, la persona que comprara, vendiera, o de cualquier manera ofreciera, enajenara, transfiriera o recibiera divisas, era penada con prisión.

Pero esto ya no está vigente, porque dicha ley fue derogada por la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos de febrero de 2014, que a su vez fue derogada por la vigente ley con el mismo nombre de diciembre de 2015, actualmente en vigor. Ninguna de las dos leyes tiene un artículo similar a dicho artículo 9.

Por lo tanto, en este momento la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos no prohíbe operaciones cambiarias que no estén reguladas.

Además, en el ordenamiento jurídico venezolano, hay disposiciones constitucionales y legales que requieren una prohibición legal expresa para limitar las actividades privadas de las personas naturales y jurídicas. La vigente Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos sólo puede ser aplicada a los casos específicos previstos en ella, y no a casos similares, dado que la normativa sobre control de cambios es (i) de naturaleza restrictiva; (ii) establece excepciones a otras reglas; (iii) impone penas; y (iv) sólo puede aplicarse en aquellos momentos que estén vigentes controles cambiarios.

Adicionalmente, la Ley del Banco Central de Venezuela establece una regla general según la cual las partes pueden celebrar contratos en moneda extranjera, y acordar pagar o recibir divisas o bolívares. En efecto, su artículo 128 establece lo siguiente:

*“Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago”.*

De modo que, conforme a la disposición que venimos de transcribir, es válido celebrar contratos que creen obligaciones en divisas. Además, de acuerdo con el mismo artículo, es legalmente posible

convenir que las obligaciones en divisas tienen que ser cumplidas mediante la entrega de la moneda extranjera de que se trate. Finalmente, según dicho texto legal, en ausencia de tal convenio, dichas obligaciones pueden ser pagadas mediante la entrega del equivalente en bolívares a la tasa de cambio corriente en el lugar y la fecha de pago.

En consecuencia, existe una norma general según la cual las partes son libres de contratar en divisas. Esta norma general es en un todo compatible con la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación consagradas en el Código Civil. Efectivamente, cuando el legislador, en el artículo citado, dispuso que *“Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal”*, dejó claro que las partes pueden decidir obligarse en divisas, e, inclusive, pactar que el pago sólo pueda realizarse en la moneda extranjera seleccionada, así:

- Cuando el deudor puede liberarse de su obligación en divisas pagando a su acreedor el equivalente en bolívares, la moneda extranjera seleccionada es la moneda de cuenta.
- En cambio, si existe la *“convención especial”* a la que alude el artículo citado artículo 128, dicha divisa es también la moneda de pago, en cuyo caso el único pago liberatorio es el realizado en la moneda extranjera escogida.

De modo que, en los contratos en moneda extranjera, la divisa seleccionada por las partes es, en principio, la moneda de cuenta, y, si existe la referida *“convención especial”*, dicha divisa es, más bien, la moneda de pago. Esta *“convención especial”* puede ser:

- una cláusula en el contrato que crea la obligación en divisas, estableciendo que su pago se hará en la moneda extranjera escogida; o
- un contrato adicional que establezca que la deuda en divisas debe ser pagada en la moneda extranjera escogida.

En ambos casos, dicha *“convención especial”* ha de ser respetada, en virtud de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación, por lo que el pago no puede ser realizado mediante la entrega del equivalente en bolívares.

Durante el actual control de cambios, ha habido varias reformas de la Ley del Banco Central de Venezuela, que no han tocado el artículo que acabamos de transcribir. Entonces, el legislador reconoció, después de la emisión de las diversas normas sobre control de cambios, la posibilidad de que las partes de una relación jurídica establezcan una obligación denominada en moneda extranjera y pacten que el deudor sólo podrá liberarse mediante la entrega de la divisa seleccionada.

Adicionalmente, en la Ley del Banco Central de Venezuela existe un requisito aplicable a los negocios que se cifren en moneda extranjera. Se trata de la necesidad de incluir la equivalencia en bolívares a los efectos de consignar documentos ante autoridades venezolanas. Ello deriva del artículo 130 de la Ley del Banco Central de Venezuela, que dispone lo siguiente:

*“Todos los memoriales, escritos, asientos o documentos que se presenten a los tribunales y otras oficinas públicas relativos a operaciones de intercambio internacional en que se expresen valores en moneda extranjera, deberán contener al mismo tiempo su equivalencia en bolívares”.*

Esta norma, al ordenar que los documentos consignados ante oficinas públicas, judiciales o administrativas, contengan la equivalencia en bolívares de cualquier monto establecido en divisas, parte del supuesto de que es permisible cifrar obligaciones en moneda extranjera, lo que es cónsono con el precitado artículo 128.

El artículo 39 de la vigente Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos se refiere a una infracción administrativa titulada *“Obtención de divisas violando las normas”*, y señala lo siguiente:

*“Quienes hubiesen obtenido divisas mediante la violación de la normativa cambiaria que regula el régimen de administración de divisas, serán sancionados con multa equivalente a diez Unidades Tributarias (10 U.T.) vigente para la fecha de su liquidación, por cada dólar de los Estados Unidos de América o su equivalente en otra divisa, del monto correspondiente a la respectiva operación cambiaria, además del reintegro de las divisas al Banco Central de Venezuela”.*



Este artículo se aplica, por ejemplo, a los importadores de alimentos y medicinas que compren divisas del Banco Central a tal fin a la tasa DIPRO y que las utilicen para importar otros productos.

No consideramos que exista infracción administrativa cuando particulares llevan a cabo operaciones de cambio sin intervención del Banco Central de Venezuela. En efecto, la disposición legal citada requiere, para que aplique la multa correspondiente, que ocurra una “*violación de la normativa cambiaria que regula el régimen de administración de divisas*”, y éste no es el caso, dado que no hay infracción de ninguna normativa cambiaria, sino que se trata de realizar operaciones que no están reguladas, en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

La libertad de contratación, en todo lo que no esté regulado por una ley, y su ejercicio sin miedo a sanciones, son valores protegidos por la Constitución:

- En Venezuela, las prohibiciones deben establecerse expresamente por ley, entre otras razones, porque así lo dispone el artículo 112 de la Constitución, que prevé que todas las personas pueden dedicarse libremente a cualquier actividad económica, y que esta libertad solo puede ser limitada por la ley o por la Constitución misma, en razón de varios fines contemplados en el mismo artículo.
- Las penas de prisión, multas y otras sanciones deben ser expresamente establecidas por la ley, entre otras razones, porque el artículo 49, número 6, de la Constitución establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

## **5) RIESGO DE QUE LAS EMPRESAS DEL SECTOR SEGUROS HAGAN OPERACIONES DE CAMBIO**

Como señalamos arriba, la normativa cambiaria prevé ciertas operaciones de cambio, sin expresamente prohibir otras. En ausencia de tal prohibición, las operaciones cambiarias no reguladas son válidas y obligantes, y no debería dar lugar a sanción alguna.

Pese a lo expresado, existe un riesgo de que las autoridades eventualmente consideren, sin ninguna base legal, que las operaciones de cambio sin intervención del Banco Central de Venezuela son ilegales. De hecho, el Presidente de la República y muchos funcionarios de su gobierno han emitido comentarios sobre la normativa cambiaria como que si ésta todavía prohibiera las operaciones de cambio no centralizadas en el Banco Central de Venezuela.

Y probablemente este riesgo es mayor en el caso de actividades reguladas, como los seguros.

En cualquier caso, este riesgo posiblemente se acrecentó con la introducción del artículo 24 de la vigente Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, que usa 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*”; es decir, cualquier tasa que sea distinta de las tasas oficiales. Ese mismo artículo contiene la siguiente definición:

*“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”.*

Sin embargo, el artículo que acabamos de transcribir no trata las operaciones de cambio, por lo que no debe aplicarse a las mismas. De hecho, el título del mencionado artículo 24 es “*Difusión de información falsa sobre el tipo de cambio*”, y el mismo castiga con prisión de diez a quince años la difusión de “*información falsa o fraudulenta referida al tipo de cambio*”, por “*comunicación de cualquier tipo*”.

Las operaciones cambiarias tampoco entran dentro de la prohibición del artículo 22 de la misma ley, cuyo título es “*Uso de tipo de cambio no oficial para establecer precios*”. Dicho artículo establece:

*“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, será sancionado con prisión de siete (7) a doce (12) años y multa de doscientos por ciento (200%) de la diferencia resultante*

*de restar, al valor fijado por el infractor para la divisa, el valor que correspondiere a la operación, de conformidad con la normativa cambiaria aplicable”.*

De manera que, si se usa alguna tasa de cambio diferente de las oficiales para determinar el precio de un bien o servicio, se viola el artículo que venimos de copiar. Pero esto no es el caso cuando se realiza una operación de cambio, dado que este tipo de operaciones no es el establecimiento de un precio de un bien o servicio. Por ello tales operaciones no entran dentro de la prohibición de determinar “*los precios de bienes y servicios utilizando como referencia un tipo de cambio distinto a los permitidos*”. El citado artículo 22 se refiere, en efecto, al establecimiento de precios, y no a las operaciones de cambio; y la normativa cambiaria sólo puede ser aplicada a los casos específicos regulados por ella, y no a casos similares. Dado que el llamado mercado paralelo, donde se usa una tasa de mercado, no está prohibido en este momento; entonces, el uso de la tasa de mercado o de otra tasa no oficial para casos diferentes de los expresamente previstos en este artículo no es ilegal. Por ejemplo, las partes pueden realizar legalmente operaciones de cambio aplicando el “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”, previsto el artículo 128 de la Ley del Banco Central, y pueden establecer que este tipo de cambio es la tasa de mercado paralelo.

Sin embargo, algunos funcionarios y jueces venezolanos no parecen entender la normativa cambiaria, y pueden ser impulsados a tomar decisiones arbitrarias por motivos políticos o por su hostilidad hacia el sector privado. De manera que hay un riesgo de que las autoridades eventualmente consideren, sin base legal, que las operaciones del llamado mercado paralelo de divisas son ilegales, como lo fueron en el pasado. Adicionalmente, y por las mismas razones de falta de comprensión y hostilidad, los registradores y notarios venezolanos normalmente se rehúsan a registrar documentos contentivos de obligaciones en moneda extranjera, a pesar de que esto contraría el citado artículo 130 de la Ley del Banco Central de Venezuela, que no fue tocado en las reformas de dicha ley realizadas durante el régimen de los presidentes Chávez y Maduro.

En consecuencia, desde el punto de vista práctico, las operaciones cambiarias, que ahora son legales, pueden, sin embargo, ser objetadas.

## **6) NINGÚN HECHO DEL PRÍNCIPE IMPIDE PAGAR EN DIVISAS LAS OBLIGACIONES PAGADERAS EN DIVISAS**

La circunstancia de que las empresas de seguros no puedan, en la práctica, acceder a divisas a una tasa oficial, no significa que queden liberadas de sus obligaciones en moneda extranjera. Esto se aplica a las obligaciones de las aseguradoras de pagar indemnizaciones de seguro en divisas y de pagar primas de reaseguro en divisas, si fuere el caso. Las aseguradoras no pueden pretender incumplirlas basándose en un supuesto hecho del príncipe.

Asimismo, el hecho de que los deudores de las empresas de seguros no puedan acceder a divisas a una tasa oficial no significa que queden liberados de sus obligaciones en moneda extranjera. Esto se aplica a las obligaciones de los tomadores de pólizas de pagar las primas de seguros en divisas y a las obligaciones de los reaseguradores de pagar las indemnizaciones de reaseguro en divisas, si fuere el caso. Los tomadores y los reaseguradores no pueden pretender incumplirlas basándose en un supuesto hecho del príncipe.

En efecto, para que una persona quede liberada de su obligación, se requiere que exista un hecho imprevisible e irresistible que le impida pagar, es decir, una causa extraña que no le es imputable, tal como un caso fortuito o de fuerza mayor, que haga imposible el cumplimiento. Esto está previsto en los artículos 1271 y 1272 del Código Civil, que disponen respectivamente lo siguiente:

*“El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inexecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inexecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe.*

*“El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido.”*

Dicha causa extraña no imputable al obligado, calificable como caso fortuito o de fuerza mayor, puede ser, por ejemplo, un acto del gobierno que obstaculice totalmente el cumplimiento, es decir, lo que comúnmente es conocido como hecho del príncipe. Ahora bien, en el caso de aquellas obligaciones en moneda extranjera que sean pagaderas en la misma moneda, opinamos que el control de cambios no califica como hecho del príncipe. De hecho, el control de cambios dificulta o encarece el pago en divisas, pero no imposibilita su pago. Además, hablar de imprevisibilidad con respecto a un control de cambios que tiene aproximadamente quince años de vigencia es, por decir lo mínimo, ridículo.

Antes tuvimos la oportunidad de explicar que ya no está vigente la prohibición de realizar operaciones de cambio. También señalamos que, para pagar las divisas que adeuden, las personas pueden disponer de las divisas de que sean titulares, salvo en los casos en los que estén obligadas a vendérselas al Banco Central de Venezuela. Finalmente, las personas pueden tener activos o ingresos en el exterior, con los que honrar sus obligaciones en moneda extranjera; por ejemplo, si un deudor en divisas tiene algún bien en el exterior, debe venderlo por un precio en moneda extranjera, para pagar su deuda con cargo a dicho precio, y no puede excusarse en el control de cambios venezolano para dejar de cumplir con su obligación en divisas. Entonces, el control de cambios no es un hecho imprevisible e irresistible, que impide cumplir con una obligación en divisas, sino que forma parte de la realidad diaria de todo venezolano desde hace muchos años.

De modo que los obligados en moneda extranjera pueden responder, aunque no tengan acceso a divisas a una tasa oficial. La mayor onerosidad o dificultad no cuadra dentro del género *causa extraña no imputable*, ni dentro del sub-género *caso fortuito o de fuerza mayor*, ni tampoco dentro de la especie *hecho del príncipe*. Para que un evento sea liberatorio, la mayor onerosidad o dificultad no es suficiente, sino que se necesita la imprevisibilidad e irresistibilidad, que hacen imposible el cumplimiento.

De manera que no es posible excusarse de pagar la moneda extranjera prometida, con el alegato de que las autoridades cambiarias y monetarias no les dan a los particulares acceso a divisas a una tasa oficial.

## 7) PAGO EN BOLÍVARES DE OBLIGACIONES CUYA MONEDA DE CUENTA ES EXTRANJERA

Puede haber casos en los que las partes acordaron una obligación en divisas como moneda de cuenta, y no como moneda de pago. Desde que se instauró el actual control de cambios, estos casos son muy raros. Ahora bien, estos casos pueden darse por inadvertencia de las partes, pues, si guardaron silencio sobre una obligación en divisas, la moneda extranjera escogida es sólo la moneda de cuenta, y no la moneda de pago. En efecto, en estos casos, no existe el “*convenio especial*” a que se refiere el citado artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela.

Entonces, el hecho de que un contrato de seguro de reaseguro establezca una prima en divisas no necesariamente significa que el tomador de la póliza o el asegurador sólo se libera de su obligación entregando las divisas correspondientes, pues, salvo acuerdo en contrario, podría hacer un pago liberatorio entregando el equivalente en moneda nacional. Asimismo, el hecho de que un contrato de seguro o de reaseguro establezca una cobertura en divisas no necesariamente significa que el asegurador o reasegurador sólo se libera de su obligación, en caso de siniestro, entregando una indemnización en divisas.

La posibilidad de entregar el equivalente en moneda nacional ha sido vista por algunos como una manera de pagar sólo una fracción de la deuda en divisas, pues, en vez de aplicar la tasa del mercado paralelo, aplican un tipo de cambio oficial. Esto no es razonable, ni procedente. Nos explicamos:

Conforme al artículo 128 de la Ley del Banco Central, que ya tuvimos la ocasión de comentar, es válido celebrar contratos que creen obligaciones en divisas; en cuyo caso, si las partes no convienen especialmente que estas obligaciones sean cumplidas mediante la entrega de la moneda extranjera seleccionada, el deudor puede liberarse pagando bolívares. En efecto, este artículo establece que, si no existe tal “*convenio especial*”, dichos “*pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan*” así: “...*con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal...*”. Ahora bien, ¿a qué tipo de cambio?

Para determinar la tasa de conversión de la unidad monetaria foránea en bolívares, el citado artículo 128 no remite a una tasa oficial, a pesar de que, para la época de las reformas de la Ley del Banco Central de Venezuela que han tenido lugar desde hace aproximadamente quince años, ya estaba en vigor un régimen de control de cambios. Efectivamente, dicho artículo hace referencia a lo que sigue:

*“lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago.”*

De modo que el legislador utilizó la expresión *tipo de cambio corriente*, y no la expresión *tasa oficial* ni otra equivalente. Por cierto que la norma anterior sería más clara si dijera *en el lugar y la fecha de pago*.

Por lo tanto, pensamos que no procede aplicar una tasa oficial a una deuda en moneda extranjera que pueda ser pagada en bolívares, ya que procede aplicar, más bien, el *“tipo de cambio corriente en el lugar”* y *“la fecha de pago”*; y, ciertamente, ninguna de las tasas oficiales actuales es calificable, ni remotamente, como una tasa con esas características, o sea, como un tipo de cambio de mercado. Aplicarla tasa DIPRO o DICOM no resulta en el pago de *“lo equivalente”*, sino que resulta en el pago de muchísimo menos.

En cualquier caso, es viable que las partes de un contrato en moneda extranjera pacten la aplicación de una tasa de cambio específica, para convertir en bolívares el monto correspondiente. En efecto, ninguna norma ordena acordar que la conversión se realice a uno de los tres tipos de cambio calificables como oficial, y no creemos que sea contrario al orden público seleccionar una tasa distinta. En estos casos, el tipo de cambio que ha sido escogido es el que debe ser aplicado, es decir, la tasa aplicable es la seleccionada por las partes en el contrato correspondiente, sea cual sea; mientras que, si no ha habido escogencia de ninguna tasa en particular (que, por cierto, es lo que usualmente sucede), debe aplicarse el artículo 128 de la Ley del Banco Central, tantas veces citado, en virtud del cual el tipo de cambio aplicable es el corriente en el lugar y la fecha de pago.

## 8) LA PECULIAR JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

Nuestros tribunales siempre aplican una tasa oficial cuando hay que determinar el equivalente en bolívares de una suma en dólares. No toman en cuenta la tasa de mercado, a pesar de que el citado artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela ordena que se calcule el *“equivalente en moneda de curso legal”*, considerando el *“tipo de cambio corriente en el lugar”* y *“la fecha de pago”*, lo cual, a nuestro juicio, excluye las tasas DIPRO y DICOM.

En algunos casos, nuestros juzgados ordenan que las obligaciones pactadas en divisas como moneda de pago sean pagadas en la moneda extranjera de que se trate. En otros casos, ordenan, por el contrario, que las obligaciones pactadas en divisas como moneda de pago sean pagadas en moneda nacional, aplicando una tasa de cambio oficial.

En esta materia, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia es confusa, contradictoria y absurda. Ahora bien, en el laudo dictado el 29 de septiembre de 2017 por los árbitros Hernando Díaz-Candía, como presidente, y Guillermo Gorrín Falcón y Adolfo Hobaica Ramia, como coárbitros, en el arbitraje de Proyectos y Construcciones Payloader Padre e Hijos, C.A. contra Constructora Norberto Odebrecht, S.A., el cual es del conocimiento público, por haber sido demandada su nulidad, se trató de conciliar esa jurisprudencia.

En efecto, en dicho laudo, los prenombrados árbitros se refirieron a *“las obligaciones... en moneda extranjera como moneda de pago”*, y seguidamente sostuvieron que hay *“supuestos en los cuales se permite la convertibilidad”* de las mismas en obligaciones de moneda de *“cuenta,... según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la República”*. También afirmaron, después de citar varias sentencias de nuestro máximo juzgado, que transformar una *“obligación inicialmente pactada en moneda extranjera de pago”*, en una obligación en *“moneda extranjera de cuenta”*, por exigencia del *“régimen de control de cambio como un hecho del príncipe”*, es una *“convertibilidad”* que sólo tiene *“aplicación”* en el caso siguiente:



*“...es necesario que se trate de obligaciones que deben ser pagadas necesariamente dentro del territorio de la República y no en otros casos. De manera que si la obligación puede ser cumplida fuera del territorio de la República Bolivariana de Venezuela, los criterios dispuestos al respecto en las sentencias mencionadas no aplicarán y por tanto la condenatoria al pago de la obligación en moneda extranjera sí será procedente...”*

Pero el problema de fondo, en realidad, es que no existe ninguna regla, ni lógica, ni tampoco jurídica, ni siquiera dentro de nuestro peculiarísimo control de cambios, que permita, sin el mutuo acuerdo de las partes, convertir una *“obligación inicialmente pactada en moneda extranjera de pago”*, en una obligación en *“moneda extranjera de cuenta”*, y mucho menos que ordene esta conversión. Es más, esta conversión viola el artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela, antes citado. Afortunadamente, los prenombrados árbitros, fundamentándose en la muy particular jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia sobre el tema, pudieron, en dicho laudo, llegar a la conclusión de que esa *“convertibilidad “no procede cuando “la obligación puede ser cumplida fuera del territorio”*. Y lo cierto es que, respecto de toda obligación pecuniaria en divisas, existe la posibilidad de pactar el cumplimiento en el exterior; es más, es lo normal.

Los prenombrados árbitros, en dicho laudo, sostuvieron que, cuando se acuerdan pagos en dólares en el extranjero, permitir pagar bolívares en Venezuela, a una tasa oficial, tendría el siguiente resultado:

*“...implicaría autorizar a la demandada a incumplir con el contrato. Además se le estaría permitiendo ejecutarlo en franca contravención a lo dispuesto en el artículo 1.160 del Código Civil venezolano, que establece el deber de ejecutar el contrato de buena fe y la obligación de cumplir con sus consecuencias según la equidad...”*

Finalmente, los prenombrados árbitros, en dicho laudo, llegaron a la conclusión de que *“no es posible”*, legalmente hablando, *“que en la oportunidad cuando se reclama el cumplimiento de la obligación pueda alegarse la imposibilidad de pagar en moneda extranjera y pretender pagarla ahora en moneda venezolana”*, por cuanto estas pretensiones,

en las circunstancias actuales, “*atentan contra el justo valor de lo que se paga y lo que se recibe*”, lo cual constituye una “*inequidad*”, así que ocurre lo siguiente:

*“...es imposible sustituir el cumplimiento de las obligaciones de pago en moneda extranjera por sus equivalencias en moneda nacional dado que en cualquiera de los casos no se cumple con la finalidad de la justicia que debe ser el norte del Estado democrático y social de Derecho y Justicia que en el artículo 2° de nuestra Constitución se estatuye. No se puede conceder a una de las partes una ventaja ni penalizarla sin justa causa bien por exceso o por disminución de la cantidad objeto de la obligación reclamada. Por ello, lo ajustado a derecho es pagar en la moneda convenida por las partes, a menos de que existiese una imposibilidad objetiva y absoluta para la obligada, lo cual no es el caso de autos. Así se declara.”*

Estamos de acuerdo con lo anterior. Y nos permitimos agregar lo siguiente:

En los casos de obligaciones en divisas en los que la moneda extranjera escogida es sólo la moneda de cuenta, y no la moneda de pago, no existe ninguna regla, ni lógica, ni tampoco jurídica, ni siquiera dentro de nuestro peculiarísimo control de cambios, que ordene aplicar una tasa distinta del “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”, que es el único apropiado para calcular el “*equivalente en moneda de curso legal*”. En efecto, en primer lugar, el tipo de cambio anterior es el previsto en el mismo artículo 128, que es la disposición relevante; y, en segundo lugar, las tasas oficiales no tienen nada que ver con el “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”, puesto que las tasas oficiales son totalmente ajenas al día a día del mercado. La aplicación del tipo de cambio DIPRO o DICOM resulta en una “*inequidad*”, pues va en contra del “*justo valor de lo que se paga y lo que se recibe*”, y está reñido con “*el deber de ejecutar el contrato de buena fe*”; todo lo cual es una exigencia formulada, con toda la razón, en dicho laudo arbitral. No fue menester, en ese arbitraje, que los prenombrados árbitros dijeran cuál es el “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”, puesto que ordenaron el pago en divisas,

y no el pago de su “*equivalente en moneda de curso legal*”, así que no tuvieron que pronunciarse en cuanto a la tasa de cambio del citado artículo 128. Sin embargo, sostenemos que es la del llamado mercado paralelo.

## 9) CONCLUSIÓN

Las normas sobre control de cambios, particularmente en cuanto corresponde al sector seguros, son, al igual que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia sobre la materia, confusas, contradictorias y absurdas.

# **SOBRE LA DEDUCIBILIDAD DEL RESULTADO MONETARIO DEUDOR (PÉRDIDA MONETARIA) POR INFLACIÓN: EL CASO DE LAS ENTIDADES DE SEGURO Y PALABRAS DE CLAUSURA. DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI\*, PRIMER VICEPRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

## SUMARIO

Introducción. 1. Sobre la inconstitucional supresión de la metodología del API a las entidades financieras y de seguros. 2. Sobre la pérdida financiera por inflación. 3. Sobre la indemnidad de la regla del Artículo 4 de la LISR. 4. Sobre la pertinencia técnica de la BA VEN-NIF 29 como metodología alternativa y supletoria para el cálculo de la pérdida monetaria por inflación. 5. Sobre la deducibilidad de la pérdida monetaria por inflación. 6. Sobre la prueba de la pérdida financiera por inflación: Aplicación de procedimiento convenido de auditoría relativo a información financiera. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

---

\* Abogado *summa cum laude* por la Universidad Católica Andrés Bello (1985), Magister en Leyes por la 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 (Sillón No. 14).

## INTRODUCCIÓN

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 sistema de ajuste por inflación (API) en la Ley de impuesto sobre la renta (LISR) en las reformas de 2014 y 2015, primero para las entidades financieras y de seguros<sup>272</sup>, y al año siguiente<sup>273</sup>, para los denominados sujetos pasivos

---

<sup>272</sup> *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 6.152, del 18 de noviembre de 2014, Decreto N° 1.435 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la LISR, que reformó parcialmente la LISR de 2007. 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 N° 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” (*Gaceta Oficial No.* 40.744, de fecha 11 de septiembre de 2015)

<sup>273</sup> *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 6.210 del 30 de diciembre de 2015, en la que fue publicado el Decreto 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, extendiendo 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.

especiales<sup>274</sup>. Adicionalmente, (ii) la Administración tributaria, ha retrasado y minimizado el ajuste de la unidad tributaria (UT)<sup>275</sup>. Incluso, (iii) el Banco Central de Venezuela (BCV) ha adoptado una política deliberada de opacidad, demorando la publicación de los índices de inflación durante 2015, 2016 y todavía hasta mediados de septiembre de 2017<sup>276</sup>.

<sup>274</sup> 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 existe 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 empobrece 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.

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. Ver nuestro libro, *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.

<sup>275</sup> 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.

<sup>276</sup> De esta forma se ha impedido el derecho a la corrección monetaria durante los cierres financieros y fiscales que tuvieron lugar durante dichos períodos. En efecto, el Banco Central de Venezuela retrasó la publicación de la información sobre el Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC) desde enero de 2016 hasta septiembre 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

La sola exclusión del API en la LISR a los contribuyentes denominados especiales, 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.

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.

A pesar del intento péfido del legislador delegado de crear una **“laguna normativa”** respecto del API, el derecho a la corrección monetaria persiste como una condición esencial para la determinación de la renta neta del contribuyente. Ese derecho tiene su causa legal desde el enunciado de principio que define la renta **“...sin menoscabo del ajuste por inflación”**, esto es, que exige determinar la renta sobre una base monetaria homogénea. Esta exigencia legal no solo es consistente con la técnica contable, que predica el uso de valores constantes para el

---

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%. Consultado en:

<http://www.bcv.org.ve/Upload/Comunicados/aviso150116.pdf>

<http://www.bcv.org.ve/Upload/Comunicados/aviso180216.pdf>

cálculo de los resultados financieros, sino que es consecuencia del mismo derecho constitucional a contribuir conforme a la capacidad económica sobre base real y efectiva, libre de discriminaciones, de forma racional y proporcionada.

Afirmamos que la indeterminación normativa abierta por la exclusión de los contribuyentes especiales del API, se limita al método, pero no al derecho a la determinación del resultado fiscal sobre base real. La indeterminación normativa abre la facultad a favor del contribuyente de establecer el resultado por inflación, según la metodología que sea más idónea y razonable para tal fin, como parte de la determinación de la base imponible, esto es, cuantificar, fundamentar y probar el resultado por exposición a la inflación durante el período impositivo, particularmente si es deudor.

Concretamente, sostenemos la plausibilidad jurídica de deducir el resultado monetario deudor como un gasto operativo causado, normal y necesario, conforme al artículo 27, encabezado y ordinal 22 de la LISR, como alternativa práctica frente a la exclusión del sistema de ajuste integral por inflación a los bancos y empresas de seguros, a los fines de la determinación de la base imponible del ISR<sup>277</sup>.

## **1. SOBRE LA INCONSTITUCIONAL SUPRESIÓN DE LA METODOLOGÍA DEL API A LAS ENTIDADES FINANCIERAS Y DE SEGUROS**

La eliminación de la metodología para el ajuste integral por inflación a las entidades financieras y de seguros, constituye una medida arbitraria, irracional y desproporcionada que (i) degeneró en una sobrestimación de la medición de la capacidad contributiva de dichas entidades, (ii) degradándola al uso de valores históricos distorsionados (corrompidos) por la inflación.

<sup>277</sup> Incluso consideramos legítima la posibilidad jurídica de seguir aplicando, por analogía, la metodología regulada en el Título IX de la LISR (Sistema Ajuste Integral por Inflación), en igualdad de condiciones que a los demás contribuyentes no especiales que continúan el uso de las ficciones legales para la corrección monetaria fiscal. El resultado deudor del ajuste, sería deducible como otro gasto causado, normal y necesario para el cálculo del enriquecimiento neto. Las limitaciones de extensión del texto para estas jornadas, nos obligan a desarrollar esta explicación en una versión ampliada de este ensayo monográfico.



Esa decisión normativa es ostensiblemente lesiva del derecho a contribuir conforme a la capacidad económica<sup>278</sup> del contribuyente<sup>279</sup>, 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.

Esa decisión normativa es también lesiva del derecho a la igualdad<sup>280</sup>, 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.

Por lo tanto, es irrazonable que, para fines del ISR (i) no se corrijan por inflación los resultados impositivos de las entidades bancarias y de seguros, pues ello implica una **medición falaz y sobrestimatoria de su enriquecimiento neto** y (ii) no desgravarlo de la base imponible implica la inexorable imposición de sustancia de patrimonio y no de

<sup>278</sup> Artículo 316: “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, y se sustentará para ello en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos”.

<sup>279</sup> “Este derecho es perfectamente predicable para proteger la esfera de derechos de personas jurídicas que, también están garantizados por la Constitución, según el 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...>. Al reconocérseles esos derechos, se potencia el derecho de asociación, ya que las personas naturales que se asocian se ven protegidos a su vez en dichos derechos personales, en cuanto actúan como miembros o funcionarios de los órganos de las personas jurídicas”. *Vid.* Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1852 del 5 de octubre de 2001, Caso: *Corporación Cabello Gálvez*, Exp. N°: 01-0799, consultado en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1852-051001-01-0799.HTM>.

<sup>280</sup> Artículo 21(1): “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.” Humberto Romero-Muci, *La racionalidad del sistema de corrección monetaria fiscal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006.

renta, desviándose de la materia impositiva debida según el tributo en cuestión. Todo ello atenta, posterga y conculca, (i) el derecho a contribuir sobre la base real y efectiva y (ii) frustra el valor jurídico superior de la protección de la solvencia patrimonial de los bancos y empresas de seguro, comprometiendo su integridad en perjuicio de los usuarios y del desarrollo económico del país.

El ajuste integral por inflación es un mandato que tiene anclaje obligatorio para todo tipo de contribuyente, desde el propio enunciado normativo que define la materia gravable en el ISR en el artículo 4 de dicha Ley. El ajuste integral por inflación no implica alguna ventaja ni un beneficio fiscal para el contribuyente a los fines de la determinación de la renta gravable. Constituye un medio técnico **necesario e idóneo**, de universal aplicación, para neutralizar los efectos distorsionantes de la inflación y permitir translucir los **resultados reales** que representan su capacidad económica efectiva para contribuir a los gastos generales en materia de ISR.

## 2. SOBRE LA PÉRDIDA FINANCIERA POR INFLACIÓN

El resultado monetario<sup>281</sup> deudor o la pérdida por inflación asociada a la posición monetaria neta activa (el exceso de activos monetarios

<sup>281</sup> Los resultados monetarios constituyen la síntesis de las variaciones patrimoniales reales originadas por el mantenimiento, durante un periodo dado, de valores nominales fijos (activos y pasivos monetarios), esto es, de partidas que en épocas de inflación sufren una variación de valor en términos reales. Las partidas monetarias originan resultados monetarios en función automática de la tasa de inflación. Toda vez que los resultados monetarios son reales, los estados contables deben reconocerlos cualquiera que sea el método de valoración que se aplique. El problema práctico consiste en calcular las pérdidas o ganancias monetarias, pues normalmente durante un ejercicio la entidad económica tiene simultáneamente activos y pasivos monetarios diversos. Su monto cambia virtualmente en forma permanente durante el mismo. Por eso, esta situación se simplifica bajo el concepto de “**posición monetaria neta**”, esto es, la diferencia entre el total del activo menos el total del pasivo monetario. Recordemos que la posición monetaria neta positiva produce pérdidas y que la posición monetaria neta negativa produce ganancias. En la práctica durante el ejercicio cualquier operación entre una cuenta monetaria y otra de la misma especie, incluso entre una monetaria y una no monetaria, produce una modificación de la posición monetaria neta y por lo tanto variación en los resultados monetarios. Por el contrario, las operaciones entre cuentas no monetarias no tienen incidencia en la posición monetaria. Ver. Humberto Romero-Muci, *La racionalidad del sistema de corrección monetaria fiscal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006.

sobre pasivos monetarios), es una pérdida monetaria real, efectiva, definitiva y realizada, no solo financiera, sino fiscalmente.

Por su naturaleza el activo monetario tiene un valor nominal fijo, no varía ni pueden liquidarse por un valor distinto. En inflación su sola tenencia implica irremisiblemente una pérdida de poder adquisitivo, esto es, se encuentra realizada en sí misma<sup>282</sup>. Esa es la tragedia de la inflación: respeta las apariencias (las del costo histórico), pero destruye las realidades (las del poder adquisitivo).

Por el contrario, el activo no monetario, se protege de la inflación y puede ser liquidado por un valor distinto a su costo nominal. La diferencia de valor solo se considera realizada cuando se produce un intercambio del activo o del pasivo correspondiente, esto es, cuando se realiza la diferencia de valor.

Es más, la pérdida por inflación asociada a la posición monetaria neta activa, constituye una pérdida real y efectiva, **“que produce todas las consecuencias o efectos de las pérdidas provenientes de las operaciones normales del contribuyente que se identifica con la disminución patrimonial”**, esto es, representan una alteración patrimonial definitiva, implicando una disminución cierta, medible e irreversible del activo monetario neto.

En consecuencia, siendo que el ISR grava al incremento neto del patrimonio del contribuyente, es condición esencial considerar el efecto de la inflación sobre la posición monetaria neta, tomando en cuenta que se trata de una pérdida real, efectiva, definitiva y realizada.

### 3. SOBRE LA INDEMNIDAD DE LA REGLA DEL ARTÍCULO 4 DE LA LISR

La discontinuación del API en el ISR implicó una derogatoria parcial, que suprimió para bancos y empresas de seguros y, luego a los

<sup>282</sup> La inflación “...implica la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Esta consecuencia en la pérdida del poder adquisitivo de la moneda se traduce como una pérdida de valor del dinero y sus equivalentes a lo largo del tiempo, la cual debe ser incluida en la información financiera mediante la aplicación del proceso de reexpresión de los valores inicialmente reconocidos” BA VEN-NIF N° 2 Versión N° 3, FCCPV. Lo anterior, ha sido confirmado pacíficamente por la jurisprudencia tributaria y mercantil en Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 00144 del 03 de febrero de 2011 (caso *Inversiones Ban-Pro, C.A vs República de Venezuela*).

contribuyentes especiales, la aplicación de la **metodología** del Título IX de la LISR. Sin embargo, se mantuvo indemne la **regla** explícita en el artículo 4 que opera como un auténtico principio rector de interpretación y aplicación preferente para la determinación de la renta.

Esta **regla** está además en conexión con una base enunciativa compuesta por normas supra- ordenadas, tales como el derecho a contribuir conforme a la capacidad contributiva real y efectiva<sup>283</sup>, el derecho a la igualdad<sup>284</sup>, la razonabilidad<sup>285</sup> y la proporcionalidad<sup>286</sup> de la Ley, que impone el derecho a contribuir libre de la distorsión inflacionaria. Este

<sup>283</sup> Artículo 316, ver pie de página No. 7

<sup>284</sup> Artículo 21(1): ver pie de página No. 9. El legislador debe llevar a cabo “...el reparto de las cargas públicas [...] según criterios de coherencia interna, no contradicción, adecuación y no arbitrariedad, consecuentes con la aplicación del principio de justicia distributiva, preocupándose de que en situaciones de hecho iguales corresponda iguales regímenes impositivos y de que a situaciones diversas les corresponda un tratamiento tributario desigual...”. Cfr. Franco Gallo, *Las razones del fisco <ética y justicia en los tributos>*, Marcial Pons, Madrid 2011, p. 130

<sup>285</sup> “En pocas palabras, debe destacarse que la razonabilidad equivale a justicia”, que “no constituye un canon de constitucionalidad autónomo, sino un criterio de interpretación que permite enjuiciar posibles vulneraciones de normas constitucionales concretas y, en especial, de derechos fundamentales, por lo que, se ha venido reconociendo que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implique un sacrificio excesivo o innecesario de los derechos que la Constitución garantiza”. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia No 379 de 7 de marzo de 2007, Exp. 06- 1488. Caso: *Representaciones Piel Dorio*. Consultada en: [http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/379\\_-070307-06-1488.HTM](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/379_-070307-06-1488.HTM) (Sentencia que desaplica por control difuso de la constitucionalidad el artículo 647, literal g, de la Ley Orgánica del Trabajo, e interpreta con carácter vinculante para todos los Tribunales de la República, el contenido y alcance del artículo 650 de la mencionada ley). 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.”

<sup>286</sup> “...el principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad”. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 7 de marzo de 2007, donde se decidió desaplicar por control difuso de la constitucionalidad el artículo 647, literal g, de la Ley Orgánica del Trabajo, e interpretar con carácter vinculante para todos los Tribunales de la República, el contenido y alcance del artículo 650 de la mencionada ley.

derecho subjetivo tiene anclaje y explicación en una posición jurisprudencial consolidada desde los años 90 del siglo pasado<sup>287</sup> y responde a una racionalidad técnica admitida universalmente en todas las jurisdicciones tributarias en el derecho comparado, según la cual la inflación no debe ni puede distorsionar el resultado fiscal.

En principio, este acto de rechazo solo se extiende a las normas expresamente excluidas, esto es, a las normas de desarrollo contenidas en el título IX de la LISR y no a las normas de principio, a las que se conectan las anteriores<sup>288</sup>. El artículo 4 de la LISR contiene una regla explícita que define el enriquecimiento neto gravable, como el “**...incremento de patrimonio resultante luego de restar de los ingresos brutos, los costos y deducciones sin perjuicio, respecto de los enriquecimientos netos de fuente territorial, del ajuste por inflación previsto en [la ley]**”.

De modo que, la ausencia de una metodología *ex lege* (título IX de la LISR) no implica el rechazo de la **regla de principio** (artículo 4 de la LISR) porque ello significaría admitir una **antinomia lógica** (una contradicción entre la base enunciativa de los artículos 316, 21(1), 2 y 22 constitucionales y el 4 LISR) y una **inaceptable laguna**

<sup>287</sup> “Tal necesidad de tomar en consideración el ajuste por inflación, es consecuencia de una economía inflacionaria donde no es posible establecer realmente el poder económico del contribuyente, si la renta obtenida según valores monetarios históricos, no es ajustada de acuerdo con la inflación. De esta manera, es posible determinar si la capacidad económica del contribuyente se ha incrementado o disminuido a pesar de la apariencia que proyecta el valor histórico. Con ello, se busca adecuar el gravamen de la renta a la efectiva capacidad económica del contribuyente, dando cumplimiento al mandato previsto en el artículo 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” Sentencia de la Sala Político- Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 25 de septiembre de 2002, con ponencia del Magistrado Hadel Mostafá Paolini, caso *Fundación Metalúrgica Lemos, C.A. vs. República de Venezuela (Fisco Nacional)*; confirmada en los fallos Nos. 00443 del 16 de abril de 2008 (caso: *Corporación Agroindustrial Corina, C.A. vs República de Venezuela*); 00564 (caso: *Industrias Ruansa de Venezuela, C.A. vs República de Venezuela*) y 00572 (caso: *C.A. Ron Santa Teresa vs República de Venezuela*) ambos del 07 de mayo de 2008; 01093 del 25 de septiembre de 2008 (caso: *Construcciones Somor, C.A vs República de Venezuela*); 00129 del 29 de enero de 2009 (caso: *Banco Mercantil, CA, S.A.C.A vs República de Venezuela*), 235 del 13 de marzo de 2010 (caso: *Promotora Laguna Grande, C.A vs República de Venezuela* y 00144 del 03 de febrero de 2011 (caso: *Inversiones Ban-Pro, C.A vs República de Venezuela*). Consultado en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01165 -250902-01-0273.HTM>.

<sup>288</sup> Artículos 173 al 193 de la LISR.

explícita en detrimento del ordenamiento como sistema normativo completo (**completitud o plenitud hermética**).

La **regla de principio** exige la determinación de la renta “**sin perjuicio del ajuste por inflación**”. De modo que, el vacío abierto por la exclusión del Sistema Integral de API (título IX), puede y debe suplirse con alguna **metodología que permita determinar el resultado de ganancias o pérdidas por inflación, de forma razonable y objetiva, para darle sentido, congruencia teleológica y aplicativa a la regla de principio** (artículo 4 de la LISR).

Debe preservarse la compatibilidad con los principios del derecho y los principios contables nacionales e internacionales, que reconocen que los resultados cuantificados según valores históricos tienen que ser (y deben ser) corregidos por inflación, para garantizar una información contable homogénea, confiable, comparable, y no simplemente nominal, distorsionados por la depreciación monetaria. El uso de una **metodología** alternativa encuentra justificación en el principio de razón suficiente (**nihil sine racione**), a la luz del cual la disposición de los enunciados normativos responde siempre y en todo caso a una lógica y a un orden que espera ser preservado y respetado, lo que exige darle solución de continuidad a alguna forma de corrección monetaria.

Además, históricamente se ha desarrollado una comprensión del sentido correcto de la corrección monetaria y de su necesaria aplicación a la determinación de la renta, razón por la cual, cualquier disposición de la ley o grupo de leyes debe ser interpretada de manera que su aplicación a casos concretos sea compatible con el entendimiento históricamente desarrollado sobre su objeto y propósito o su corrección. Este argumento histórico sistemático se fortalece porque más allá de la vigencia en el tiempo del API, su discontinuación subjetiva se produce en momentos en que la inflación en Venezuela llega a niveles patológicos (o mejor teratológicos) de 4 dígitos, lo que abona a la acción imperiosa de aplicar una corrección monetaria alternativa idónea. Es más, el derecho a la corrección monetaria constituye una situación subjetiva consolidada en el patrimonio jurídico de los contribuyentes, que no admite regresividad jurídica posible<sup>289</sup>.

<sup>289</sup> Artículo 19 de la Constitución Nacional: “**El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio**

Así las cosas, se impone el derecho constitucional a contribuir conforme a la capacidad contributiva real y efectiva, como criterio resolutivo explícito y jerárquicamente superior (**lex superior derogat legi inferiori**), para dar sentido al mandato de corregir la renta neta territorial “...sin perjuicio del ajuste por inflación previsto en <la Ley>”, esto es, de conformidad con el derecho, sus valores superiores, la razón técnica, el sentido común y la realidad.

#### 4. SOBRE LA PERTINENCIA TÉCNICA DE LA BA VEN-NIF 2 Y NIC 29 COMO METODOLOGÍA ALTERNATIVA Y SUPLETORIA PARA EL CÁLCULO DE LA PÉRDIDA MONETARIA POR INFLACIÓN

Alternativamente, la pérdida monetaria por inflación puede calcularse según las reglas técnicas de BA VEN-NIF 2, sobre “**Criterios para el reconocimiento de la inflación en los Estados financieros preparados de acuerdo con VEN NIF**”<sup>290</sup> (BA VEN-NIF 2), en concordancia con la Norma Internacional de Contabilidad No. 29 (NIC 29) sobre “**Información financiera en economías hiperinflacionarias**”.

Dichas reglas técnicas tendría aplicación al efecto (i) con base en el artículo 6 del COT<sup>291</sup>, que ordena la aplicación supletoria de la norma tributaria que más se avenga con la naturaleza y fines para aquellas situaciones que no puedan resolverse por vacíos en las disposiciones legales tributarias, (ii) las normas de los artículos 155 (1) (a) COT<sup>292</sup>,

---

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.”

<sup>290</sup> Emanada de la FCCPV, en aplicación de la NIC 29.

<sup>291</sup> Art. 6: “La analogía es admisible para colmar los vacíos legales, pero en virtud de ella no pueden crearse tributos, exenciones, exoneraciones ni otros beneficios, tampoco tipificar ilícitos ni establecer sanciones.”

<sup>292</sup> Art. 155: “Los contribuyentes, responsables y terceros están obligados a cumplir con los deberes formales relativos a las tareas de fiscalización e investigación que realice la Administración Tributaria y, en especial, deberán: I. Cuando lo requieran las leyes o reglamentos: a. Llevar en forma debida y oportuna los libros y registros especiales, conforme a las normas legales y los principios de contabilidad generalmente aceptados, referentes a actividades y operaciones que se vinculen a la tributación y mantenerlos en el domicilio o establecimiento del contribuyente y responsable.”

88 LISR<sup>293</sup> que facultan por reenvío normativo la aplicación de los principios de contabilidad de aceptación general en Venezuela (los VEN NIF) concretamente, para utilizar las regulaciones sobre situaciones técnicas contables previstas en leyes tributarias cuando no haya regulación expresa en contrario con el particular, siempre dentro de los parámetros de razonabilidad, consistencia y buena fe.

No debe llamar a dudas la posible pertinencia de la prohibición de analogía en el artículo 6 del COT. La prohibición de integración solo aplica para crear tributos, exenciones, exoneraciones u otros beneficios, así como para tipificar ilícitos o establecer sanciones. Dicha prohibición no aplica para colmar vacíos legales atinentes a la base imponible. Tal es el caso de la metodología de corrección monetaria alternativa a la excluida en Título IX de la LISR para los bancos, seguros y contribuyentes especiales, mediante la aplicación supletoria de normas tributarias (incluidos los reenvíos normativos a la técnica contable) que regulen casos semejantes o materias análogas, que más se avengan a la naturaleza y fines de una metodología para la determinación del ISR sobre base ajustada por inflación.

En Venezuela solo hay dos procedimientos para evaluar los efectos de la inflación sobre los resultados contables: (i) el previsto en la NIC 29 (sistema contable) y (ii) el establecido en la LISR (sistema fiscal). Aun cuando ambos sistemas de ajuste por inflación son integrales, el sistema contable es mucho más objetivo al determinar de manera más razonable el efecto de la inflación sobre las partidas no monetarias y también el efecto de las partidas monetarias sobre el patrimonio de la entidad que reporta (resultado monetario neto), ya que establece un procedimiento específico para determinar dicho efecto. Contrariamente, en

<sup>293</sup> Art. 88: “Los contribuyentes están obligados a llevar en forma ordenada y ajustados a principios de contabilidad generalmente aceptados en la República Bolivariana de Venezuela, los libros y registros que este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, su Reglamento y las demás Leyes especiales determinen, de manera que constituyan medios Integrados de control y comprobación de todos sus bienes activos y pasivos, muebles e Inmuebles, corporales e incorporales, relacionados o no con el enriquecimiento que se declara, a exhibirlos a los funcionarios fiscales competentes y a adoptar normas expresas de contabilidad que con ese fin se establezcan. Las anotaciones o asientos que se hagan en dichos libros y registros deberán estar apoyados en los comprobantes correspondientes y sólo de la fe que éstos merezcan surgirá el valor probatorio de aquéllos.”



el sistema fiscal el efecto de las partidas monetarias es un resultado residual y atemporal, porque se origina del resultado del ajuste por inflación del patrimonio del ejercicio inmediato anterior y no del patrimonio final a la fecha de reporte.

Tampoco debe llamar a dudas la apelación a la BA VEN NIF 2, y de la NIC 29, para la determinación de la pérdida por inflación a la banca y empresas de seguros, porque la generación de información contable para aquellas está regulada según el principio del costo histórico, conforme a las regulaciones de la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario y de la Superintendencia de Empresas de Seguros, respectivamente. La determinación de la pérdida por inflación tiene alcance supletorio exclusivamente para fines fiscales, como una solución alternativa a la corrección monetaria, por la exclusión del sistema API previsto en la LISR a los contribuyentes especiales.

No debe llamar a dudas la posible pertinencia de la prohibición de analogía en el artículo 6 del COT. La prohibición de integración solo aplica para crear tributos, exenciones, exoneraciones u otros beneficios, así como para tipificar ilícitos o establecer sanciones. Dicha prohibición no aplica para colmar vacíos legales atinentes a la base imponible. Tal es el caso de la metodología de corrección monetaria alternativa a la excluida en Título IX de la LISR para los bancos, seguros y contribuyentes especiales, mediante la aplicación supletoria de normas tributarias (incluidos los reenvíos normativos a la técnica contable) que regulen casos semejantes o materias análogas, que más se avengan a la naturaleza y fines de una metodología para la determinación del ISR sobre base ajustada por inflación.

En Venezuela solo hay dos procedimientos para evaluar los efectos de la inflación sobre los resultados contables: (i) el previsto en la NIC 29 (sistema contable) y (ii) el establecido en la LISR (sistema fiscal). Aun cuando ambos sistemas de ajuste por inflación son integrales, el sistema contable es mucho más objetivo al determinar de manera más razonable el efecto de la inflación sobre las partidas no monetarias y también el efecto de las partidas monetarias sobre el patrimonio de la entidad que reporta (resultado monetario neto), ya que establece un procedimiento específico para determinar dicho efecto. Contrariamente, en el sistema fiscal el efecto de las partidas monetarias es un resultado

residual y atemporal, porque se origina del resultado del ajuste por inflación del patrimonio del ejercicio inmediato anterior y no del patrimonio final a la fecha de reporte.

Tampoco debe llamar a dudas la apelación a la BA VEN NIF 2, y de la NIC 29, para la determinación de la pérdida por inflación a la banca y empresas de seguros, porque la generación de información contable para aquellas está regulada según el principio del costo histórico, conforme a las regulaciones de la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario<sup>294</sup> y de la Superintendencia de Empresas de Seguros<sup>295</sup>, respectivamente<sup>296</sup>. La determinación de la pérdida por inflación tiene alcance supletorio exclusivamente para fines fiscales, como una solución alternativa a la corrección monetaria, por la exclusión del sistema API previsto en la LISR a los contribuyentes especiales.

El principio contable tendrá virtualidad jurídica en la medida en que no contradiga expresamente alguna norma legal al respecto, para lo cual el aplicador deberá motivar la pertinencia técnica de la norma<sup>297</sup>.

Esta posición es consistente con la jurisprudencia pacífica y constante de la Sala Político- Administrativa del Tribunal Supremo de

<sup>294</sup> **Resolución** No 329-99, de fecha 28 de diciembre de 1999, emanada de la Superintendencia de Bancos y otras instituciones financieras. *Gaceta Oficial* No. 36.859 de fecha 29 de diciembre de 1999. Por su parte, el artículo 76 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario contempla: “**Las instituciones bancarias, sociedades de garantías recíprocas, fondos nacionales de garantías recíprocas, sociedades y fondos de capital de riesgo y casas de cambio se someterán a las normas contables dictadas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, independientemente de la aplicación de las disposiciones tributarias**”. *Gaceta Oficial* No. 6.154 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2014.

<sup>295</sup> Providencia sobre Normas de Contabilidad para las Empresas de Seguro Providencia N° FSAA-00288 publicada en *Gaceta Oficial* N° 40.908 del 20 de mayo de 2016.

<sup>296</sup> Por imposición de la Superintendencia de Bancos, las entidades financieras llevan contabilidad financiera ajustada por inflación solo con fines informativos y complementarios. Los estados financieros expresados en bolívares constantes (corregidos por inflación), se preparan con el objeto de informar la situación patrimonial libre de la distorsión producida por los cambios en los niveles de precios en la economía venezolana de conformidad con las instrucciones y normas establecidas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario. Ver **Resolución** No 329-99, de fecha 28 de diciembre de 1999, emanada de la Superintendencia de Bancos y otras instituciones financieras. *Gaceta Oficial* No. 36.859 de fecha 29 de diciembre de 1999

<sup>297</sup> **Vid.** Romero-Muci, Humberto, *El derecho y el revés de la contabilidad*, Serie Estudios No. 94, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2011, p. 73.

Justicia, que reconoce la aplicación supletoria de las VEN-NIF para regular las situaciones contables previstas en leyes tributarias cuando no haya regulación expresa en contrario sobre el particular, siempre que sea dentro de parámetros de razonabilidad, consistencia y buena fe<sup>298</sup>.

## 5. SOBRE LA DEDUCIBILIDAD DE LA PÉRDIDA MONETARIA POR INFLACIÓN

En el caso especial de la banca y empresas de seguros, el resultado monetario neto refleja una pérdida por efectos de la inflación debido a que sus activos monetarios son superiores a los pasivos monetarios. En este sentido, el resultado monetario por inflación deudor (la pérdida monetaria) está realizado en sí mismo.

La pérdida monetaria neta constituye un **gasto causado**<sup>299</sup>, porque se trata de una alteración patrimonial definitiva y determinable,

<sup>298</sup> “...se observa la falta de regulación expresa que norme tal circunstancia, quedando al libre albedrío de las sociedades involucradas, dependiendo de variados factores, tales como la complejidad de la mercancia que manejen, por su naturaleza genérica, los volúmenes de inventarios que operan, la alta rotación del producto, el grado de dificultad que en un momento de coyuntura económica se les presente, entre otros. En razón de ello, se hace necesario precisar que, si bien es cierto que los contribuyentes pueden elegir uno cualesquiera de los métodos mencionados, conforme a los Principios de Contabilidad generalmente aceptados, no es menos cierto que la aplicación del nuevo método que escoja debe hacerse dentro de unos lineamientos de razonabilidad, consistencia y buena fe.

En estas circunstancias y conforme a las actas procesales, se observa en el caso bajo análisis que la contribuyente tiene como objeto la industrialización y comercialización de productos genéricos (cervezas y maltas) y que lleva su Contabilidad conforme a los artículos 32 y siguientes del Código de Comercio, 99 de la LISLR de 1986 y 190 del Reglamento de 1968, aplicable al caso por razón del tiempo; lo cual hace inferir a esta Sala, la sinceridad y necesidad de la actuación del contribuyente al efectuar el cambio de valoración de inventarios. Por esta razón, se estima también improcedente el reparo formulado por este concepto. Así se declara.” Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 29 de junio de 2005, con ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, caso *Cervecería Polar del Centro, C.A. (Cepocentro)*. Consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/04581-300605-2004-0592.htm>

<sup>299</sup> Se entiende por gasto *causado* aquel efectivamente incurrido, aunque no haya sido pagado, esto es, el que representa una alteración patrimonial definitiva, bien que se haya recibido el bien o servicio correspondiente al gasto de que se trata o porque haya implicado la disminución cierta de un activo o el aumento cierto de un pasivo. Por su parte el gasto pagado, es aquel cuya contraprestación ha sido cumplida mediante la transferencia del dar que es su objeto.

representada en una disminución cierta de un activo neto, independientemente de que no haya habido una erogación pagada. Por su naturaleza, el reconocimiento de la pérdida monetaria no necesita de la ocurrencia de una transacción que la evidencie. Su reconocimiento opera automáticamente, por su sola tenencia al cierre del periodo a reportar.

La pérdida monetaria neta constituye un **gasto necesario**<sup>300</sup> para la producción de la renta de la banca, porque tiene su causa en una posición monetaria neta deudora, que se origina en la tenencia del activo monetario neto en exceso del pasivo monetario neto, que es el principal recurso para prestar su actividad de intermediación financiera para la banca o para la intermediación de riesgos en el sector de seguros.

La pérdida monetaria constituye un **gasto normal**<sup>301</sup> para la producción de la renta de la banca o de las empresas de seguros, porque esta proporcionada según la exposición económica del activo monetario neto y es mensurable objetivamente, según los criterios de mediación de la inflación acorde con las metodologías establecidas por la técnica contable<sup>302</sup>.

<sup>300</sup> Aquel cuya finalidad económica directa es la producción del enriquecimiento gravable, esto es, que haya una relación de causalidad inmediata entre el gasto y la fuente generadora de renta.

<sup>301</sup> Se entiende por gasto *normal* la calidad de la erogación proporcionada, que se incurre de una sana administración de los recursos económicos de un contribuyente y con miras a la producción de su renta. El gasto normal es aquel que no es excesivo, por lo que debe determinarse con fundamento en el análisis de cada caso concreto vinculándolo con sus semejantes a fin de verificar si la cuantía del mismo resulta proporcional con la naturaleza de la erogación. Sobre el particular, la jurisprudencia ha sostenido que la “normalidad” de un gasto está determinado como un juicio de proporcionalidad que resulta de la comparación entre el monto del gasto en cuestión y el monto de los pagos por los mismos conceptos hechos por contribuyentes que realicen actividades similares en la misma localidad y con la misma magnitud de operaciones. Del mismo modo se ha dicho que la “normalidad del gasto” se verifica cuando dentro de la sana administración de los recursos económicos del contribuyente y frente a la producción de su renta, el gasto no resulta excesivo, ni procura disminuir sin justificación la base imponible.

<sup>302</sup> Pero hay más en torno a la racionalidad técnica de permitir la deducción de todo aquel gasto, causado o pagado, normal y necesario que contribuya a la producción del enriquecimiento neto en la Ley de impuesto sobre la renta. Tan importante es el permiso normativo de la deducción de todos aquellos gastos asociados a la generación de la renta, que (i) las excepciones a esos requisitos necesitan texto expreso para la deducción de aquellos gastos que no cumplan con el estándar legal de deducibilidad. Así lo confirma el propio encabezado del artículo 27: “...[se] harán de la renta bruta las deducciones [...], las

## 6. SOBRE LA PRUEBA DE LA PÉRDIDA FINANCIERA POR INFLACIÓN: APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONVENIDO DE AUDITORÍA RELATIVO A INFORMACIÓN FINANCIERA

Tal como venimos sosteniendo, el vacío que deja la exclusión del API a los bancos, empresas de seguros y a los contribuyentes especiales, abre las puertas a la aplicación de la metodología más idónea para determinar el resultado monetario por inflación, concretamente la medida del resultado monetario deudor. El contribuyente afectado tendrá la carga de probar la idoneidad de la metodología, pero también la de documentar su cálculo.

La prueba del impacto de la inflación sobre el resultado fiscal, podrá acreditarse mediante un **“Informe de Resultados sobre Procedimientos Convenidos Relativo a Información Financiera”** conforme a la **“Norma Internacional de Servicios Relacionados número 4400”** (“NISR 4400”), aprobada por la FCCPV, que permita cifrar el resultado monetario por inflación de la entidad que reporta.

Este **“Informe de Resultados sobre Procedimientos Convenidos Relativo a Información Financiera”** será una prueba documental anticipada, una declaración de conocimiento que emana de los auditores independientes a los que la ley, en este caso el artículo 8<sup>303</sup> de la Ley del Ejercicio de la Contaduría Pública (LECP), les da fuerza y eficacia

---

cuales, salvo disposición en contrario, deberán corresponder a egresos causados no imputables al costo, normales y necesarios, hechos en el país con el objeto de producir el enriquecimiento...” y, a la vez, (ii) prevé una cláusula general o norma general inclusiva en el ordinal 22, dirigida a expandir o permitir la deducción de todos aquellos gastos que sin estar expresamente enumerados en el artículo 27, cumplan con el estándar de deducibilidad.

<sup>303</sup> El artículo 8 de la LECP, contempla: **Artículo 8.- “El dictamen, la certificación y la firma de un contador público sobre los estados financieros de una empresa, presume, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ha ajustado a las normas legales vigentes y a las estatutarias cuando se trate de personas jurídicas; que se ha obtenido la información necesaria para fundamentar su opinión; que el balance general representa la situación real de la empresa, para la fecha de su elaboración; que los saldos se han tomado fielmente de los libros y que estos se ajustan a las normas legales y que el estado de ganancias y pérdidas refleja los resultados de las operaciones efectuadas en el período examinado”**. Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 30.273 de fecha 5 de diciembre de 1973. Consultada en: [http://www.fccpv.org/fedcont/files/1973\\_Ley\\_de\\_Ejercicio.pdf](http://www.fccpv.org/fedcont/files/1973_Ley_de_Ejercicio.pdf)

probatoria de plena fe<sup>304</sup>, con efectos de razonabilidad erga omnes y presunción iuris tantum<sup>305</sup> para que sirva al tiempo de la respectiva declaración del ejercicio fiscal conforme a los artículos 158<sup>306</sup> y 166<sup>307</sup> del COT, en concordancia con los artículos 4<sup>308</sup> y 85<sup>309</sup> de la LISR, como prueba pre- constituida frente a eventuales objeciones de la Administración Tributaria. Más allá de la discusión sobre el derecho a la deducción del resultado monetario deudor por inflación, en derecho, el efecto probatorio del cálculo efectuado según la metodología contable y documentado en la forma de los Procedimientos Convenidos, invierte la carga de la prueba en cabeza de la Administración para desvirtuar su corrección. En caso de conflicto sobre su pertinencia jurídica, sobre la idoneidad de la técnica de corrección y sobre la medida del resultado

<sup>304</sup> No obstante, dicha información contable no goza de *fe pública* que solo es un estándar probatorio limitado a los documentos registrados y notariados. Tampoco el documento contable es un documento público, ni el contador puede ser considerado un funcionario público. Véase al respecto Sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de agosto de 2004, Caso: *Cartuchos Deportivos Arauca*, en el que al pronunciarse sobre el artículo 8 de la LECP, señala: “...no deja de ser menos cierto que ello no puede interpretarse como el otorgamiento de fe pública y, por consiguiente, la aludida naturaleza del instrumento tampoco puede ser entendida como pública.”

consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/agosto/01024-110804-2001-0736.htm>

<sup>305</sup> Cabrera, Jesús Eduardo, “Algunas apuntes sobre el artículo 433 del CPC”, en *Revista de Derecho Probatorio* N° 7, Editorial Jurídica Alva, 1996, p. p. 12

<sup>306</sup> Artículo 158: “Las normas contenidas en esta sección serán aplicables a los procedimientos de carácter tributario en sede administrativa, sin perjuicio de las establecidas en las leyes y demás normas tributarias. En caso de situaciones que no puedan resolverse conforme a las disposiciones de esta sección, se aplicarán supletoriamente las normas que rigen los procedimientos administrativos y judiciales que más se avengan a su naturaleza y fines.”

<sup>307</sup> Artículo 166: “Podrán invocarse todos los medios de prueba admitidos en derecho, con excepción del juramento y de la confesión de empleados públicos, cuando ella implique prueba confesional de la Administración. Salvo prueba en contrario, se presumen ciertos los hechos u omisiones conocidos por las autoridades fiscales extranjeras.”

<sup>308</sup> Artículo 4: “Son enriquecimientos netos los incrementos de patrimonio que resulten después de restar de los ingresos brutos, los costos y deducciones permitidos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, sin perjuicio respecto del enriquecimiento neto de fuente territorial, del ajuste por inflación previsto en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.”

<sup>309</sup> Artículo 85: “Los contribuyentes deberán determinar sus enriquecimientos, calcular los impuestos correspondientes y proceder a su pago de una sola vez ante las Oficinas Receptoras de Fondos Nacionales, en la forma y oportunidad que establezca el Reglamento.”

monetario por inflación, la experticia contable será la prueba idónea para precisar esos hechos en un eventual proceso judicial sobre la deducibilidad de la pérdida monetaria por inflación.

Este Informe versa sobre aspectos estrictamente contables, nunca sobre conceptos, interpretaciones y apreciaciones jurídicas o meramente subjetivas. De modo que el juicio de razonabilidad que supone el **ex** artículo 8 de la LECP debe ser suficientemente explícito y preciso para identificar y presentar la información que se certifica<sup>310</sup>.

En este sentido, en el **“Informe de Resultados sobre Procedimientos Convenidos Relativo a Información Financiera”** debe acreditarse **(i)** Que la Información presentada está en conformidad con las normas legales vigentes y las estatutarias, esto es, conforme a las exigencias legales aplicables (mercantiles, formales y materiales), la política contable del ente (reglas estatutarias) así como conforme a la técnica contable aplicable; **(ii)** Que se ha obtenido la información **necesaria** para fundamentar la opinión contable, esto es, tanto la información cuantitativa, como la cualitativa, y se han hecho las explicaciones, revelaciones y salvedades debidas de dicha información y sus efectos en la situación financiera y el resultado el ente; y, **(iii)** Que el balance representa razonablemente la situación del patrimonio del ente para su fecha y que el estado de ganancias y pérdidas refleja los resultados de las operaciones efectuadas en el periodo examinado, siendo que los saldos se han tomado fielmente de los libros legalizados, esto es, que existe conformidad entre estados financieros y el respaldo debido en los soportes o evidencias de las operaciones (contratos, facturas, recibos, estados de cuenta, etc.). Incluidos los cálculos, indagaciones y estimaciones correspondientes<sup>311</sup>.

En el caso concreto se solicitará que el Informe sobre procedimientos de información financiera previamente convenidos dé cuenta con suficiente detalle de las siguientes circunstancias, sobre la situación fiscal del contribuyente:

<sup>310</sup> Romero-Muci, Humberto, **“Apostillas sobre la técnica probatoria de la contabilidad”**, en *Revista de Derecho Tributario* N° 122, abril-mayo-junio 2009, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, p.p. 47-48.

<sup>311</sup> *Ibidem*.

- a. Que se calcule el enriquecimiento o pérdida fiscal, y el efecto del reajuste regular por inflación para fines fiscales en la determinación de la renta gravable de los 6 últimos ejercicios económicos
- b. Que se calcule el enriquecimiento o pérdida fiscal del ejercicio económico último, sin incluir el efecto del reajuste regular por inflación para fines fiscales en la determinación de la renta gravable, comparado con el enriquecimiento o pérdida fiscal del ejercicio económico anterior o anteriores, como si se hubiese incluido el efecto del reajuste regular por inflación para fines fiscales en la determinación de la renta gravable.
- c. Que se calcule el ajuste por inflación financiero NIC 29, el resultado monetario por inflación y su efecto en años anteriores y en el actual.
- d. Que se calcule el efecto potencial del ISR causado en el último ejercicio económico, relacionado con la exclusión del ajuste por inflación en la determinación de la renta gravable, y su relación porcentual con el Patrimonio del contribuyente al último periodo fiscal declarado.
- e. Que se calcule el gasto de ISR determinado por el contribuyente para los últimos 6 ejercicios económicos y su relación porcentual con el Resultado neto para esas fechas.

El Informe producido de acuerdo al NISR 4400 constituirá una prueba anticipada plenamente válida en vía administrativa y en sede judicial, sometida a contradicción ex post, en cuyo caso la Administración Tributaria tendrá la carga de contradecir y desmentir el contenido del Informe convenido, pero no rechazar su legalidad, pertinencia y conducencia. Así, conforme al artículo 166 del COT podrán invocarse todos los medios de prueba admitidos en derecho. La prueba de informes sobre procedimientos convenidos será en todo caso una prueba legal, pertinente y conducente, al tratarse de un medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, de acuerdo al artículo 395<sup>312</sup> del Código de

---

<sup>312</sup> Artículo 395: “**Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.**”



Procedimiento Civil (CPC). Igualmente, no puede decirse que el medio ni la prueba trasladable se obtenga en este caso mediante violación del debido proceso, sino al amparo del artículo 49 constitucional, y en atención a la buena fe y a la carga de la prueba u **onus probandi** contemplado en el artículo 506<sup>313</sup> del CPC.

El contribuyente ha tenido que recurrir a esta prueba para colmar el vacío legal generado por la discontinuación de la metodología del API (contenida en el Título IX de la LISR) para los Bancos, empresas de seguro y contribuyentes especiales, en atención a la norma de principios prevista en el artículo 4 LISR, que ordena determinar la materia gravable ajustada por inflación.

## 7. CONCLUSIONES

1. La exclusión del sistema de API regulado en la LISR a los bancos, empresas de seguro y demás contribuyentes especiales, no prohíbe ni menoscaba su derecho a la cuantificación de los efectos de la inflación para la determinación de su renta real, como expresión de su derecho a contribuir conforme a su capacidad económica efectiva, **ex** artículo 316 Constitucional y 4 de la LISR. El resultado monetario por inflación deudor (la pérdida monetaria neta) constituye una erogación causada, normal y necesaria, sufrida en el país, para la producción de la renta de la banca y empresas de seguro y demás contribuyentes especiales. Por tal razón, es El resultado monetario por inflación deudor puede calcularse según las reglas técnicas de la BA VEN NIF 2, sobre **“Criterios para el reconocimiento de la inflación en los Estados financieros preparados de acuerdo con VEN NIF”**, en concordancia con la NIC 29 sobre **“Información**

---

Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez.”

<sup>313</sup> Artículo 506: **“Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberto de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación. Los hechos notorios no son objeto de prueba”**.

**financiera en economías hiperinflacionarias**”. Dichas reglas técnicas tendrían aplicación al efecto (i) con base en el artículo 6 del COT, y (ii) las normas de los artículos 155(1) (a) COT, 88 LISR. La prueba de la pérdida monetaria puede preconstituirse mediante informe de contadores públicos independientes según “Procedimientos Convenidos Relativo a Información Financiera”, según la NISR 4400, aprobada por la FCCPV, que permita cifrar el decremento patrimonial.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

1. Cabrera, Jesús Eduardo, **“Algunas apuntes sobre el artículo 433 del CPC”**, en **Revista de Derecho Probatorio** N° 7, Editorial Jurídica Alva, 1996.
2. Gallo Franco, **Las razones del fisco <ética y justicia en los tributos>**, Marcial Pons, Madrid 2011.
3. Romero-Muci, Humberto, **“Apostillas sobre la técnica probatoria de la contabilidad”**, en **Revista de Derecho Tributario** N° 122, abril-mayo-junio 2009, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas.
4. \_\_\_\_\_, **El derecho y el revés de la contabilidad**, Serie Estudios No. 94, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2011.
5. \_\_\_\_\_, **La racionalidad del sistema de corrección monetaria fiscal**, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006.
6. \_\_\_\_\_, **“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.
7. \_\_\_\_\_, **“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.

**IV JORNADA DE ARBITRAJE  
"EN HOMENAJE  
AL DR. PEDRO J. MENTELLINI".  
16 DE NOVIEMBRE DE 2017.**

**PALABRAS DE RECONOCIMIENTO  
AL DR. PEDRO J. MANTELLINI.  
DR. CARLOS SARMIENTO SOSA.**

## **SEMBLANZA DEL DOCTOR PEDRO J. MANTELLINI GONZÁLEZ**

Un homenaje como el que hoy se celebra en este académico santuario presenta a la persona en nuestra imaginación y nos da algo para recordar. Es una forma de mostrar agradecimiento a través de la ayuda de ciertos rasgos y recuerdos; y para ello, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la Asociación Venezolana de Arbitraje me han confiado el honor de presentar a un ilustre abogado que ha transitado por más de 70 años por los caminos del ejercicio de la profesión del santo Ivo, orgullo no solamente para él y su familia, sino para los profesionales del derecho y todos los venezolanos.

En lo personal, cumplo con emoción la tarea encomendada porque se trata de resaltar los valores de una persona de mi profunda estima desde que mi padre, José Gabriel Sarmiento Núñez, presente en espíritu en este recinto que fuera tanpreciado para él, me enseñó a conocer y a querer a su entrañable colega y amigo, Pedro J. Mantellini González.

## **LOS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS, LA PASANTÍA JUDICIAL, LA GRADUACIÓN UNIVERSITARIA Y EL TÍTULO DE ABOGADO. POSTGRADO Y ESPECIALIZACIÓN**

Inicia Mantellini sus estudios en la Universidad Central de Venezuela, en aquella vieja casona que hoy ocupa el Palacio de las Academias y, al mismo tiempo, se desempeña como amanuense y secretario del Juzgado 1° de Primera Instancia en lo Penal del Distrito Federal, a cargo de un intachable y ejemplar juez por vocación y convicción que culminó su carrera judicial como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el doctor Julio Horacio Rosales, de quien Mantellini aprende

que el funcionario judicial que tiene a su cargo la sagrada misión de administrar justicia debe contar con sensibilidad humana y con la paciencia necesaria para escuchar al reo<sup>314</sup>.

Egresada de la alta casa de estudios, con el grado de doctor en Ciencias Políticas (*magna cum laudae*); y recibe el título de abogado de la Corte Suprema del Distrito Federal, a quien competía el otorgamiento del grado profesional de la abogacía, iniciándose en el estudio y práctica del Derecho Penal y Procesal Penal, como profesor en la Facultad de Derecho de la UCV, siguiendo las enseñanzas de su maestro, el eminente catedrático Félix Saturnino Angulo Ariza, de quien siempre recordaría un principio fundamental para el proceso penal:

“[ ... ] un sumario bien instruido absuelve a un inocente y condena a un culpable; un sumario mal instruido puede absolver a un criminal y condenar a un inocente”<sup>315</sup>.

Para completar su formación profesional, Mantellini hace estudios de post grado en la Southern Methodist University de Texas y el curso de Derecho Avanzado de Gerencia de la Escuela de Negocios de la prestigiosa Harvard University.

## **EL EJERCICIO PROFESIONAL. LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

En el ejercicio de la abogacía iniciado en 1945, Mantellini hace de Consultor Jurídico de la Comandancia de la Policía, y más tarde presta servicios legales durante treinta años en la industria petrolera para la *Venezuelan Atlantic Refining Company* y para la *Creole Petroleum Corporation* y sus empresas afiliadas, de muchas de las cuales fue Director, luego de lo cual se dedica al ejercicio privado en su la firma “Mantellini & Asociados”, que constituyera en 1975.

---

<sup>314</sup> Véase René De Sola. JULIO HORACIO ROSALES, jurista, escritor y ciudadano ejemplar. En *Viviendo el futuro.*, Caracas, 2009.

<sup>315</sup> Véase Pedro J. Mantellini González. EL ABOGADO Y SU PAPEL EN LA LUCHA POR LA REFORMA DE LA LEGISLACION PROCESAL. En *Discursos y Ponencias.* Caracas, 1999.

Pero, para el año 1979 le toca el turno de la prestación del servicio público al ser elegido Fiscal General de la República para el período constitucional que culminaría en 1984, en los tiempos de la República civil, bajo la presidencia de Luis Herrera Campíns.

Su labor en el Ministerio Público destaca por sus dotes de Gerente. Crea la estructura administrativa de la Institución, reactiva la publicación de la Revista del Ministerio Público en una segunda etapa y comienza la publicación de monografías jurídicas. Establece el Instituto de Estudios Superiores (con funciones académicas, de investigación y publicaciones), la Biblioteca Central y la Coral del Ministerio Público. Reúne en Caracas el 7° Congreso Interamericano del Ministerio Público y asiste al 8° efectuado en Argentina. Crea la Orden al Mérito del Ministerio Público y el Distintivo de Servicio de los Funcionarios y Empleados Profesionales del Ministerio Público. Preside la Asociación Interamericana del Ministerio Público.

Siendo Fiscal General, es incorporado como miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y miembro del Instituto Venezolano de Derecho Procesal, entidad esta última de la cual asume como Presidente.

Como Fiscal General de la República, Mantellini se conduce imparcial y objetivamente en el ejercicio de sus funciones. Cabe traer a colación su enérgica protesta por el allanamiento de la sede de la Fiscalía por parte de la policía política en persecución del fallecido historiador Jorge Olavarría, editor de una revista de contenido político, por la publicación de ciertos editoriales que no agradaron al régimen. Mantellini, con toda energía, denuncia al Director del cuerpo policial y a ocho funcionarios por violación de domicilio, resistencia a la autoridad y ultraje a funcionario público. Sin embargo, un juez declara terminada la averiguación, quizá prejuiciado por el hecho de que el jefe policial, luego del vil allanamiento, resulta premiado al ser designado Ministro de Relaciones Interiores. *Cosas veredes, Sancho!!!*, dijo Cervantes por boca del caballero andante al fiel escudero.

Cumplido su período constitucional, Mantellini regresa a su Estudio Jurídico donde, en compañía de sus hijos, Sylvana Mantellini de Texier y David Mantellini Perera y otros colegas, continúa prestando

sus sabios consejos a su clientela y defendiendo sus derechos e intereses en apasionados litigios, sin abandonar la actividad intelectual, contribuyendo a la bibliografía jurídica con importantes obras, recopiladas todas ellas en una edición titulada “*Discursos y ponencias*”. Sylvana y David prologan la obra, correspondiendo la presentación de la misma a la que fuera su fiel e inseparable compañera de su vida, doña Nérida Perera de Mantellini, quien desde la diestra del Señor contempla con alegría este emotivo homenaje.

## **LA OBRA JURÍDICA: EL GREMIO, TEMAS JURÍDICOS, TEMAS DEL MINISTERIO PÚBLICO. EL ARBITRAJE**

Tanto en el ejercicio como en la función pública Mantellini se mantiene intelectualmente activo y sus ideas y sus conocimientos los va dejando plasmados en discursos, conferencias y ponencias.

### **EL GREMIO**

El gremio de abogados es uno de los temas en los que Mantellini muestra el conocimiento que tiene de la colegiación en la abogacía, particularmente en cuanto a la formación de los profesionales del derecho, el ejercicio de la abogacía y la actividad propia de este tipo de asociaciones, para lo cual recomendaba que el gremialismo por encima de la política.

En una conferencia titulada “*La formación de los profesionales del derecho y el ejercicio de la abogacía en Venezuela*”<sup>316</sup>, Mantellini filosofa sobre la vocación de abogado y dice que existen muchos hombres y mujeres que ostentan ese título pero que realmente no lo son porque no ejercen la profesión ya que se dedican a otras actividades que son paralelas o tienen alguna conexión tangencial con el ejercicio de la profesión de abogado, que lo hacen sólo como medio para ganarse la vida y ésta es la mayor negación que puede haber de la profesión de abogado porque, a su juicio, el abogado tiene que pensar en ella como algo

---

<sup>316</sup> *Ibidem*. LA FORMACION DE LOS PROFESIONALES DEL DERECHO Y EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN VENEZUELA



arraigado en lo más profundo de su ser, como un permanente querer y estar al servicio de los demás, y sentencia:

*“El que no entienda de esa manera la profesión de abogado, bien en el ejercicio diario, bien en el desempeño de una función judicial o administrativa, al servicio del Estado o de los particulares, no es un abogado ni puede catalogarse como tal. Será un práctico en el manejo de las disposiciones legales, será un individuo habilísimo en la comparación de los casos concretos con esas normas que rigen la vida ciudadana, pero nunca será un abogado [ ... ] Solamente en ese momento, cuando el hombre que ha escogido esta profesión para materializarse en la vida, para completar su espiritualidad, se siente íntimamente realizado, es cuando se es verdaderamente un abogado”*; y, luego de evocar el X mandamiento del maestro uruguayo Eduardo J. Couture -ama tu profesión-<sup>317</sup>, establece una diferencia entre ser abogado y hacerse abogado:

*“[ ... ] Cuando se es abogado es porque un querer que uno lleva muy adentro, lo proyecta al servicio más sublime hacia los demás: ¡la lucha por la justicia!”*.

Al referirse al papel social que el abogado debe cumplir en la sociedad, afirma que “[... ] *Si no mantenemos la abogacía como una profesión y nos limitamos a considerarla tan solo como un medio de vida, estaremos destruyendo algo que es vital para la organización social en la que nosotros creemos, y la cual queremos conservar y mejorar para beneficio de todos los venezolanos*”<sup>318</sup>

En este punto hay que resaltar las distintas conferencias, congresos y eventos científico-jurídicos a los que acude Mantellini a lo largo de su vida profesional, todas ellas relacionadas con el ejercicio de la profesión y la actividad gremial. Hace énfasis en que el abogado debe reflejarse hacia la comunidad donde vive y “[... ] *ese proyectarse no tiene mejor instrumento que el Colegio de Abogados*”.

<sup>317</sup> X mandamiento: “Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado”.

<sup>318</sup> Véase: Mantellini, op. cit. EL PAPEL SOCIAL DEL ABOGADO.

Para finales de la década de los 80's, el sistema judicial venezolano se encontraba en terapia intensiva<sup>319</sup>, con un tristemente célebre “caracazo” que en los anales de la conculcación de los derechos humanos aparece escrito como una demostración de la brutalidad represiva, condenada hasta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y con las propuestas de reformas económicas iniciadas por el Presidente Carlos Andrés Pérez.

Ante ese panorama, los colegas Arturo De Sola Lander, Franklin Hoet Linares, Ramón Escovar León y quien esto escribe tuvimos la iniciativa de organizar un movimiento destinado a rescatar el Colegio de Abogados del Distrito Federal, desde años atrás en manos de una minoría que pretendía utilizar el gremio como un escalón para sus aspiraciones políticas. Mantellini, de inmediato acepta la invitación como fundador de la asociación Retorno al Colegio de Abogados, ARCA, un movimiento de abogados independientes que logra llevar a la directiva del Colegio de Abogados del Distrito Federal a José Melich Orsini, Román J. Duque Corredor, Fernando M. Fernández y Gabriel Ruan Santos; al Tribunal Disciplinario a calificados abogados, entre ellos José de los Santos Michelena Arroyo, Levis Ignacio Zerpa y Humberto Bauder; y a la Fiscalía de este último a José Gabriel Sarmiento Sosa. A ARCA se unieron otros distinguidos colegas como fundadores: Henry Torrealba Ledesma, Carlos Eduardo Gómez Rojas, Gloria Bacalao, Carlos Martínez Murga y otros tantos cuyos nombres escapan a la memoria.

<sup>319</sup> Véase: BALL, Carlos. Por qué América Latina no progresa. CATO Institute. <http://www.elcato.org/node/2686>. BOTTARO, Luis Enrique. El surrealismo pesimista. Producciones Karol C. A., Mérida, Venezuela. BREWER CARÍAS, Allan-R. El problema del Poder Judicial, en Allan R. Brewer-Carías. Problemas del Estado de partidos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988. GÓMEZ, Manuel A. *GreasingtheSqueaky Wheel of Justice. Network of Venezuelan Lawyers from the Pacted Democracy to the Bolivarianan Revolution*. FIU Legal Studies Research Papers. PÉREZ PERDOMO, Rogelio. Una evaluación de la reforma judicial en Venezuela. [http://desa1.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/5411/evaluacionlareformavenezuela\\_rperdomo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://desa1.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/5411/evaluacionlareformavenezuela_rperdomo.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Medio siglo de historia judicial (1952-2005). Cuadernos Unimetanos 11/ septiembre 2007. QUINTERO TIRADO, Mariolga. Justicia y Realidad. Universidad Central de Venezuela Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1988. SABINO Carlos y BALL, Carlos. EL CASO VENEZUELA. [http://paginas.ufm.edu/sabino/word/Articulos\\_sobre\\_temas\\_economico\\_sociales/el\\_caso\\_venezuela.pdf](http://paginas.ufm.edu/sabino/word/Articulos_sobre_temas_economico_sociales/el_caso_venezuela.pdf) SARMIENTO SOSA, Carlos J. El desempeño del sistema judicial venezolano en el marco histórico 1810-2010. EJV, Caracas, 2015. [www.amazon.com/www.barnesandnoble.com](http://www.amazon.com/www.barnesandnoble.com)

Una experiencia enriquecedora para todos aquellos que comulgamos la idea de que los colegios de abogados, además de la función social que deben cumplir, constituyen una tribuna que permite asumir posiciones institucionales y representativas de la comunidad jurídica frente a los poderes públicos y ante la comunidad nacional e internacional<sup>320</sup>.

En su andadura por el continente americano, Mantellini participa en numerosas conferencias de la Federación Interamericana de Abogados, desde 1947 llegando a culminar como Presidente de la misma entre 1981 y 1982, debiendo citarse el trabajo titulado “*Formación del Profesor de Derecho*”<sup>321</sup>, en el que tiene la oportunidad de formular una serie de recomendaciones destinadas a incentivar a los estudiantes de la carrera de derecho que aspiren a ingresar al profesorado universitario, a instaurar un método de selección de profesores que tenga en cuenta los conocimientos jurídico-científicos y la vocación por la enseñanza, y a planificar y ofrecer al profesorado un panorama jurídico-científico que produzca la preparación necesaria para convertirlo en última instancia en un profesor titular.

## TEMAS JURÍDICOS

En temas jurídicos, Mantellini aborda fundamentalmente el derecho procesal y la administración de justicia, para lo cual desarrolla distintos sub temas:

En *Progreso y proceso*<sup>322</sup>, luego de recurrir al barón de Montesquieu, a Eduardo Novoa Monreal y a Gustavo Radbruch sobre la evolución del derecho y la sociedad, y en alusión directa de la necesidad de reformar el Código de Procedimiento Civil de 1916, Mantellini opina que “[ ... ] *la modificación de las normas procesales sin la adecuada modificación de la estructura y composición de la judicatura nacional,*

---

<sup>320</sup> Véase: Román J. Duque Corredor. LA ABOGACÍA EN TIEMPOS DE CRISIS DE LA JUSTICIA EN EL ESTADO DE DERECHO. [http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Noticias/DISCURSO%20DEL%20DIA%20DEL%20ABOGADO%20\(27-6-12\)%20\(D257631-1\)%20\(agregados%20del%2025.06.2012\).pdf](http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Noticias/DISCURSO%20DEL%20DIA%20DEL%20ABOGADO%20(27-6-12)%20(D257631-1)%20(agregados%20del%2025.06.2012).pdf)

<sup>321</sup> Véase: Mantelliniop. cit. FORMACION DEL PROFESOR DE DERECHO.

<sup>322</sup> Véase: *Ibidem*. PROGRESO Y PROCESO

*no dará los resultados a los cuales se aspira [ ... ] no se puede pensar en una sin pensar en la otra”, poniendo como ejemplo los casos de Colombia y España, en donde tuvieron el cuidado de efectuar los cambios tanto en las normas procesales como en la administración de justicia.*

Pasarían 10 años para que un nuevo Código de Procedimiento Civil, el de 1986, sustituyera al vetusto de 1916, pero aún permanecen en profundas y turbulentas aguas las reformas para seleccionar los jueces “[ ... ] escoger los mejores, los más capaces, los más honestos, los más trabajadores y todavía no hemos hallado el sistema satisfactorio para escogerlos adecuadamente o para mejorar a los que teniendo tiempo de servicio en la judicatura necesitan mejorar sus conocimientos, perfeccionándolos y actualizándolos”, escribe Mantellini.

En *VI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*<sup>323</sup> Mantellini vuelve a insistir en que “[ ... ] de nada servirá que logremos producir una reforma a fondo de nuestro sistema procesal, si no pensamos también en los hombres que están encargados de aplicar las leyes, los jueces [ ... ]”, todo ello pronunciado ante un nutrido auditorio dentro de quienes se cuentan, como ponentes, Devis Echandía, de la Rúa, Fairén Guillén, Rodríguez U., de lo más granado de los procesalistas iberoamericanos.

En *La situación actual del delito en Venezuela y sus alternativas de prevención*<sup>324</sup> Mantellini, al momento Fiscal General de la República, advierte la necesidad de que se den más posibilidades al Ministerio Público de penetrar en la trama de esos delitos que Edwin H. Sutherland etiquetó como *White collar crime* y que comprenden fraudes en el comercio de inmuebles, la usura en sus distintas formas, el contrabando, el acaparamiento, la especulación.

Asimismo, aprovecha la ocasión para insistir en una reforma del proceso penal, refiriéndose con datos y cifras a la cuestión penitenciaria, a la que califica como muy aguda, advirtiendo que “[ ... ] no se ha presentado de la noche a la mañana [ ... ] por el deterioro acumulado de muchos años”, concluyendo en que “[ ... ] todo lo que hagamos en relación con la planificación en el campo de la defensa social

<sup>323</sup> Véase: *Ibidem*. VI JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL

<sup>324</sup> Véase: *Ibidem*. La situación actual del delito en Venezuela y sus alternativas de prevención.

*contribuirá a mostrarnos plenamente la situación que tenemos y lo que debemos hacer [ ... ] con la cuestión criminal en general y con la penitenciaria en particular”.*

En *El abogado y su papel en la lucha por la reforma de la Legislación procesal*<sup>325</sup> Mantellini, ante la crisis que atraviesa el Poder Judicial, e invocando las palabras de José Santiago Núñez Aristimuño—“la democracia está en mora con la justicia”—, pide “[ ... ] *un análisis crítico constructivo de los instrumentos técnicos que utilizamos en nuestra labor y luego hablemos de nosotros mismos, de lo hombres y mujeres encargados de realizar la justicia y tendremos la posibilidad de hacer un balance de lo que hemos dicho, de lo que hemos dejado de hacer y de lo mucho que tenemos que hacer [ ... ]*”.

Luego de revisar las estadísticas de casos cursantes ante los tribunales, la lentitud de los procesos, la necesidad de actualización del Código de Procedimiento Civil, Mantellini aborda el papel de los abogados dentro del proceso y su responsabilidad en la imputación de retraso procesal que se le hace a la justicia venezolana, de onerosidad y de falta de agilidad total y, al respecto dice:

*“Somos los abogados órganos auxiliares de la justicia y como tales nos corresponde una grave responsabilidad en lo que dice con su administración [ ... ] De allí que lo abogados que tan dados somos a la crítica de las actuaciones del Poder Judicial, debemos pensar que nosotros somos parte de eso que se critica porque no hemos cumplido adecuadamente con nuestra obligación como auxiliares que somos de esa función pública”.*

Con respecto a la necesidad de la reforma legislativa para modernizar la legislación procesal y los Códigos Penal y Civil, Mantellini hace un llamado a los abogados para que apoyen esas iniciativas que “[ ... ] *permitan los abogados cumplir con nuestra misión, que es servir a la realización de la justicia mediante procesos económicos, accesibles a todos, rápidos y eficaces para que el pueblo sepa que el régimen democrático también puede ser eficiente [ ... ] en esa tarea tan difícil como lo es la de administrar justicia [ ... ]*”.

<sup>325</sup> Véase: *Ibidem*. El abogado y su papel en la lucha por la reforma de la Legislación Procesal.

En *HOMBRE, PROCESO Y JUSTICIA*<sup>326</sup>, Mantellini, luego de invocar a Carnelutti, Alsina, Mercader y Couture, aborda de nuevo la problemática del Poder Judicial venezolano, aprovechando el momento para reclamar su independencia, afirmando que “[ ... ] *debe ser plena por la obligación que se impone a los Poderes Públicos y a los particulares todos, de respetar esa independencia [ ... ] de manera tal que a la garantía de la inamovilidad se añade la necesidad de una regulación expresa en la cual se excluya toda posible injerencia del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial*”.

Además de insistir en la necesidad de una justicia más humana, más justa, para tratar de hacerla más efectiva, rápida y económica, pide luchar para hacer del juez un “[ ... ] *hombre libre dentro del sistema político dominante, ya que, si lo concebimos como totalmente independiente de los organismos políticos de manera que éstos no puedan influir sobre él y su carrera, ni directa ni indirectamente, toda posibilidad de solución existe*”.

Sin duda puede decirse que el homenajeadado desconocía al momento el futuro que deparaba a Venezuela con el cese de la independencia judicial y que con la sumisión, el juez dejaría de ser un hombre libre.

En *Las medidas cautelares innominadas y el proceso penal venezolano*<sup>327</sup>, Mantellini aborda un tema de singular interés, cual es la posibilidad de la inserción en el proceso penal de un instituto nacido dentro del proceso civil: Las medidas cautelares innominadas. Para ello, basándose en las opiniones de Rengel Romberg, Márquez Añez y Henríquez La Roche, hace una interpretación teleológica de una serie de leyes de carácter penal vigentes para la época, en particular el Código de Enjuiciamiento Criminal -no había nacido el Código Orgánico Procesal Penal-, para llegar a la conclusión de que “[ ... ] *el poder cautelar general atribuido al Juez Civil por el Código de Procedimiento Civil puede ser trasladado también al Juez Penal y a través de ese poder cautelar en los procesos penales, en particular en los de acción pública, el Juez goza de la potestad de poder dictar estas medidas tendientes a hacer efectiva la decisión que tome [ ... ]*.

<sup>326</sup> Véase: *Ibidem*. HOMBRE, PROCESO Y JUSTICIA.

<sup>327</sup> Véase: *Ibidem*. Las medidas cautelares innominadas y el proceso penal venezolano.

En *Comentarios a la Ley sobre Régimen Cambiario*<sup>328</sup>, trata Mantellini el espinoso tema del régimen cambiario que regía para la época.

Además del recorrido por la legislación penal ordinaria y especial relacionada con delitos vinculados con la actividad cambiaria, Mantellini hace una descripción de la crisis financiera que se venía gestando desde el inicio de los 90's hasta explotar en 1994, que llevó al Presidente Rafael Caldera, con fundamento en suspensión de la garantía económica prevista en la Constitución de 1961, a crear un régimen especial de control de cambios sobre las monedas extranjeras ante la transferencia ilimitada de bolívares al exterior mediante la adquisición de dólares de los Estados Unidos, y a instaurar la Oficina Técnica de Administración Cambiaria (OTAC), en la cual debían inscribirse todos los importadores para obtener las divisas destinadas al pago de las importaciones.

Ante el fracaso económico que representa para el país el control cambiario y la actuación de la OTAC, que Mantellini describe con lujo de detalles, el Presidente Caldera somete a consideración del Congreso el proyecto de Ley sobre el Régimen Cambiario, que resultó aprobado en mayo de 1995, con esa misma denominación y la cual, a juicio de Mantellini, contiene “[ ... ] *normas que consagran la existencia de los llamados ‘delitos en blanco’ o [ ... ] ‘preceptos penales en blanco’ [ ... ] una ley tan efectiva que en once meses de vigencia permitió al Ejecutivo Nacional corregir las circunstancias que obligaron a solicitar su promulgación, o por el contrario que ha sido tan ineficiente que ha permitido que el Estado desembolsara una gran cantidad de dólares para los alegres viajeros [ ... ]*”.

Afortunadamente, transcurre un año y medio desde que se establece el control de cambios, cuando el Presidente Caldera decreta la libre convertibilidad de la moneda al considerar que “[ ... ] *han cesado los motivos que obligaron a establecer un régimen de control cambiario para proteger la economía venezolana*”.

No imagina Mantellini en ese momento —hace 21 años—, que en un futuro no muy lejano la República civil daría al traste, y la trágica experiencia del control cambiario volvería a ser una realidad, como

---

<sup>328</sup> Véase: *Ibidem*. Comentarios a la Ley de Régimen Cambiario.

reales los inconmensurables daños que ocasiona y continuará ocasionando mientras siga en vigencia.

En *Comentarios sobre el Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal*<sup>329</sup> y *El Código Orgánico Procesal Penal*<sup>330</sup>. En ambos ensayos, describe Mantellini el largo tránsito del Código Orgánico Procesal Penal desde los primeros pasos que dio la comisión hasta lograr una legislación procesal penal “[ ... ] con identidad nacional, elaborada con toda buena fe y pensando en Venezuela y en lo mejor para los que en este país vivimos”; y al referirse a la crisis del Poder Judicial, expresa:

*“Lo que he dicho antes y lo repito ahora es que en Venezuela lo que hay es una crisis del Poder Público, del Poder del Estado, pues a la situación que vivimos nos ha llevado la falta de una adecuada coordinación de la actuación de los tres poderes a través de los cuales se canaliza la vida del Estado”.*

Con esta afirmación, Mantellini deja claro que el principio constitucional de la colaboración de poderes previsto en la Constitución de 1961 no ha sido cumplido por ninguna de las ramas del Poder Público pero no es capaz de adivinar que, con la desaparición de la República civil en menos de un año, la separación de poderes quedaría abolida para darle paso al Poder Ejecutivo como única voz de la voluntad estatal.

## TEMAS DEL MINISTERIO PÚBLICO

El ejercicio del cargo de Fiscal General de la República hizo que Mantellini se avocara a tratar distintos asuntos relacionados con la actividad que constitucionalmente le corresponde al Ministerio Público.

Dentro de esa actividad intelectual, Mantellini produce *El Estado de Derecho y la Fiscalía General de la República*<sup>331</sup>, en donde clama por la reforma de la legislación procesal para alcanzar una justicia rápida, eficiente y equitativa.

<sup>329</sup> Véase: *Ibidem*. Comentarios sobre el Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal.

<sup>330</sup> Véase: *Ibidem*. El Código Orgánico Procesal Penal.

<sup>331</sup> Véase: *Ibidem*. El Estado de Derecho y la Fiscalía General de la República.



En *El Ministerio Público y el Derecho Ambiental*<sup>332</sup>, Mantellini comienza afirmando que el Derecho Ambiental es el derecho del individuo, y de todos los hombres y mujeres que juntos constituyen la humanidad, a disfrutar de un ambiente sano, invocando para ello todas las leyes que rigen la protección del ambiente y la Constitución de 1961, agregando que con una diligente intervención de la Fiscalía, en ejercicio de sus funciones, y de los organismos policiales, en coordinación con los organismos administrativos competentes, podrían llevarse a cabo acciones preventivas así como control y vigilancia a fin de evitar las acciones que dañan el medio ambiente.

En *VII Congreso Interamericano del Ministerio Público*<sup>333</sup>, reunido para evaluar las gestiones que el Ministerio Público cumple a nivel continental, expone un recuento histórico de la institución desde la Constitución de 1830 hasta su consolidación en la Constitución de 1947, cuando se crea la figura del Fiscal General de la Nación como responsable del Ministerio Público, y su posterior evolución hasta la Constitución de 1961.

En *La función del Ministerio Público*<sup>334</sup>, describe las funciones constitucionalmente asignadas al Fiscal General de la República, resaltando que el Ministerio Público es un guardián de la libertad y de los derechos humanos, sin perjuicio de otras como otras legalmente asignadas a la Fiscalía por la legislación civil, especialmente en materia vinculada a la protección de la familia y los hijos menores.

En *La problemática de la Administración de Justicia en Venezuela*<sup>335</sup>, expone tres aspectos: los principios y la doctrina de la Administración de Justicia, la naturaleza y la relación entre los entes encargados de administrar justicia y, por último, su incidencia en la seguridad y defensa nacional. Allí, luego del debido análisis, pide a los asistentes a la conferencia, particularmente a los oficiales de las Fuerzas Armadas, que “[...] *defiendan la integridad del Poder Judicial, pues es el fundamento básico, la piedra angular del Estado de Derecho en el cual vivimos y el cual todos debemos contribuir a perfeccionar*”.

<sup>332</sup> Véase: *Ibidem*. El Ministerio Público y el Derecho Ambiental.

<sup>333</sup> Véase: *Ibidem*. VII Congreso Interamericano del Ministerio Público.

<sup>334</sup> Véase: *Ibidem*. La función del Ministerio Público.

<sup>335</sup> Véase: *Ibidem*. La problemática de la Administración de Justicia en Venezuela.

La *Procuraduría del Ambiente y el Ministerio Público*<sup>336</sup> contiene una exposición ante los alumnos de un instituto de formación castrense acerca de las funciones del Ministerio Público en la Ley Orgánica del Ambiente, explicando que si “[ ... ] *en este país no cuidamos nuestro suelo, nuestro aire y nuestras aguas, nos vamos a quedar sin país*”.

## EL ARBITRAJE

Hasta este punto se ha reseñado cómo Mantellini se desarrolla y cumple como abogado, como gremialista, como Fiscal, pero donde logra su máximo esplendor es en el arbitraje, institución por la cual muestra interés desde sus tiempos de cursante de la carrera de Derecho, lo que hizo crecer en él la preocupación por conocer más sobre ese sistema de solución de los conflictos de intereses regulado en el Libro Cuarto de los Procedimientos Especiales del Código de Procedimiento Civil de 1916<sup>337</sup>.

A lo largo de su vida dentro del arbitraje, ha sido integrante de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y Miembro de su Comité Ejecutivo. Magistrado de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que funciona en París, Francia. Ha actuado varias veces como Árbitro Internacional en conflictos comerciales internacionales, designado como tal árbitro por dicha Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Es Presidente fundador del Centro de Conciliación y de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, institución sobre la cual Mantellini hace una breve historia desde su creación el 10 de mayo de 1989 en la que destaca los hitos de ese Centro a lo largo de sus ejecutorias<sup>338</sup>.

Con ese bagaje, Mantellini, gracias a la recordada académica Tatiana de Maekel, entra en contacto con la comisión que en el Senado de la República tiene el encargo de opinar sobre el proyecto de Ley de Arbitraje Comercial, presidida por la senadora Haydée Castillo de López, quien tenía severas dudas sobre el proyecto. Sobre este asunto, relata Mantellini<sup>339</sup>:

<sup>336</sup> Véase: *Ibidem*. La Procuraduría del Ambiente y el Ministerio Público.

<sup>337</sup> Véase Mantellini. Breve Historia...

<sup>338</sup> Véase: *Ibidem*.

<sup>339</sup> Véase: *Ibidem*.

*“Me tocó [ ... ] explicarle [ ... ] la conveniencia de lo que eso significaba para las actividades mercantiles en Venezuela y también las actividades mercantiles que en el país pudieran ejercer las empresas que desde el exterior trajeran sus capitales para invertirlo en Venezuela. El resultado de esa conversación fue favorable y la Comisión [ ... ] dio luz verde al Proyecto y envió a la consideración del Senado, para su aprobación definitiva, la Ley de Arbitraje Comercial, [ ... ] la cual ha permitido en Venezuela un desarrollo inusitado a la solución de conflictos de intereses mercantiles”.*

Además de esta participación en la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial, Mantellini trabaja sobre la materia a través de estudios, conferencias y opiniones.

En *Balance actual del Arbitraje Comercial Internacional*<sup>340</sup>, luego de hacer un balance del arbitraje comercial internacional en las Américas -corre el año 1974-, apunta Mantellini hacia los abogados, invitándolos a comprender el arbitraje, a hacer un esfuerzo personal para concebir que van entregar un litigio en manos de alguien que no tiene el poder del Estado y que “[ ... ] tienen que convencer a su cliente de que en arbitraje van a conseguir una decisión justa, conveniente, más barata y sobretodo moralmente de una gran altura”.

En *El Procedimiento del Arbitraje en Venezuela*<sup>341</sup>, Mantellini comienza por una presentación de la parte histórica del arbitraje en el derecho venezolano, para luego pasar a detallar el procedimiento arbitral pautado en el Código de Procedimiento Civil de 1916 y lo que se discute en una reforma de dicho código, en la cual se prevé que la jurisdicción venezolana no puede derogarse convencionalmente en favor de árbitros que resuelvan en el exterior. A esto responde Mantellini diciendo que “[ ... ] si no queremos que nuestro país quede al margen de la actividad comercial internacional porque se nos ubique en una posición de excepción negativa, la norma [ ... ] que se refiere a la prohibición de comprometer en ‘árbitros que resuelvan en el exterior’ debe ser eliminada”.

---

<sup>340</sup> Véase: *Ibidem*. Balance actual del Arbitraje Comercial Internacional.

<sup>341</sup> Véase: *Ibidem*. El Procedimiento del Arbitraje en Venezuela.

En *El Arbitramento y el Arbitraje Comercial*<sup>342</sup>, comienza Mantellini exponiendo los antecedentes del arbitraje en Venezuela para pasar luego al discutido tema de la naturaleza jurídica del arbitraje citando a Mortara, Chiovena, Rocco, Ottolenghi en la doctrina internacional, y en la nacional a Ángel Francisco Brice, para concluir que, en su opinión, en Venezuela el arbitraje es de naturaleza jurisdiccional.

A continuación, expone el procedimiento arbitral en Venezuela de acuerdo al Código de Procedimiento Civil de 1986, la ejecución de Laudos dictados en el extranjero y finaliza con el arbitraje comercial, con referencia a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

En *La ejecución de los Laudos Arbitrales extranjeros en las Normas del Anteproyecto del Código Procesal Civil, modelo para Iberoamérica*<sup>343</sup>. Como punto de partida, Mantellini pone de relieve que el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica es una idea que persigue la adopción de un código tipo para los países iberoamericanos, como lo conciben procesalistas de prestigio de esos países: Gelsi Bidart, Véscovi, Buzaid, Aragoneses, Devis Echandía, Torello. Todos ellos, y otros que les acompañan en Venezuela como Duque Sánchez, Sarmiento Núñez, Rengel Romberg, Quintero Tirado, Rodríguez U. y el mismo Mantellini, piensan en el mejoramiento de la justicia y en la unificación en la búsqueda de un nuevo derecho comunitario, dentro del cual cuenta el proceso arbitral. “*Un Código tipo para servir de base a las reformas que encaran todos los países de nuestra área*”, dice.

En el mismo trabajo, Mantellini demuestra el incremento de la utilización del arbitraje comercial internacional, mostrando una serie de cuadros estadísticos que demuestran el incremento paulatino del número de causas ingresadas y resueltas por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, “[ ... ] *dando un gran aporte al comercio internacional, al presentarles a quienes a él se dedican un Tribunal que puede manejar casos cada vez más complicados [ ... ]*”.

Luego de explicar el proceso arbitral y sus etapas en la forma como lo ha previsto el Código modelo, pasa Mantellini a exponer cómo se

<sup>342</sup> Véase: *Ibidem*. El Arbitramento y el Arbitraje Comercial.

<sup>343</sup> Véase: *Ibidem*. La ejecución de los Laudos Arbitrales extranjeros en las Normas del Anteproyecto del Código Procesal Civil, modelo para Iberoamérica.

contempla en ese proyecto la ejecución de los Laudos Arbitrales Extranjeros, comenzando por explicar que los requisitos de procedencia son los mismos que exige la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros, de 1979; y finaliza haciendo algunas puntuales observaciones al proyecto:

- La falta de sanción al incumplimiento de la obligación de arbitrar.
- La naturaleza de los árbitros.
- Los recursos contra el Laudo.

Asimismo, recuerda que los países que quieran adoptar el Código modelo deben tomar en cuenta, en lo que respecta al arbitraje, que esos países, si no lo han hecho, deben tomar muy en cuenta las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial para incorporarlas en su texto legislativo, si el país de que se trate no ha ratificado esa convención.

En *El arbitraje, una contribución a la justicia civil*<sup>344</sup>, divide Mantellini el tema partiendo de la soberanía, la división de los Poderes y el Estado de Derecho. Con invocaciones a Locke en su “Ensayo sobre el gobierno civil”, y a Montesquieu en “El espíritu de las Leyes”, firmes defensores de la división del Poder Público como garantía de la libertad, a pesar de la opinión contraria de Jelinek, para luego formular una serie de consideraciones en las que narra las fallas de la democracia -se refiere a la República civil- en cuanto al sistema de justicia y, al respecto, concluye:

*“Si la democracia opera imperfectamente en cualquiera de las ramas del poder público es porque no hemos sabido darle un contenido participativo y porque las estructuras políticas se han negado a escuchar la necesidad, expresada en muchas formas. De que el Poder Judicial y sus integrantes estén desligados totalmente de todo origen y disciplina partidista”.*

Dentro del mismo ensayo, se refiere Mantellini al arbitraje y la administración de justicia, justificando cómo la existencia de dos instituciones que para la época rivalizaban en la solución de conflictos

<sup>344</sup> Véase: *Ibidem*. El arbitraje, una contribución a la justicia civil.

-la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y la *American Arbitration Association*- ambas creadas para actuar de intermediarios entre las partes interesadas en solucionar los conflictos de intereses entre ellas existentes, ha influido enormemente en el desarrollo y progreso del Arbitraje Administrado; y para concluir, anuncia como primicia, corría el año 1990, que además del arbitramento previsto en el Código de Procedimiento Civil venezolano, “[... ] se acaba de instalar en Caracas el primer Centro de Conciliación y Arbitraje, que [...] ha establecido la Cámara de Comercio de Caracas para beneficio de todos quienes deseen utilizarlo”.

En *El Arbitraje como forma de Solución de Controversias en los Procesos de Integración*<sup>345</sup>, y tomando en cuenta que se trata de exponer un tema dentro de un ambiente que discute los fenómenos de integración en América Latina y los regímenes de inversión extranjera, Mantellini comienza por referirse a la buena fe como elemento fundamental del arbitraje y afirma:

*“Si no hay buena fe entre los participantes de una negociación que desemboque en un arbitraje, la conducción del mismo podrá verse afectada seriamente pero no por hechos imputables al sistema elegido, es decir, al arbitraje, sino por las reservas que hayan tenido las partes que pretendan utilizar el arbitraje para resolver sus diferencias [ ... ]”.*

Luego de hacer un relato acerca del avance del arbitraje en los procesos de integración latinoamericana y la influencia del Código Bustamante en el continente, recuerda la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y finaliza dando cuenta del proyecto que al momento se discutía y que haría realidad la Ley de Arbitraje Comercial venezolana de 1998.

En estas líneas he pretendido sintetizar la obra jurídica de Pedro J. Mantellini González, un paciente trabajo de décadas de investigación y

---

<sup>345</sup> Véase: *Ibidem*. El Arbitraje como forma de Solución de Controversias en los Procesos de Integración.

acopio combinando la práctica del derecho con la actividad académica en la que, como se ha visto, transita desde las actividades gremiales, los temas jurídicos, el ministerio público y, especialmente, el arbitraje al cual, como se ha visto, ha dedicado gran parte de su actividad profesional.

Por eso, puedo afirmar desde este sitio, que hoy, a más de cuatro décadas de sus primeros pasos en el mundo de la solución de conflictos por la vía del entendimiento, del diálogo y de la negociación, Mantellini puede evocar con orgullo al gran poeta sevillano Antonio Machado para, con la mirada atrás, clamar que el arbitraje en Venezuela, gracias a sus iniciativas, ha hecho camino al andar.

Las dificultades, el ejercicio injustificado del recurso de nulidad contra los laudos, los denuestos contra el arbitraje, en particular contra el arbitraje de inversiones, no han logrado hacer mella en quienes buscan la solución de conflictos por vías distintas a la jurisdicción ordinaria y, en la actualidad, numerosos reclamos en los que Venezuela es parte se resuelven en sedes arbitrales internacionales, especialmente en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)<sup>346</sup>, mientras que en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y en el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) se tramitan numerosos conflictos *inter partes*, cumpliendo con los principios fundamentales del arbitraje: buena fe, igualdad, audiencia, contradicción, libertad de configuración del proceso arbitral, confidencialidad.

Señores:

Esta es la semblanza de Pedro J. Mantellini González, a la que mucho más habría que añadir, pero por los momentos basta con tomar las palabras de otro abogado, que supo describir al homenajeado, Pedro M. Arcaya U.<sup>347</sup>:

---

<sup>346</sup> Véase: José Ignacio Hernández. La experiencia de Venezuela en el arbitraje internacional de inversiones. Disponible en: <http://lexlatin.com/opinion/la-experiencia-venezuela-arbitraje-internacional-inversiones/>

<sup>347</sup> Véase: Pedro M. Arcaya U. Presentación. Pedro J. Mantellini. Breve Historia del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas.

*“(Mantellini) Es el ejemplo de un venezolano que no se amilanó ante las dificultades. Hombres como él son excepcionales y podrían haber muchos más en un ambiente más propicio que el que estamos viviendo”.*

Don Pedro, muchas lunas tiene usted acompañándonos desde 1921, cuando vio la luz. En este momento, me toca pedir al Altísimo un deseo, que estoy seguro que los presentes lo comparten:

Dios guarde a usted muchos años!!!



**DEROGATORIA DE LA DEFINICIÓN LEGAL  
DE CONTRATO DE ADHESIÓN  
Y ALCANCE DE LA EXIGENCIA LEGAL  
DE UNA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD  
EXPRESA E INDEPENDIENTE  
PARA SOMETERLO A ARBITRAJE.  
DR. CARLOS EDUARDO ACEDO,  
INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN.**

SUMARIO

1) El uso de la denominación contrato de adhesión. 2) El contrato de adhesión en las sucesivas leyes en materia de protección al consumidor. 3) Las definiciones legales derogadas de contrato de adhesión. 4) Defecto de las definiciones legales derogadas de contrato de adhesión. 5) Resistencia al arbitraje con respecto a los contratos de adhesión. 6) Requisito para someter a arbitraje un contrato de adhesión. 7) El adherente puede renunciar tácitamente a la protección que le da la segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial. 8) Necesidad de conciliar las disposiciones sobre contratos de adhesión de la Ley Orgánica de Precios Justos y la Ley de Arbitraje Comercial. 9) Interpretación amplia de la exigencia legal de una manifestación de voluntad expresa e independiente para someter un contrato de adhesión a arbitraje. 10) Concepción amplia de contrato de adhesión. 11) Prueba de que un contrato es de adhesión. 12) Conclusiones.

## 1) EL USO DE LA DENOMINACIÓN CONTRATO DE ADHESIÓN

Los contratos son convenciones entre dos o más personas naturales o jurídicas, usualmente para constituir y reglar entre ellas un vínculo jurídico, siendo uno de sus elementos esenciales el consentimiento de éstas (artículos 1133 y 1141 del Código Civil). Ahora bien, en muchas relaciones contractuales, una de las partes –usualmente una persona jurídica que provee al público determinados bienes o servicios– exige del otro contratante aceptar un conjunto de normas que rigen la vinculación entre aquélla y su clientela, globalmente considerada. Este conjunto de normas tiene naturaleza convencional y ha sido denominado *condiciones generales de contratación*, *contrato tipo*, *contrato estandarizado*, *contrato predispuesto*, *contrato en serie*, *contrato por adhesión* o *contrato de adhesión*. Las expresiones anteriores suelen utilizarse indistintamente para referirse a la misma clase de contrato, es decir, se trata, en la práctica, de denominaciones intercambiables. Sin embargo, un sector de la doctrina distingue varias categorías de textos contractuales impuestos, y utiliza un término para referirse a una determinada clase de contrato, otro término para referirse a otra clase y así sucesivamente, estableciendo diferenciaciones terminológicas que obedecen a la variedad de maneras en que es posible establecer clausulados uniformes.<sup>348</sup> No obstante, pensamos que se trata del mismo fenómeno; además, las denominaciones anteriores son empleadas frecuentemente como sinónimos. En cualquier caso, tal como lo destaca otro sector de la doctrina,

---

<sup>348</sup> Pinto Oliveros, Sheraldine: El Contrato Hoy en Día: Entre Complejidad de la Operación y Justicia Contractual, publicado en Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés, 1as. Jornadas Franco-Venezolanas de Derecho Civil, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, bajo la coordinación de José Annicchiarico Villagrán, Sheraldine Pinto Oliveros y Pedro J. Saghy Cadenas, pp. 255 y ss.

“No cabe excluir de la categoría de ‘contrato’ las Condiciones Generales de Contratación, los Contratos Tipos (modelos o formularios) y demás figuras asimilables al contrato de adhesión”.<sup>349</sup>

Nos parece apropiado emplear el término *contrato de adhesión*, porque pensamos que es el de uso más común y el que describe mejor la figura jurídica que pretende nombrar: se trata de un convenio propuesto por una de las partes al que la otra, por decirlo coloquialmente, *se pega*. El término *contrato de adhesión* es atribuido al francés Saleilles, quien lo acuñó a principios del siglo XX.<sup>350</sup> Desde entonces, esta denominación es de uso corriente en la doctrina francesa y la de otros países. La misma expresión fue utilizada en la reforma del Código Civil francés relativa al Derecho de las Obligaciones del año 2016 (artículos 1110 y 1171).

Igualmente, nuestra doctrina frecuentemente usa el término *contratos de adhesión*. Un importante autor venezolano escribió que “La doctrina general del contrato, para simplificar el examen de ciertos grupos de contratos que presentan caracteres afines en el modo de su formación, ha creado el concepto de ‘contrato de adhesión’...”.<sup>351</sup> Asimismo, nuestra jurisprudencia suele emplear la expresión *contrato de adhesión*.<sup>352</sup> Finalmente, en Venezuela, la Ley de Arbitraje Comercial vigente utiliza la denominación *contratos de adhesión*,<sup>353</sup> y la legislación protectora de los consumidores de bienes y usuarios de servicios emplea el mismo nombre.

<sup>349</sup> Melich Orsini, José: La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo, publicado en Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, bajo la coordinación de Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia, Volumen I, Temas Generales de Derecho Mercantil, Caracas, 2012, p. 764.

<sup>350</sup> Si bien la expresión *contrato de adhesión*, atribuida a Saleilles, es la más común, con frecuencia se utiliza la denominación *condiciones generales de contratación*. Ilustración de esto es el excelente libro llamado Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, bajo la ponencia general de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1996.

<sup>351</sup> Melich: obra citada, p. 764.

<sup>352</sup> Por ejemplo, la Sala Constitucional, en su sentencia del 24 de enero de 2002, calificó los contratos de crédito celebrados por los bancos con sus clientes como contratos de adhesión. Dicha sentencia está disponible en:  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm>

<sup>353</sup> La segunda parte del artículo 6° de la Ley de Arbitraje Comercial expresa que, “En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente.”

## **2) EL CONTRATO DE ADHESIÓN EN LAS SUCESIVAS LEYES EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

La Ley de Protección al Consumidor publicada el 23 de marzo de 1992 reguló por primera vez los contratos de adhesión. La misma fue reformada según publicación del 17 de mayo de 1995, y luego fue derogada 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, que también fue objeto de reforma. Todas ellas, además de regular el contrato de adhesión, tenían una definición de éste.

Pero las normas legales sobre la materia desaparecieron cuando esta última ley fue derogada por la Ley Orgánica de Precios Justos publicada el 23 de enero de 2014. En ese momento, fue eliminada la regulación y la definición del contrato de adhesión.

Lo único que queda es que la Ley Orgánica de Precios Justos, en su última versión, que es la publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpresa el 12 del mismo mes, 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).

## **3) LAS DEFINICIONES LEGALES DEROGADAS DE CONTRATO DE ADHESIÓN**

El artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992 establecía: “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: “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”.

Las definiciones legales derogadas de contrato de adhesión son útiles para entender su significado. Las tres definiciones legales sucesivas antes copiadas, todas abrogadas, hacen referencia a las cláusulas preestablecidas en la oferta de contratar formulada por el proponente, como el elemento característico de estos contratos. Para que tales cláusulas sean vinculantes, tienen que haber sido aceptadas por el adherente, pues su naturaleza contractual es lo que las hace obligatorias.

En aquellos casos en que los que el predisponente le permite al adherente cierto margen de negociación, consideramos que el contrato pre-redactado, con los ajustes resultantes de la discusión entre las partes, no deja de calificar, por esa sola circunstancia, como de adhesión. La normativa legal sobre contratos de adhesión reconocía esto.

En efecto, 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 lo siguiente: “La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita del contrato de adhesión”. Esto es congruente con la siguiente redacción, de la primera parte del mencionado artículo 81 de la de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004: “Se entenderá como contrato de adhesión... aquel cuyas cláusulas han sido... establecidas unilateralmente por el proveedor... sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”. De manera casi idéntica, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, en su referido artículo 70, incluía, en su definición de “contrato de adhesión” o “contratos tipos”, lo siguiente: “aquellos cuyas cláusulas han sido... establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor... sin que

las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”.

#### **4) DEFECTO DE LAS DEFINICIONES LEGALES DEROGADAS DE CONTRATO DE ADHESIÓN**

El artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992, reformada en 1995, calificaba, como contrato de adhesión, no solamente “aquel cuyas cláusulas hayan sido... establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido”, sino también a “aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente”. De manera casi idéntica, el artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 se refería, como contrato de adhesión, no sólo a “aquel cuyas cláusulas han sido... establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”, sino, además, a “aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente.” Muy similarmente, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, que también fue objeto de reforma, definía, en su artículo 69, a los contratos de adhesión, incluyendo, aparte de “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 substancialmente su contenido al momento de contratar”, a “aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente por la materia”.

Ahora bien, ciertos contratos que requieren de autorización oficial no califican, de todas maneras, como contratos de adhesión, puesto que son objeto de negociación y no son acuerdos utilizados reiteradamente.

En tal sentido, los siguientes textos contractuales no son contratos de adhesión, porque no se trata de textos estandarizados impuestos en masa: (i) aquellos contratos para la constitución de hipotecas mobiliarias o prendas sin desplazamiento que sean negociados por prestamistas distintos de los banco y los correspondientes prestatarios y que luego sean presentados por dichos prestamistas a la autoridad competente

para su aprobación, a fin de cumplir con un requisito previsto en la Ley de Hipotecas Mobiliarias y Prendas sin Desplazamiento de Posesión; y (ii) los contratos celebrados conforme a la Ley de Beneficios y Facilidades de Pago para las Deudas Agrícolas de Rubros Estratégicos para la Seguridad y Soberanía Alimentaria publicada el 31 de julio de 2008, que (a) ordenó que los bancos reestructurasen los créditos vencidos al 31 de mayo de 2008, así como los créditos cuyo deudor demostrase que enfrentó contingencias o eventualidades ajenas a su voluntad que provocaron la pérdida de la capacidad de pago, y (b) previó que dicha reestructuración fuese autorizada por el Comité de Seguimiento de Cartera Agrícola. Estas autorizaciones oficiales no convierten a los contratos correspondientes en contratos de adhesión, ya que la constitución de cada hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de posesión, o la reestructuración de cada crédito bancario agrícola, se produce dentro del contexto de una negociación que da lugar a un contrato redactado especialmente para la ocasión, tomando en consideración las características del bien objeto de la garantía y la situación del agricultor objeto de la reestructuración, según las circunstancias del caso. Sin embargo, si el banco utilizara el mismo modelo de contrato para todas sus hipotecas mobiliarias o prendas sin desplazamiento de posesión, o para todas sus reestructuraciones de créditos agrícolas, entonces sí podríamos decir que nos encontramos frente a contratos de adhesión.

## **5) RESISTENCIA AL ARBITRAJE CON RESPECTO A LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN**

Desde el año 1996, la doctrina venezolana ha calificado a las cláusulas arbitrales en los contratos de adhesión como “Cláusulas sospechosas de ser abusivas”<sup>354</sup> o “cláusulas susceptibles de ser reputadas abusivas”.<sup>355</sup> En el mismo orden de ideas, nuestra doctrina define a

<sup>354</sup> Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en el libro con el mismo nombre, bajo la ponencia general de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1996, pp. 180 y 181.

<sup>355</sup> Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, p. 102.

“las cláusulas ‘abusivas’ como “aquellas que vulneran la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones”, y son “Violatorias del orden público”, entre las cuales incluye “las que... imponen... el sometimiento a arbitraje”.<sup>356</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado también la doctrina de otros países, por ejemplo la española<sup>357</sup>, la chilena<sup>358</sup> y la peruana.<sup>359</sup>

Es posible que las siguientes disposiciones legales se hayan inspirado en dicha doctrina: (i) la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 dispuso que “Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que:... Impongan la utilización obligatoria del arbitraje” (artículo 87, número 4); y (ii) la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 estableció, de manera casi idéntica, que “Se considerarán nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión, que:... Impongan la utilización obligatoria del arbitraje” (artículo 74, número 4).

Sin embargo, estas disposiciones legales fueron derogadas y nos parece que el criterio doctrinal anterior ya no tiene vigencia, al menos en Venezuela, por cuanto:

En primer lugar, hoy en día, nuestros tribunales están sobrecargados y presentan problemas de ignorancia, politización y corrupción, por lo que el arbitraje es una solución.

En segundo lugar, el legislador, para facilitar la resolución de controversias que versen sobre derechos de índole patrimonial, aprobó la Ley de Arbitraje Comercial, publicada el 7 de abril de 1998, que sigue vigente. Esta ley define el acuerdo de arbitraje como un convenio mediante el cual las partes someten a arbitraje todas o algunas de sus controversias actuales o potenciales (primera parte del

<sup>356</sup> Domínguez Guillén, María Candelaria: Curso de Derecho Civil III – Obligaciones, Caracas, 2017, pp. 292 y 293.

<sup>357</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, Luis: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo título, antes citado, p. 43.

<sup>358</sup> López Santa María, Jorge: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo nombre, antes citado, p. 167.

<sup>359</sup> Cárdenas Quirós, Carlos: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo título, antes citado, p. 120.



artículo 5).<sup>360</sup> El acuerdo de arbitraje no tiene que constar en un documento auténtico, pero debe ser un convenio expreso, y la manifestación de voluntad del adherente ha de estar contenida en un instrumento independiente del contrato de adhesión (parte final del artículo 6).<sup>361</sup>

En tercer lugar, la Constitución del año 1999 prevé que la ley promueva el arbitraje (artículo 258).

En cuarto lugar, el Tribunal Supremo de Justicia, en varias oportunidades, expresó que es posible someter a arbitraje una relación contractual nacida de un contrato de adhesión, siempre que se cumpla con los requisitos legales.<sup>362</sup>

Además, los acuerdos de arbitraje con respecto a los contrato de adhesión, no son ni tienen por qué ser abusivos. Sólo habría abuso si las cláusulas arbitrales estuvieran incluidas en el propio contrato de adhesión y estuvieran diseñadas de una forma tal que hiciera difícil la obtención de justicia al adherente. A título ilustrativo, sería abusivo obligar, en los contratos bancarios, a los clientes de los bancos, a someterse a arbitraje con un árbitro designado por la Asociación Bancaria; u obligar, en las pólizas, a los tomadores de seguros, a someterse a arbitraje con un árbitro designado por la Cámara de Aseguradores. Otro ejemplo: no se debe establecer, respecto de un contrato de adhesión, un arbitraje en una ciudad distante, cuando el adherente tiene su domicilio en la capital, donde hay dos excelentes centros de arbitraje. Un tercer y último ejemplo de abuso sería el caso en el que el predisponente establece un procedimiento que dificulta la defensa del adherente, como ocurriría si se le otorgaran plazos demasiado cortos para presentar adecuadamente sus alegatos y pruebas. Pero no conocemos ningún caso como los anteriores.

---

<sup>360</sup> La primera parte del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial expresa: “El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas...”

<sup>361</sup> La segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial expresa: “En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente”.

<sup>362</sup> Por ejemplo, Sala Constitucional, sentencia del 14 de abril de 2004, disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00339-140404-2004-0111.htm>

## 6) REQUISITO PARA SOMETER A ARBITRAJE UN CONTRATO DE ADHESIÓN

La segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial dispone que, “En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente.” Obviamente, este requisito se cumple cuando el acuerdo de arbitraje se celebra después de que surge la controversia. El caso de las cláusulas arbitrales contemporáneas a los contratos de adhesión es más delicado, pues se exige la mencionada manifestación de voluntad expresa e independiente a fin de evitar que el predisponente del contrato le imponga un arbitraje al adherente, para éste poder acceder al bien o servicio ofrecido por aquél. Por cierto que la disposición citada utiliza las expresiones “contratos de adhesión” y “contratos normalizados”, pero, a nuestro juicio, ambos términos significan lo mismo.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en una sentencia del año 2003,<sup>363</sup> expresó que “el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial... consagra la necesidad de hacer constar por escrito el acuerdo de las partes de someterse a arbitraje, con la especial e insoslayable indicación de que en los contratos de adhesión la cláusula de arbitraje sea producto de la voluntad de los contratantes *“en forma expresa e independiente”*...”

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, expresó, en el año 2004,<sup>364</sup> respecto de la misma disposición legal, que “la norma citada consagra la necesidad de hacer constar por escrito el acuerdo de las partes de someterse a arbitraje, con la especial e insoslayable indicación de que en los contratos de adhesión la voluntad de los contratantes debe ser manifestada de forma expresa e independiente. No es suficiente entonces, que el contrato de adhesión por el cual las partes rigen sus relaciones, contenga una cláusula que estipule el procedimiento de arbitraje, sino que deberá expresarse en forma independiente al conjunto de

<sup>363</sup> Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de noviembre de 2003, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01761-181103-2003-0964.HTM>

<sup>364</sup> Sala Constitucional, sentencia del 14 de abril de 2004, disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Abril/00339-140404-2004-0111.htm>

las normas pre-redactadas, de manera que evidencie ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan solo de uno de ellos.”

Respecto de esto, en un trabajo publicado en el año 2005,<sup>365</sup> tuvimos la ocasión de destacar el carácter no abusivo del acuerdo de arbitraje respecto del contrato de adhesión, y la necesidad de “inclusión de este tipo de acuerdo en un documento aparte, para darle la oportunidad al adherente de expresarse separada y específicamente sobre el arbitramento propuesto”.

Finalmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en una sentencia del año 2008,<sup>366</sup> declaró que “la Ley de Arbitraje Comercial... Artículo 6... condiciona la procedencia de acuerdos arbitrales en contratos por adhesión al supuesto de que tales acuerdos estén contenidos en cláusulas accesorias o independientes, con la finalidad de que ambas partes expresen, de manera indubitada, su libre voluntad de sometimiento a arbitramento en caso de conflicto... Por tanto, el acuerdo de arbitraje que se estipule en contratos por adhesión deberá constar en un documento diferente del que recoge las demás estipulaciones contractuales, de manera que ambas partes suscriban el acuerdo arbitral con pleno conocimiento de causa y pleno consentimiento... ese documento independiente no es un nuevo contrato, sino que es una cláusula accesoria al contrato por adhesión en cuestión, que el suscriptor podría elegir no aceptar”.<sup>367</sup>

Estas clarificaciones fueron necesarias, porque, para la época, la legislación en materia de protección al consumidor cuestionaba el arbitraje con respecto a los contratos de adhesión.

En conclusión, un modo de evitar que los acuerdos de arbitraje sea el resultado de una imposición abusiva de los predisponentes contra los adherentes, el cual está consagrado en la ley y es reconocido como razonable por nuestra doctrina y jurisprudencia, es que la cláusula arbitral

---

<sup>365</sup> Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Cláusulas Abusivas, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el libro *El Código Civil Venezolano en los Inicios del Siglo XXI*, Caracas, 2005, p. 321.

<sup>366</sup> Sala Constitucional, sentencia del 28 de febrero de 2008, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.htm>

<sup>367</sup> Sala Constitucional, sentencia del 28 de febrero de 2008, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.htm>

y el contrato de adhesión estén en documentos separados, de manera que el adherente pueda celebrar el contrato de adhesión y abstenerse de suscribir la cláusula arbitral. La segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial imposibilita que, en las relaciones contractuales por adhesión, los predisponentes impongan abusivamente acuerdos de arbitraje válidos, pues éstos no pueden formar parte del documento contentivo del contrato de adhesión, siendo necesario que las cláusulas arbitrales se encuentren en un texto separado, susceptible de ser consentido o no, en cada caso particular, por los adherentes.

### **7) EL ADHERENTE PUEDE RENUNCIAR TÁCITAMENTE A LA PROTECCIÓN QUE LE DA LA SEGUNDA PARTE DEL ARTÍCULO 6 DE LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL**

Tal como señalamos antes, la segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que, “En los contratos de adhesión..., la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente.” Es posible que esto no ocurra y que el adherente esté satisfecho con que se someta a arbitraje, conforme a la cláusula arbitral del contrato de adhesión, una controversia surgida con motivo del mismo. Esta satisfacción es comprensible, pues los tribunales arbitrales suelen funcionar mucho mejor que los tribunales judiciales. En nuestro criterio, sólo el adherente puede invocar la protección de dicho artículo, y, si no la invoca, está consintiendo tácitamente a someterse a arbitraje.

La doctrina y jurisprudencia con frecuencia afirman, con razón, que las pólizas de seguro son contratos de adhesión. Hubo cinco arbitrajes en el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, en los cuales los tomadores de las pólizas, como adherentes, no hicieron valer la protección de dicho artículo. En cuatro de estos laudos, los árbitros prosiguieron con el arbitraje y dictaron su laudo definitivo.<sup>368</sup> En

---

<sup>368</sup> Laudo dictado por el Dr. Luis Alberto García Montoya, como árbitro único, el 28 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Carlos Antonio Hernández Sánchez; laudo dictado por el Dr. Marcos Rubén Carrillo Perera, como árbitro único, el 7 de agosto

el quinto de ellos, el tribunal arbitral ordenó una reposición para que se nombraran nuevos árbitros.<sup>369</sup> De manera que, en ninguno de los cinco casos, ocurrió que el tribunal arbitral declarara que, por estar en presencia de un contrato de adhesión, respecto del cual la cláusula arbitral no está en un documento separado, procede desechar el arbitraje. En todos estos casos, la parte demandada no compareció, pero tuvo la oportunidad de defenderse, y, si le hubiera parecido apropiado, pudiera haber hecho valer la protección de dicho artículo, cosa que no hizo.

Algo similar ocurrió con otro laudo en un arbitraje ante el mismo CEDCA, dictado por un tribunal arbitral del que formó parte el autor de este trabajo.<sup>370</sup> En dicho laudo, se expresa que el contrato contentivo de la cláusula arbitral es un contrato de adhesión. Sin embargo, como el adherente, cuando presentó su defensa, no hizo valer la protección de dicho artículo, los árbitros siguieron adelante con el arbitraje. En este caso, era muy obvio que el adherente estaba de acuerdo con someterse a arbitraje, al punto de que suscribió el acta de términos de referencia.

En nuestro criterio, en esos seis arbitrajes, la parte demandada renunció tácitamente, de manera válida, a valerse de la protección de dicho artículo, el cual no nos parece que es de orden público.

## **8) NECESIDAD DE CONCILIAR LAS DISPOSICIONES SOBRE CONTRATOS DE ADHESIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS Y LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL**

Tal como señalamos antes, la Ley Orgánica de Precios Justos, en su última versión, que es la publicada el 8 de noviembre de 2015 y

---

de 2015 de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Maria Da Conceicao Fernández Coelho de Freitas; laudo dictado por el Dr. Valerio González Avelado, como árbitro único, el 31 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Livio Revel Chion; y laudo dictado por el Dr. Hernando Díaz-Candia, como árbitro único, el 13 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Yolanda Margarita Burgos y Henri José Caraballo.

<sup>369</sup> Laudo dictado por el Dr. Pedro Saghy, como árbitro único, el 21 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Valdis Grinsteins Elferts.

<sup>370</sup> Laudo dictado por el Dr. Guillermo Gorrín, como presidente, y por los Dres. Juan Manuel Raffalli y Carlos Eduardo Acedo, como coárbitros, el 25 de enero de 2017, en el caso de Clínica IDB Cabudare, S.A. contra Honeywell C.A.

reimpresa el 12 del mismo mes, trata muy someramente los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, que se adhieren a los contratos propuestos por los proveedores de tales bienes y servicios, pues la misma 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).

Por su parte, la tantas veces citada segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que, “En los contratos de adhesión..., la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente.”

El artículo que acabamos de citar puede acarrear que los defensores del arbitraje busquen restringir la noción de contrato de adhesión, para no privar de los beneficios del arbitraje a las controversias surgidas de los contratos entre los proveedores y los consumidores y usuarios, ni a las controversias surgidas de otros contratos en los que una de las partes tiene una posición de dominio sobre la otra. Ello, a su vez, tiene una consecuencia negativa no deseada: privar de la poca protección que todavía existe para los consumidores y usuarios, y para la parte sometida a una posición de dominio.

De manera que existe la paradoja de que, para proteger a los consumidores y demás adherentes, tiene sentido tener una interpretación amplia de lo que es un contrato de adhesión, mientras que, para promover el arbitraje, tiene sentido tener una interpretación restringida de lo que es un contrato de adhesión.

La determinación de lo que es un contrato de adhesión se complica porque, con la derogatoria de la normativa legal sobre protección al consumidor, ya no hay una definición legal.

De manera que existe, a nivel arbitral, una discusión, que se ha complicado, sobre lo que es un contrato de adhesión, pudiendo existir la inclinación, en los árbitros, de limitar el alcance de esta noción, dada la natural tendencia de éstos a promover el arbitraje.

Ahora bien, nos parece que la solución del problema no está en encoger artificialmente la definición de contrato de adhesión, sino que está en tener una interpretación lo más amplia posible de la exigencia

legal de una “manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje... en forma expresa e independiente”.

Reducir el alcance del contrato de adhesión resulta en quitarles a las palabras el significado que tienen y en vulnerar la lucha contra las cláusulas abusivas.

Esto recuerda algo que pasó en Italia, que es relevante mencionar, aunque no tiene nada que ver con contratos de adhesión ni arbitraje:

Distorsionar el lenguaje con un fin jurídico no es ninguna novedad, ni tampoco es una invención de los venezolanos. En 1942, el Código Civil italiano deliberadamente prohibió la indemnización del daño moral, salvo que hubiera un delito penal. Se trató de una solución de compromiso entre los que pensaban que el daño moral no es indemnizable y los que sostenían lo contrario. Sin embargo, la tesis más moderna, posiblemente más razonable, es que el daño moral es indemnizable. Esta tesis se fue imponiendo, a pesar de una prohibición legal expresa y clara. Esto se logró tres o cuatro décadas después, a través de un uso peculiar de las palabras, con el cual esta prohibición fue, de hecho, desechada por la doctrina y jurisprudencia italianas. En efecto, se redujo el concepto de daño moral y se introdujo una noción paralela: el daño biológico. Así, lo que antes se consideraba un daño moral, en principio no indemnizable, comenzó a verse como un daño biológico, indemnizable sin necesidad de que hubiera un delito penal.<sup>371</sup>

Hay otros casos de distorsión del lenguaje para obtener un efecto jurídico que se considera positivo. En Francia se pensó que los coautores de un hecho ilícito debían responder solidariamente del daño causado conjuntamente a la víctima. Pero la víctima no podía invocar una responsabilidad solidaria, puesto que esta solidaridad no estaba prevista en el Código Napoleón. Entonces se planteó que los coautores son responsables “in solidum”, y no solidariamente, por el hecho ilícito; y que la responsabilidad “in solidum”, a diferencia de la responsabilidad solidaria, no requiere de una disposición legal que la establezca. Desde este punto de vista, cada uno de los coautores del hecho ilícito responde

---

<sup>371</sup> Acedo Sucre, Carlos Eduardo: La Función de la Culpa en la Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito en el Derecho Venezolano, Comparado con los Derechos Francés e Italiano, Caracas, 1993, pp. 393 y ss.

por todo el daño, con el argumento de que la relación causal entre la culpa de cada uno de ellos y el daño sufrido por la víctima no es divisible. De manera que un cambio de terminología aunado a la tesis de la indivisibilidad de la causalidad sirvieron de basamento para establecer una responsabilidad “in solidum”, que no tiene fundamento legal y que es prácticamente idéntica a la responsabilidad solidaria.<sup>372</sup>

Una distorsión del lenguaje con un fin utilitario, parecida a la que ocurrió en Italia o en Francia, puede ocurrir en los arbitrajes en Venezuela, con el concepto de contrato de adhesión. Estamos en desacuerdo con esto. En efecto, pensamos que no se debe deformar lo que es un contrato de adhesión, pues ello tiene consecuencias adversas en ámbitos distintos del arbitraje, particularmente en la lucha contra las cláusulas abusivas. Pensamos que, más bien, hay que ser flexible en considerar que se cumplió el requisito de la citada segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial. Desde nuestro punto de vista, con una interpretación muy amplia de la “manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje... en forma expresa e independiente”, no se sacrifica a los adherentes para promover el arbitraje, ni se sacrifica al arbitraje para proteger a los adherentes, ni tampoco se desnaturaliza el significado de las palabras.

## **9) INTERPRETACIÓN AMPLIA DE LA EXIGENCIA LEGAL DE UNA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD EXPRESA E INDEPENDIENTE PARA SOMETER UN CONTRATO DE ADHESIÓN A ARBITRAJE**

Antes señalamos la conveniencia de tener una interpretación lo más amplia posible de la exigencia legal de una “manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje... en forma expresa e independiente”.

Generalmente se ha pensado que esta manifestación es la propia cláusula arbitral, que tiene que estar en un documento distinto del contrato de adhesión. Sin embargo, la segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial no dice eso.

<sup>372</sup> Acedo Sucre, Carlos Eduardo: La Función de la Culpa en la Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito en el Derecho Venezolano, Comparado con los Derechos Francés e Italiano, obra citada, pp. 355 y ss.



Entonces, es posible sostener que la cláusula arbitral contenida en el contrato de adhesión puede ser reforzada con una manifestación de someterse a la misma, vertida en otro documento.

Por ejemplo, pensamos que existe esta manifestación no sólo cuando la misma se da contemporáneamente a la adhesión al contrato, sino que el deseo de someterse a arbitraje puede resultar de documentos anteriores o posteriores a la celebración del contrato de adhesión.

Otro ejemplo: en vez de hacer una interpretación restrictiva de la citada segunda parte del artículo 6, se puede considerar que la manifestación allí prevista existe si está documentado que el adherente tuvo la oportunidad de negociar la cláusula arbitral, aunque no haya propuesto cambios a ésta.

En efecto, si el contrato de adhesión y cláusula arbitral están en dos documentos, no hay problema; pero, si el contrato de adhesión y cláusula arbitral están en un solo documento, entonces una interpretación amplia, como la que proponemos, permite sostener que la cláusula arbitral es válida, siempre que pueda ser reforzada por un documento separado, que posiblemente exista en muchos casos.

Lo anterior nos lleva a concluir en que la referida exigencia legal se puede cumplir de las maneras siguientes:

- A) Forma tradicional: el documento contentivo del contrato de adhesión no tiene la cláusula arbitral, la cual está incluida en un documento separado, que el adherente puede firmar o no cuando se adhiere al contrato de adhesión.
- B) Nuevas formas propuestas: el documento contentivo del contrato de adhesión tiene la cláusula arbitral, pero ésta es reforzada por un documento separado, en el que consta la voluntad del adherente de someterse al arbitraje así previsto, expresada de cualquiera de las formas indicadas seguidamente:
  - a) El documento separado en el que el adherente manifiesta su voluntad es un documento anterior a su adhesión al contrato de adhesión contentivo de la cláusula arbitral: hubo alguna comunicación entre las partes previa a la celebración del contrato de adhesión en la que consta que el adherente conocía que éste iba a tener una cláusula arbitral y no la objetó.

- b) El documento separado en el que el adherente manifiesta su voluntad es un documento contemporáneo a su adhesión al contrato de adhesión contentivo de la cláusula arbitral: un instrumento simultáneo al contrato de adhesión deja constancia que el adherente estaba consciente de que el mismo tenía una cláusula arbitral y se adhirió de todos modos.
- c) El documento separado en el que el adherente manifiesta su voluntad es un documento posterior a su adhesión al contrato de adhesión contentivo de la cláusula arbitral: un instrumento otorgado después de celebrado el contrato de adhesión deja constancia que el adherente lo celebró sabiendo que éste tenía una cláusula arbitral, que no rechazó.

Lo anterior es además de lo antes dicho, en cuanto a que sólo el adherente puede invocar la protección de la citada segunda parte del artículo 6, y, si no la invoca, está consintiendo tácitamente a someterse a arbitraje.

## 10) CONCEPCIÓN AMPLIA DE CONTRATO DE ADHESIÓN

La propuesta precedente, de interpretar de la manera más amplia posible el requisito de una manifestación de voluntad expresa e independiente de someter a arbitraje el contrato de adhesión, nos parece que tiene más sentido que el mecanismo de encoger la noción de contrato de adhesión.

Nuestra doctrina define los contratos de adhesión como “convenciones en que uno de los contratantes se suma en forma incondicional al contenido pre-elaborado por el otro”,<sup>373</sup> es decir, hay este tipo de contrato cuando el adherente “sólo tiene dos opciones: contratar conforme a las condiciones preestablecidas o no contratar”.<sup>374</sup> Otros autores patrios expresan que “El contrato de adhesión es aquel que ha

<sup>373</sup> Kummerow, Gert: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, Caracas, 1981, p. 12.

<sup>374</sup> Corsi, Luis: Contribución al Estudio de las Cláusulas de Exoneración y Limitación de la Responsabilidad Contractual, separata de la Revista de Derecho 7 del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, p. 31.

sido redactado por una de las partes que generalmente por su posición económica puede imponerle a la otra parte todas las estipulaciones del mismo, por ser ésta la parte débil en la relación contractual”.<sup>375</sup> Asimismo, la doctrina venezolana define al contrato de adhesión como aquel en el que “las cláusulas han sido preestablecidas por una de las partes... se acepta pura y simplemente o no se contrata... el contrato de adhesión somete... un contratante al querer del otro, que está en condiciones de imponer... las estipulaciones del contrato... está excluida la posibilidad de discusión y regateo, esto es, la previa negociación no existe. En los contratos de adhesión las partes se encuentran en muy distinta posición y grado de poder contractual. Suponen una redacción previa del contrato por una de las partes y la otra simplemente lo acepta o lo rechaza. Esto es, las cláusulas están predisuestas por una sola de las partes contratantes... la libertad contractual queda reducida en el contrato de adhesión a la libertad del adherente de contratar o no contratar”.<sup>376</sup> La doctrina venezolana también explica que este tipo de contrato es “Una de las realidades de la vida comercial contemporánea”, en la que “los operadores económicos” suelen utilizar “contratos de adhesión”, contentivos de “cláusulas generales”, los cuales “han sido redactados por las asociaciones que los agrupan, por las empresas líderes del ramo o por ellos mismos”, y “no han sido objeto de discusión particular con el adherente”, sino que sus cláusulas “han sido impuestas por el proponente. En Venezuela existen cláusulas generales en los contratos de adhesión redactados por los bancos, por las compañías de seguros, por las empresas de transporte y por un número indefinido de empresas de servicio, como las de servicio eléctrico, gas, telefonía, televisión por cable, etc.”<sup>377</sup>

Esta clase de texto contractual contrasta con los contratos diseñados y escritos especialmente para regular una relación entre dos partes, que han podido negociar como iguales el convenio que las une. La contratación por adhesión se diferencia de los llamados contratos paritarios

<sup>375</sup> Maduro Luyando, Eloy, y Pittier Sucre, Emilio: Curso de Obligaciones, Derecho Civil III, tomo II, Caracas, 2001, p. 569.

<sup>376</sup> Domínguez Guillén: obra citada, p. 484.

<sup>377</sup> Morles Hernández, Alfredo: Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, Caracas, 2004, p. 2223.

o “paritéticos”,<sup>378</sup> cuyo “contenido y sus efectos mismos resultan de una previa discusión entre los sujetos”.<sup>379</sup> De hecho, estos últimos también son llamados “contratos de libre discusión”,<sup>380</sup> o “contratos aislados” (por oposición a los “contratos en serie”).<sup>381</sup> Efectivamente, “En los paritarios rige en principio la igualdad en la fase de formación del contrato”, “rige la igualdad y el ‘regateo’”, “las partes se tratan de ‘igual a igual’”, es el “contrato libremente negociado” o “libremente discutido”;<sup>382</sup> los **“Contratos paritarios... son aquellos contratos productos de una libre negociación y discusión por las partes, quienes conjuntamente fijan sus diversas estipulaciones, de acuerdo a su voluntad, teniendo como único límite las normas imperativas aplicables. Generalmente ambas partes están en situación de igualdad, ninguna de ellas puede en la práctica imponerle a la otra las estipulaciones del contrato”**.<sup>383</sup>

En un fallo del Tribunal Supremo de Justicia, éste suministró la siguiente definición: “el contrato por adhesión es aquel acuerdo de voluntades que se caracteriza por el hecho de que su contenido o cláusulas son fijadas por una sola de las partes sin que la otra tenga posibilidad de modificación sino, simplemente, de suscripción o rechazo en su totalidad; en otras palabras, una de las partes se adhiere a la propuesta contractual de la otra sin posibilidad de negociación o modificación de las cláusulas”.<sup>384</sup> En muchas sentencias, nuestro máximo

<sup>378</sup> Kummerow: obra citada, p. 99.

<sup>379</sup> Kummerow: obra citada, p. 12.

<sup>380</sup> La expresión “contratos de libre discusión”, como contrapartida de la expresión “contratos de adhesión”, es utilizada, por ejemplo, por Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio: La Protección del Consumidor y sus Principales Manifestaciones en el Derecho de Seguros Contemporáneo: Examen Descriptivo, en Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio, Memorias del Sexto Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros, Cartagena de Indias, mayo de 2000, pp. 110 y ss.; y en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 15, Bogotá, 2000, pp. 129 y ss.

<sup>381</sup> Galgano, Francesco: Il Contrato, Padua, 2011, p. 39.

<sup>382</sup> Domínguez Guillén: obra citada, p. 484.

<sup>383</sup> Maduro y Pittier: obra citada, p. 569.

<sup>384</sup> Sala Constitucional, sentencia del 28 de febrero de 2008, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.htm>  
Sala Constitucional, sentencia del 20 de octubre de 2010, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01024-211010-2010-2009-0960.HTML>  
Sala Político Administrativa, sentencia del 3 de junio de 2014, disponible en:

juzgado definió el “contrato de adhesión” como un convenio en el que “queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes”.<sup>385</sup> De forma casi igual, nuestro Tribunal Supremo de Justicia, en numerosas decisiones, declaró que en el “contrato de adhesión” ocurre que “las cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro contratante se limita a aceptar cuanto ha sido establecido por el primero”.<sup>386</sup> En el mismo

---

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165146-00800-4614-2014-2012-0624>.  
HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 20 de septiembre de 2011, disponible en:  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01165-21911-2011-2010-0674>.  
HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de noviembre de 2003, disponible en:  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01761-181103-2003-0964>.HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 10 de julio de 2012, disponible en:  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/00835-11712-2012-2011-1358.html>

<sup>385</sup> Sala Constitucional, sentencia del 26 de junio de 2003, disponible en:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00962-010703-2003-0562>.HTML

Sala Constitucional, sentencia del 20 de octubre de 2010, disponible en:  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01024-211010-2010-2009-0960>.HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 3 de junio de 2014, disponible en:  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165146-00800-4614-2014-2012-0624>.  
HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 20 de septiembre de 2011, disponible en:  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01165-21911-2011-2010-0674>.  
HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de noviembre de 2003, disponible en:  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01761-181103-2003-0964>.HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 10 de julio de 2012, disponible en:  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/00835-11712-2012-2011-1358.html>

<sup>386</sup> Sala Constitucional, sentencia del 26 de junio de 2003, disponible en:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00962-010703-2003-0562>.HTML

Sala Constitucional, sentencia del 20 de octubre de 2010, disponible en:  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01024-211010-2010-2009-0960>.HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de febrero de 2015, disponible en:  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174458-00101-19215-2015-2014-0547>.  
HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 3 de junio de 2014, disponible en:  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165146-00800-4614-2014-2012-0624>.  
HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 20 de septiembre de 2011, disponible en:  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01165-21911-2011-2010-0674>.  
HTML

orden de ideas, en varios fallos, nuestro máximo juzgado utilizó el siguiente concepto: “Con vista en lo señalado por la doctrina y jurisprudencia acerca de los contratos de adhesión, queda claro que en la formación de los contratos de esta naturaleza no participa la voluntad de uno de los contratantes..., habida cuenta de que las cláusulas son previamente determinadas..., no existiendo en consecuencia la posibilidad de que el contratante discuta el contenido de las mismas, sino que en todo caso se limita a suscribirlas en las mismas condiciones que le han sido presentadas”.<sup>387</sup> Asimismo, el Tribunal Supremo de Justicia ha indicado que los “contratos de adhesión” son aquellos cuyas “cláusulas son previamente determinadas por una sola de las partes contratantes, sin que la otra pueda introducirles modificaciones”,<sup>388</sup> y que “una de las partes se limita a ofrecer sus condiciones a la otra, a la cual solamente le queda la elección entre someterse a las mismas o simplemente dejar de contratar”.<sup>389</sup>

Nuestro Tribunal Supremo de Justicia también tuvo la oportunidad de describir brevemente la diferencia entre los contratos paritarios y los contratos de adhesión, en los siguientes términos: “El acuerdo sobre la celebración de un contrato va generalmente

---

Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de noviembre de 2003, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01761-181103-2003-0964.HTM>

Sala Político Administrativa, sentencia del 10 de julio de 2012, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/00835-11712-2012-2011-1358.html>

<sup>387</sup> Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de enero de 2011, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Enero/00055-19111-2011-2008-0296.html>

Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de febrero de 2015, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174458-00101-19215-2015-2014-0547.HTML>

Sala Político Administrativa, sentencia del 3 de junio de 2014, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165146-00800-4614-2014-2012-0624.HTML>

Sala Político Administrativa, sentencia del 20 de septiembre de 2011, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01165-21911-2011-2010-0674.HTML>

Sala Político Administrativa, sentencia del 10 de julio de 2012, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/00835-11712-2012-2011-1358.html>

<sup>388</sup> Casación Civil, 10 de octubre de 1990, citada por Bustamante, Maruja, y tomada del sistema JurisNet de JurisComp Programación, C.A.

<sup>389</sup> Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de noviembre de 2003, disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm>

precedido de una libre discusión entre las partes contratantes. Sin embargo, a veces la posición respectiva de éstas es totalmente distinta, porque una de las partes se limita a ofrecer sus condiciones a la otra, a la cual solamente le queda la elección entre someterse a las mismas o simplemente dejar de contratar. A esta clase de contratos, la doctrina los ha calificado como contratos de adhesión...”.<sup>390</sup> Lo anterior es exacto, salvo que la palabra “generalmente”, empleada por el Tribunal Supremo de Justicia, no es la más adecuada. En efecto, los contratos de adhesión son mucho más frecuentes que los contratos de libre discusión.

La circunstancia de que una persona redacte un contrato y se lo imponga a muchas otras, que es lo que, según la doctrina y la jurisprudencia citadas, caracteriza a los contratos de adhesión, no excluye la posibilidad de que las cláusulas que no admiten cambios coexistan con alguna disposición contractual negociada entre las partes.

Se puede sostener, por ende, que existen dos concepciones de contrato de adhesión, a saber: (i) una concepción amplia, según la cual el contrato de adhesión es aquel en el cual la generalidad de las cláusulas no es objeto de negociación; y (ii) una concepción restrictiva, según la cual el contrato deja de ser de adhesión si alguna de sus cláusulas es objeto de negociación.

Desde nuestro punto de vista, la concepción restrictiva no es razonable, pues, si la misma se impusiera, casi ningún contrato calificaría como de adhesión. La concepción amplia está reflejada en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, pues dispone lo copiado a continuación: “El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.” En nuestro criterio, la concepción amplia se impone en Venezuela, por lo siguiente:

<sup>390</sup> La siguiente decisión cita dos fallos que expresan lo anterior: Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de noviembre de 2003, disponible en:

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm>

Un autor colombiano señala, con razón, que “resulta importante preguntarse si todas las cláusulas que integran el contenido de los contratos de adhesión son predispuestas. Al respecto, un sector de la doctrina se decanta por la negativa, y ello por cuanto las puede haber que son negociadas”.<sup>391</sup> Compartimos la tesis de este sector doctrinal. En efecto, la posibilidad de negociar algunas cláusulas de un convenio pre-elaborado no le quita su carácter de contrato de adhesión. A título ilustrativo, tenemos que los bancos utilizan modelos de contratos de crédito cada vez que van a otorgar un préstamo, los cuales adaptan a cada situación particular, de manera que los contratos en definitiva celebrados por éstos se apartan un poco de esos modelos, en razón de las circunstancias del prestatario, del tipo de crédito, del plazo, de si hay o no garantía y de otras particularidades. Ahora bien, el banco es quien redacta el contrato y siempre incluye sus cláusulas estándar, que todos sus clientes deben aceptar, pues, de lo contrario, no son elegibles para recibir préstamos. Salvo casos especialísimos, el clausulado del contrato bancario no está sujeto a negociación, sino que la discusión se concentra en ciertas condiciones económicas, tales como las tasas de interés, sin tocar el articulado contractual. La generalidad de los contratos de crédito otorgados por los bancos son, entonces, contratos de adhesión, porque cada institución bancaria incluye sus propias cláusulas, que no son negociables y que regulan las relaciones entre ésta y la globalidad de sus prestatarios. En consecuencia, éstos merecen la protección que corresponde a quien suscriba cualquier otro contrato de adhesión. Veamos otro ejemplo: cuando una persona natural o jurídica toma un seguro en Venezuela, puede negociar algunos puntos con la aseguradora, tales como la suma asegurada y el deducible, reflejados en el cuadro de la póliza, pero las condiciones generales y particulares permanecen inmutables, por lo que el contrato de seguro califica como un contrato de adhesión, en el que el tomador es acreedor de dicha protección.

---

<sup>391</sup> Posada Torres, Camilo: Las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión en el Derecho Colombiano, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 29, julio-diciembre de 2015, p. 158; disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4328>



La normativa legal sobre contratos de adhesión reconocía esta realidad. En efecto, tal como señalamos antes, el 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”. Esto es congruente con la siguiente redacción, de la primera parte del mencionado artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004: “Se entenderá como contrato de adhesión... aquel cuyas cláusulas han sido... establecidas unilateralmente por el proveedor... sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”. De manera casi idéntica, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, en su referido artículo 70, incluía, en su definición de “contrato de adhesión” o “contratos tipos”, lo siguiente: “aquellos cuyas cláusulas han sido... establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor... sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”. El uso de la palabra “sustancialmente” logra el mismo efecto que el texto anterior, según el cual el que se insertasen cláusulas no establecidas unilateralmente por el proveedor no resultaba en que el contrato propuesto dejase de calificar como de adhesión.

Aunque las normas anteriores ya no tengan vigencia, consideramos que los cambios no sustanciales realizados por el adherente en los textos redactados por el proponente no le quitan, al acuerdo entre ambos, el carácter de contrato de adhesión. De hecho, la doctrina<sup>392</sup> y jurisprudencia<sup>393</sup> prácticamente unánimes consideran que los contratos

<sup>392</sup> Por ejemplo, Luis Corsi se refiere a los “contratos por adhesión... en los sectores bancario y de seguros” (Corsi: obra citada, p. 27).

<sup>393</sup> Por ejemplo, la Sala Constitucional, en su sentencia del 24 de enero de 2002, calificó los contratos de crédito celebrados por los bancos con sus clientes como contratos de adhesión. Dicha sentencia está disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm> Similarmente y a título ilustrativo, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia del 29 de julio de 2015, calificó las pólizas de seguro como contratos de adhesión. Dicha sentencia de casación está disponible en:

que las instituciones bancarias y aseguradoras celebran con sus clientes son de adhesión, a pesar de que a veces estos últimos pueden determinar el contenido de alguna regla contractual, ya que lo relevante es que la mayor parte del clausulado permanece invariable, por exigencia de tales instituciones.

La definición legal derogada, según la cual los contratos de adhesión son aquellos cuyas cláusulas son establecidas unilateralmente por el proponente, sin que el adherente pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar, coincide con la definición prevaleciente en la doctrina. Al respecto, un autor venezolano escribió que “el concepto de contrato de adhesión elaborado por la doctrina general del contrato” es “el mismo que maneja esta legislación especial”.<sup>394</sup> De esta definición nos interesa resaltar que un contrato de adhesión puede contener, además de las cláusulas impuestas que lo caracterizan, alguna cláusula negociada.

De modo que discrepamos de la tesis doctrinal según la cual “en el contrato de adhesión no hay... ni siquiera la posibilidad de discutir alguna de las cláusulas”;<sup>395</sup> o de que uno de los elementos definitorios del contrato de adhesión es que no hay “ninguna posibilidad de discutirlo ni de modificarlo”.<sup>396</sup> En efecto, pensamos que no es exacto, al menos en Venezuela, que el contrato de adhesión supone que no se modifique nada en el clausulado pre-redactado. Por el contrario, puede haber un contrato de adhesión aunque el texto propuesto por el redactor sufra modificaciones a requerimiento de su contraparte, siempre que se trate de modificaciones no sustanciales. En conclusión, somos del criterio de que el contrato sigue siendo de adhesión, a pesar de los cambios realizados por iniciativa del adherente, siempre que no constituyan cambios importantes con respecto al texto del proponente. En consecuencia, ciertos contratos, como los contratos de préstamo bancario, cuyo articulado puede sufrir variaciones en razón de las circunstancias particulares del crédito, de la garantía y del cliente, son, de todos modos, contratos

---

<http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/julio/180182-00912-30715-2015-2013-1668.html&palabras=contrato%20adhesion>

<sup>394</sup> Melich: obra citada, p. 770.

<sup>395</sup> Maduro y Pittier: obra citada, p. 569.

<sup>396</sup> Posada Torres: obra citada, p. 143.

de adhesión, porque el grueso de sus cláusulas son textos redactados desde antes por el banco, que éste no modifica; y lo mismo pasa con los contratos de seguro, que son contratos de adhesión aunque las partes negocien el contenido del cuadro de la póliza, pues las condiciones generales y particulares siempre son iguales. De manera que hay que matizar la afirmación de un sector de la doctrina, para el cual la oferta para celebrar contratos de adhesión “no admite que se les modifique a través de contraofertas”.<sup>397</sup>

Si el predisponente le permite al adherente cierto margen de negociación, pueden convivir, en el contrato, cláusulas negociadas y cláusulas por adhesión. En estas situaciones, consideramos que, sólo respecto de estas últimas disposiciones contractuales, se justifica proteger al adherente, pues se trata de cláusulas predispuestas por su contraparte.

Tal como lo destaca la doctrina venezolana, “El concepto de ‘contrato de adhesión’, utilizado en las sucesivas leyes que se han ocupado de la protección de los consumidores o usuarios, no rige con exclusividad para las relaciones jurídicas propias de lo que se ha llamado el ‘derecho al consumo’, sino que es un concepto que proviene del análisis que la doctrina general del contrato ha hecho de ciertos grupo de contratos que presentan caracteres afines”.<sup>398</sup>

Los contratos de adhesión se dan en los casos siguientes: (i) en las relaciones entre los proveedores de bienes o servicios y los consumidores y usuarios, (ii) en las situaciones en las que una organización tiene interés en celebrar un contrato igual o parecido con muchas personas; y (iii) cuando una parte tiene sobre la otra una posición de dominio que le permite imponerle un texto contractual. Ejemplos de ello son los contratos de distribución celebrados entre quien controla globalmente los bienes de una marca y quienes distribuyen tales bienes en sus respectivos territorios, pues usualmente aquél, como proponente, le somete a éstos, como adherentes, un clausulado que tienen que acoger, con poco o ningún margen para realizar cambios; y los contratos de franquicia, en los que el franquiciante les exige a todos sus franquiciados aceptar

---

<sup>397</sup> Domínguez Guillén: obra citada, p. 484.

<sup>398</sup> Melich: La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo, obra citada, p. 769.

normas convencionales uniformes.<sup>399</sup> Un importante autor venezolano expresó que “...la categoría que la doctrina general del contrato ha identificado bajo el rubro de ‘contrato de adhesión’ tiene una extensión que excede de las relaciones entre proveedores y consumidores o usuarios”.<sup>400</sup>

## 11) PRUEBA DE QUE UN CONTRATO ES DE ADHESIÓN

El carácter de contrato de adhesión de un contrato puede resultar de la naturaleza o del formato de dicho contrato. Por ejemplo, sin duda, los contratos para abrir una cuenta bancaria o tomar un seguro son de adhesión, lo mismo que los contratos contenidos en un formulario preimpreso que es firmado por la persona interesada en adquirir un bien o servicio. Otros casos, son menos evidentes.

Para que haya un contrato de adhesión, hacen falta, primero, una oferta hecha en términos tales que la discusión esté en principio excluida, y, segundo, la correspondiente aceptación o una contraoferta aceptada luego por el oferente primigenio, la cual no puede acarrear una modificación sustancial del texto inicialmente propuesto. La carga de

<sup>399</sup> Pero existe también la opinión contraria: “...el hecho que este contrato, en cuestión, sea un contrato de subfranquicia, no permite calificarlo, per se, como un contrato de adhesión tipo o estandarizado, sino de un contrato de franquicia con unas condiciones generales de contratación, que no está abierto indeterminadamente a toda persona, mediante ofertas de carácter permanente, ni tampoco se trata, por lo general, de un documento impreso pre-redactado. Es más, estos contratos suponen, por lo que significan realización de negocios conjuntos o compartidos, que de alguna manera los franquiciados tienen oportunidad de discutir algunos de sus términos, y, que, previamente conocen el sistema de franquicias, hasta el punto que han de ofrecer facilidades o locales así como sustentar la factibilidad del sostenimiento de la franquicia en donde estén ubicados estos locales. Es decir, que por la naturaleza del contrato de subfranquicia hay la posibilidad de negociación previa, por lo que no puede calificársele en general, como contratos sobre cuyo contenido no cabe ningún tipo de modificación, ya que sobre sus aspectos económicos puede existir negociación... Una de las condiciones más importantes del contrato entre franquiciante y franquiciado, las cuales en muchos casos son negociables son las condiciones económicas, la escogencia del lugar para el establecimiento del local comercial, las fechas de inicio de la actividad...” (laudo dictado por los árbitros Irene Loreto González, Román Duque Corredor y Henrique Iribarren Monteverde en fecha 31 de agosto de 2012, citado en la Memoria Arbitral II, Compendio de Laudos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, bajo la coordinación de Hernando Díaz-Candía, Caracas, 2014, pp. 194 y 195).

<sup>400</sup> Melich: obra citada, p. 772.

probar que la discusión estaba en principio excluida y que el contrato es por ende de adhesión corresponde a quien se dice adherente del mismo, salvo que ello resulte de la naturaleza o del formato del contrato (no tiene sentido, por ejemplo exigirle al cliente de un banco o una aseguradora que pruebe que el contrato bancario o de seguros es de adhesión).

La carga de la prueba de que un contrato es de adhesión fue tratada en un laudo dictado por un tribunal arbitral del que formó parte el autor de este trabajo,<sup>401</sup> en el que se expresa lo siguiente:

“...el artículo 70 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios... exige, para que un contrato califique como de adhesión, que sus cláusulas sean *“establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.”*”

Ahora bien, es un asunto de hecho el que una parte reciba de la otra un texto contractual cuyo contenido no se le permite discutir, ni modificar substancialmente, al momento de contratar.

En efecto, es posible, y de hecho ocurre con frecuencia, que una de las partes proponga un contrato y la otra dé su conformidad, sin modificar sus cláusulas sustancialmente. Tan es así, que oferta y aceptación son el mecanismo normal de formación de cualquier contrato. Por ello, no bastan una oferta y aceptación, sin modificación sustancial, para que el contrato correspondiente califique como de adhesión. Hace falta, además, para esa calificación, que la oferta sea hecha en términos tales que toda discusión esté de plano excluida, al punto de que las únicas modificaciones posibles toquen sólo aspectos no sustanciales. Por consiguiente, [EL DEMANDANTE], para acreditar su afirmación de que *“El compromiso de Compra-Venta para la adquisición del local comercial”* califica como *“un CONTRATO DE ADHESIÓN”*, debió probar su alegato de que éste *“fue elaborado y redactado, en todo y cada una de sus partes”* por [EL DEMANDADO] y de que *“todas sus cláusulas fueron establecidas unilateralmente”* por [EL DEMANDADO],

<sup>401</sup> Laudo dictado por los árbitros José Antonio Elfáz y Carlos Eduardo Acedo Sucre en fecha 9 de septiembre de 2013, con el voto salvado de Mario Bariona, citado en la Memoria Arbitral II, Compendio de Laudos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, bajo la coordinación de Hernando Díaz-Candia, Caracas, 2014, pp. 311 a 320.

como “*proveedor de bienes y servicios*”, sin que [EL DEMANDANTE] pudiera “*discutir o modificar su contenido al momento de contratar*”.

[EL DEMANDANTE], que tenía la carga de probar su alegato anterior, no cumplió con dicha carga, puesto que no promovió ninguna prueba para demostrar ningún elemento fáctico susceptible de hacer que dicho contrato fuese calificado como de adhesión. En efecto, en la oportunidad de promover pruebas, [EL DEMANDANTE] no promovió ninguna”.

No se trata, como expresó un destacado comentarista, de un laudo que refleja “una clara tendencia a limitar los que se consideran contratos de adhesión, al menos a efectos de la viabilidad jurídica de arbitraje”.<sup>402</sup> Por el contrario, se trata, simplemente, de aplicar dicha definición legal, que era muy amplia, y que, repetimos, coincide con la aportada por la doctrina.<sup>403</sup>

Lo característico de cualquier contrato de adhesión, que define su esencia, es que se trata de un convenio pre-hecho, que una parte ofrece celebrar, el cual debe ser aceptado en bloque o casi en bloque por la otra parte.

## 12) CONCLUSIONES

La posibilidad de negociar algunas cláusulas de un convenio pre-elaborado no le quita su carácter de contrato de adhesión. Si el predisponente le permite al adherente cierto margen de negociación, y, por ende, conviven, en el contrato, cláusulas negociadas y cláusulas por adhesión, sólo respecto de éstas últimas se justifica proteger al adherente. Considerar que no basta con que el grueso de un contrato sea impuesto para que califique como de adhesión, o que sólo los contratos de consumo son de adhesión, es distorsionar el lenguaje y reducir innecesariamente la protección de los adherentes. No se debe negar esta protección para someter a arbitraje los contratos de adhesión, sino, más

<sup>402</sup> Prólogo de Hernando Díaz-Candia a la Memoria Arbitral II, obra citada, pp. 10, 11 y 311 a 320.

<sup>403</sup> Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 770.

bien, (i) reconocer que el adherente puede renunciar tácitamente a la protección que le da la segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial;(ii) tener una interpretación amplia de la exigencia de una “manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje... en forma expresa e independiente”, por ejemplo, esta manifestación puede resultar de documentos anteriores, contemporáneos o posteriores a la adhesión al contrato, en que conste que el adherente tuvo la oportunidad de (a) conocer la cláusula arbitral, y decidió adherirse de todas maneras, o (b) negociar la cláusula arbitral, aunque no haya propuesto cambios a ésta; y (iii) entender que, en los casos en los cuales la naturaleza o el formato del contrato no evidencien que se trata de un contrato de adhesión, corresponde a quien se dice adherente probarlo, demostrando que la discusión estaba en principio excluida.

# **ASPECTOS JURISDICCIONALES EN LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL. PROF. LUIS ALFREDO ARAQUE.**

## SUMARIO

I Aspectos Generales. II Descripción General del contenido de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC). III Facultades y/o obligaciones de los jueces ordinarios previstas en la LAC: 1. Aspectos generales. 2. La obligación de hacer valer la exclusión de la jurisdicción ordinaria. 3. La eventual designación de árbitros en el arbitraje "Ad Hoc" y cuando haya sido planteada la recusación. 4. La asistencia al Tribunal Arbitral. 5. La ejecución del laudo o la denegación de la ejecución. 6. Conocer de la nulidad del laudo. IV Facultades no contractuales que otorga la LAC a los árbitros: 1. Aspectos generales. 2. Decidir acerca de su competencia. 3. La facultad de dictar medidas cautelares y solicitar asistencia en su ejecución. 4. Las facultades de solicitar asistencia a la jurisdicción para evacuar alguna prueba.



## I. ASPECTOS GENERALES:

En fecha 16 de noviembre de 2017, tuvo lugar en la sede de la Academia de Ciencias Políticas y sociales el evento denominado “IV Jornadas de Arbitraje” en homenaje al insigne jurista y precursor del arbitraje en Venezuela Dr. Pedro J. Mantellini. En el marco de dicho evento se me pidió tratar el tema de los aspectos jurisdiccionales en la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) venezolana. El presente trabajo hará referencia a lo tratado en esa oportunidad, a reserva de que el tema será incluido próximamente en un trabajo más extenso sobre la naturaleza misma del arbitraje comercial o arbitraje previsto en la Ley de Arbitraje Comercial.

Antes de entrar en materia, es importante advertir que, bajo el término genérico “Arbitraje”, diversas normas legales describen realidades diferentes. Así, cuando la Ley Orgánica del Trabajo en su artículo 492<sup>404</sup> contempla la facultad del Ministro o Ministra del poder popular con competencia en materia del trabajo de poner fin a un procedimiento conflictivo huelgario en el que se discutan derechos y obligaciones de empleadores y trabajadores, y de “someterlo a arbitraje”, y en su artículo 495<sup>405</sup> equipara las facultades de investigación de la “Junta de

---

<sup>404</sup> Ley Orgánica del Trabajo de los Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT). G.O. N° 6.076 ext. Del 7-05-2012. Artículo 492: “**Arbitraje obligatorio.** En caso de huelga que por su extensión, duración o por otras circunstancias graves que ponga en peligro inmediato la vida o la seguridad de la población o de una parte de ella, aún cuando la junta de conciliación no haya concluido sus labores, el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de trabajo, mediante Resolución motivada, dará por terminado el procedimiento conflictivo y por tanto la huelga y someterá el conflicto a arbitraje.”

<sup>405</sup> (LOTTT. Artículo 495: “**Atribuciones de la junta de arbitraje.** La junta de arbitraje tendrá la misma facultad de investigación que un tribunal ordinario y sus audiencias serán públicas. Los y las integrantes de la junta de arbitraje tendrán el carácter de árbitros arbitra- dores y sus decisiones serán inapelables. Queda a salvo el derecho de las partes de acudir a los tribunales del trabajo para solicitar que se declare su nulidad, cuando las decisiones de los árbitros se tomen en contravención a disposiciones legales de orden público”

Arbitraje” a las que tiene un tribunal ordinario y regula como inapelables sus decisiones, que según el artículo 496 *eiusdem* son de inmediato cumplimiento para las partes, no está describiendo el sistema de terminación de controversias basado en la aceptación contractual de las partes de los límites de los derechos y obligaciones que sean fijados por unos terceros por encargo de las partes. Aun cuando, tanto la LOTTT como la LAC denominan arbitraje al medio alterno, es decir diferente a una sentencia judicial, previsto en su normativa, es evidente que se está en presencia de dos figuras legales diferentes, que tienen en común que, en ambos casos, la controversia termina en virtud de la delimitación de los derechos y obligaciones hecha por personas que no tienen la condición de Juez Ordinario, pero que difieren radicalmente en el fundamento legal que permite que los derechos y obligaciones delimitadas por esas personas puedan ser objeto de ejecución forzosa. En el arbitraje del artículo 492 de la LOTTT, el legislador establece un método alterno de resolución de ciertas controversias en el cual la decisión de utilizarlo corresponde a un ente gubernamental ajeno a la controversia, y en el cual la decisión de los “Árbitros” se hace obligatoria para las partes sin ningún tipo de aceptación previa contractual. En el fondo, se podría pensar en que se estaría creando una especie de jurisdicción paralela para la determinación del alcance de los derechos y obligaciones controvertidos, que de otra manera tendrían que ser delimitados por el juez, sin que las partes de la controversia tengan ninguna facultad de autocomposición de su disputa. La controversia no finaliza porque las partes lo hayan acordado, sino en virtud de una facultad estatal de someter un conflicto entre particulares a una decisión de personas diferentes al Juez con competencia en materia laboral.

En ese mismo sentido, en el arbitraje llamado de inversión, la determinación de ciertos derechos y obligaciones no se deriva necesariamente de un acuerdo entre las partes en conflicto sobre sus derechos disponibles, sino de unas normas legales o tratados internacionales entre dos estados que establecen que en determinadas controversias en que pueda estar involucrado un estado frente a unos inversionistas provenientes de otro estado, quienes deban resolver la controversia no sean los tribunales del estado cuya conducta se cuestiona, sino terceros designados conforme a normas legales y tratados internacionales. En el

llamado arbitraje de inversión el origen de la disputa no es el incumplimiento de un contrato celebrado entre dos partes, ni los límites de los derechos y obligaciones disponibles, contractuales o extracontractuales, sino el abuso por parte de un estado de sus facultades legales contra un inversionista de otro estado, en claro incumplimiento de las leyes y tratados internacionales, que prohibían tales conductas. Para que un estado esté obligado a someterse a un arbitraje de inversión no se requiere de ningún “Acuerdo de Arbitraje”, sino la existencia de normas legales y/o tratados internacionales que lo contemplen, y menos aún, que la materia que será objeto de “Arbitraje” sea materia disponible para las partes de la controversia. Por el contrario, en la totalidad de las normas que permiten que la determinación sea hecha por árbitros y no por jueces, la materia arbitrable se relaciona con el “orden público”, es decir con derechos y obligaciones que no pueden ser dispuestos por las partes del arbitraje, tales como una indebida expropiación o un trato impositivo o judicial contrario a las normas que protegen la inversión de nacionales de otros países.

Por todo lo anterior, es necesario advertir que algunas figuras comprendidas dentro del concepto general de Arbitraje y previstas en los arbitrajes legales difieren conceptualmente del arbitraje previsto en la LAC, en el cual la terminación de la controversia se produce como consecuencia del acuerdo unánime de voluntades de tener por límites de determinados derechos y obligaciones disponibles lo que unos terceros determinen por cuenta de ellas, de la misma manera que lo serían si ellas mismas los hubiesen fijado contractualmente mediante transacción. Es decir, en el arbitraje de la LAC, lo que pone fin a la controversia no es propiamente el laudo, sino la previa aceptación unánime de su contenido por los titulares de los derechos que puedan llegar a estar controvertidos. Por ello la LAC es, fundamentalmente, la descripción de una figura contractual por la cual dos personas que tienen o podrían llegar a tener diferencias sobre derechos disponibles, de fuente contractual o extracontractual, se obligan a considerar como hecha por ellas mismas la determinación que unos terceros, árbitros, contratados por ellas mismas, plasmen en un laudo, y a no someter tales controversias a la jurisdicción ordinaria, en virtud de la libertad que tienen de hacerlo o abstenerse de ello, por tratarse de derechos disponibles.

## II. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL CONTENIDO DE LA LAC:

La LAC tiene como finalidad principal la descripción de un contrato nominado: “El Acuerdo de Arbitraje”.<sup>406</sup> No forma parte del presente trabajo el estudio pormenorizado de dicha figura contractual, de sus elementos de existencia y de validez, y mucho menos el estudio detallado de los derechos y obligaciones que nacen de su perfeccionamiento.

Baste recordar que, de conformidad con la LAC, el contrato llamado “Acuerdo de Arbitraje”, es un contrato solemne porque requiere para su perfeccionamiento de la forma escrita, bilateral porque genera obligaciones para ambas partes, y preparatorio de un eventual futuro contrato que las partes se obligan a celebrar con terceros (árbitros), en caso de presentarse controversias entre ellos en relación a los derechos delimitados o delimitables según el acuerdo de arbitraje. Puede, igualmente, el acuerdo de arbitraje constituir un contrato preparatorio de un eventual futuro contrato con un centro de arbitraje previamente aceptado cuando se hace referencia a un arbitraje institucional.

En la descripción del “Acuerdo de Arbitraje” la LAC, a reserva del derecho de las partes de un contrato de modificar las normas supletorias de la ley en la materia disponible, establece no sólo las reglas que rigen las obligaciones de las partes de dicho contrato, sino también las que deben aplicarse, a falta de acuerdo contrario, en la contratación de los árbitros y el Centro de Arbitraje y la manera como deben cumplirse las obligaciones que puedan nacer, no sólo del propio acuerdo de arbitraje, sino también de los contratos que puedan llegarse a celebrar con los árbitros y con el eventual correspondiente Centro. A ese respecto, reviste especial relevancia destacar la remisión que hace el artículo 12 de la LAC al Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje al cual las partes se hayan eventualmente sometido.<sup>407</sup>

<sup>406</sup> Ley de Arbitraje Comercial. Artículo 5: “El “acuerdo de arbitraje” es un 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. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. en virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.”

<sup>407</sup> LAC. Artículo 12: “En el arbitraje institucional todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo las notificaciones, la constitución del tribunal, la recusación y reemplazo

De limitarse la LAC a la descripción del “Acuerdo de Arbitraje” y los contratos que en el futuro las partes pueden quedar obligados a celebrar, el resultado final del llamado por la LAC “Arbitraje” o “Arbitraje Comercial”, sería un documento, el laudo, en el cual unos terceros ajenos a las partes de una controversia, pero por encargo de éstas, y con su aceptación previa e incondicionada, pusieran fin a la disputa, delimitando, por delegación de las propias partes, los derechos y obligaciones previamente señalados. Es decir, un resultado equivalente al resultado del contrato de transacción previsto en el Código Civil: el fin de la controversia con el correspondiente efecto de cosa juzgada del artículo 1.718 *eiusdem*.<sup>408</sup>

Así como, para que el contenido del contrato de transacción, que pone fin a la controversia, pueda ser considerado por la jurisdicción como la delimitación de obligaciones ejecutables de manera forzosa por ella, tal como sucede con la sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, son necesarias las normas sobre la ejecución de la transacción del Código de Procedimiento Civil<sup>409</sup>, para que el contenido del laudo previamente aceptado como propio por las partes en conflicto pueda ser considerado ejecutable por la jurisdicción se requiere de normas legales que exceden la descripción de un contrato nominado.

De esa manera, por lo que respecta al arbitraje de la LAC, al igual que en el Código de Procedimiento Civil, el legislador considera susceptibles de ejecución forzosa, sin necesidad de sentencia, las obligaciones disponibles delimitadas directamente y de manera contractual por sus titulares. En la LAC, ese mismo legislador incorporó disposiciones legales que permiten que lo que las partes mismas han aceptado previamente (plasmado en el laudo) como delimitación de sus

---

de árbitros y la tramitación del proceso, se regirá de conformidad con lo dispuesto en el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje al cual las partes se hayan sometido.”

<sup>408</sup> Código Civil Venezolano. Artículo 1.718: “La transacción tiene entre las partes la misma fuerza que la cosa juzgada.”

<sup>409</sup> Código de Procedimiento Civil. Artículo 255: “La transacción tiene entre las partes la misma fuerza que la cosa juzgada.

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

obligaciones pueda ser considerado por la jurisdicción como susceptible de ejecución forzosa sin necesidad de pronunciamiento judicial previo, ni por sentencia, ni por homologación, ni por exequatur.

Por todo ello, en la LAC no sólo se describe la figura contractual del “Acuerdo de Arbitraje”, sino se establecen normas sobre conductas tanto de los árbitros como de los jueces ordinarios que no podrían ser objeto de ningún acuerdo contractual por formar parte de lo que conocemos por jurisdicción. Es decir, si bien el mecanismo legal regulado por la LAC tiene naturaleza contractual, en ese mismo instrumento legal se dictan normas dirigidas a los tribunales ordinarios tendientes a regular el ejercicio por ellos de la jurisdicción, y normas dirigidas a quienes hayan sido designados o aparenten haber sido designados árbitros, otorgándoles ciertas funciones que las partes no les podrían otorgar contractualmente, pero que el legislador ha considerado útiles para el cumplimiento de los fines de la jurisdicción, cuando las obligaciones disponibles que han sido delimitadas por las partes deben ser ejecutadas de manera forzosa.

### **III. FACULTADES Y /O OBLIGACIONES DE LOS JUECES ORDINARIOS PREVISTAS EN LA LAC:**

#### **1. Aspectos generales:**

En ninguna norma legal está previsto que los jueces ordinarios puedan indicar a las partes, de manera compulsiva, los límites de sus derechos y obligaciones disponibles, cuando ellas mismas los han fijado por transacción o mediante arbitraje. Así como el juez carece de facultades para revisar el fondo de una transacción, tampoco podría ni contrariar, ni revisar lo que las partes han aceptado (el laudo). La determinación por las propias partes de los límites de los derechos disponibles controvertidos es la esencia del arbitraje de la LAC. Cualquier aspecto no relacionado con esa determinación, que es la resolución de la controversia, no es parte del arbitraje, aunque pueda estar regulado en la LAC.

En la LAC, además de describirse los aspectos contractuales de la figura que la LAC denomina “Arbitraje” o “Arbitraje Comercial”, se regulan ciertas facultades y/o obligaciones de los jueces ordinarios que

no tienen por objeto la resolución de la “controversia” sino permitir a las partes ejercer su derecho a auto componerla contractualmente o a establecer las condiciones y circunstancias en las cuales los derechos y obligaciones que estuvieron en disputa y fueron delimitados en un laudo pueden ser objeto de la ejecución forzosa propia y exclusiva de la jurisdicción. El hecho de que los jueces deban tomar decisiones dirigidas a permitir que las partes puedan poner, ellas mismas, fin a la controversia sobre derechos disponibles o a permitir la ejecución forzosa de las obligaciones así determinadas o a decidir si los derechos litigiosos eran realmente disponibles o si las partes realmente acordaron unánimemente poner fin a la controversia, no convierte al juez en árbitro ni en parte decisoria de la controversia.

Como a continuación veremos, las facultades que la LAC confiere a los jueces ordinarios no van dirigidas a la solución de la controversia sino a permitir que las partes la solucionen o a regular la ejecución forzosa de obligaciones que hayan dejado de ser controvertidas.

## **2. La obligación de hacer valer la exclusión de la jurisdicción ordinaria:**

Como antes se hizo mención, el artículo 5 de la LAC establece que el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria. Por ello, cuando las partes de una controversia están vinculadas por un acuerdo de arbitraje, no sólo nace para ellas la obligación de someter sus controversias a la decisión de árbitros, la aceptación previa de tal delimitación y la renuncia a hacer valer sus pretensiones ante los jueces, sino también la prohibición a los jueces de conocer las controversias objeto de tal acuerdo pues esas controversias se encuentran “excluidas” de su jurisdicción por norma legal expresa.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil<sup>410</sup> no le está permitido a un Tribunal

---

<sup>410</sup> Código de Procedimiento Civil. Artículo 341: “Presentada la demanda, el Tribunal la admitirá si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la Ley. En caso contrario, negará su admisión expresando los motivos de la negativa. Del auto del Tribunal que niegue la admisión de la demanda, se oirá apelación inmediatamente, en ambos efectos.”

admitir una demanda contraria a una disposición expresa de la Ley. Así, la existencia de un acuerdo de arbitraje que verse sobre las obligaciones disponibles contenidas en una demanda, hace ilegal la admisión de la misma.

Evidentemente, al preceder la admisión de la demanda a la citación del demandado, para que la admisión pudiese ser negada de conformidad al artículo 341 citado, sería necesario que el acuerdo de arbitraje fuese presentado conjuntamente con la demanda para conocimiento del juez. Cuando el acuerdo de arbitraje fue plasmado en una cláusula compromisoria, la exigencia legal del artículo 340.6<sup>411</sup> del CPC hace patente al Juez la existencia del acuerdo de arbitraje que impide la admisión correspondiente.

De otra manera, la única manera de hacer valer en juicio la existencia del “acuerdo de arbitraje” que impide la admisión de la demanda sería por la interposición de una cuestión previa de conformidad con el artículo 346 del CPC.<sup>412</sup> Se ha discutido si la cuestión previa adecuada sería la prevista en el numeral 1 de dicho artículo por falta de jurisdicción o la prevista en el numeral 11 *eiusdem*. En ambos casos, la procedencia de ambos tipos de cuestión previa conlleva la extinción del proceso iniciado.<sup>413</sup>

El inicio de un procedimiento ordinario no podría impedir que se haga valer el acuerdo de arbitraje y su obligación de someterse a árbitros, pues no existe prejudicialidad alguna al no haber obligación de

<sup>411</sup> Código de Procedimiento Civil. Artículo 340. “El libelo de la demanda deberá expresar:... 6º.- Los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquéllos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido, los cuales deberán producirse con el libelo.”

<sup>412</sup> Código de Procedimiento Civil. Artículo 346. “Dentro del lapso fijado para la contestación de la demanda, podrá el demandado en vez de contestarla promover las siguientes cuestiones previas:

1º.- La falta de jurisdicción del Juez, o la incompetencia de éste, o la litispendencia, o que el asunto deba acumularse a otro proceso por razones de accesoriadad, de conexión o de continencia.

11º.- La prohibición de la Ley de admitir la acción propuesta, o cuando sólo permite admitirla por determinadas causales que no sean de las alegadas en la demanda.”

<sup>413</sup> Código de Procedimiento Civil. Artículo 353. “Declarada con lugar la falta de jurisdicción, o la litispendencia a que se refiere el ordinal 1º del artículo 346, el proceso se extingue...”

Artículo 356: “Declaradas con lugar las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 9º, 10 y 11 del artículo 346, la demanda quedará desechada y extinguido el proceso.”



someterse a la jurisdicción para la determinación de las obligaciones controvertidas en virtud de la normativa de la LAC, y ser el acuerdo de arbitraje exclusivo y excluyente de tal jurisdicción.

En consecuencia, en virtud de la LAC, y sin que por ello pase el juez a tener funciones arbitrales, debe éste abstenerse de conocer cuando quede demostrada la existencia de un acuerdo de arbitraje relacionado con la controversia cuyas obligaciones se pretendiese someter a su determinación.

### **3. La eventual designación de árbitros en el arbitraje Ad Hoc y cuando haya sido planteada la recusación:**

En el artículo 15 y siguientes de la LAC se establecen normas supletorias relacionadas con los arbitrajes independientes o “ad hoc”.

Entre ellas destacan las normas que pueden permitir conocer la identidad de las personas con las cuales las partes del acuerdo de arbitraje estarán obligadas a celebrar el contrato cuyo objeto será la preparación del laudo por cuenta de ellas, los llamados “árbitros”. Si nada se pactase al respecto debe seguirse el procedimiento del artículo 17 de la LAC.<sup>414</sup> En los supuestos allí previstos en que haya sido imposible la designación de uno o más árbitros, las partes pueden pedir al Juez Competente de Primera Instancia que haga la designación, sin que por ello dicho juez pase a formar parte de la determinación, en forma alterna, de los derechos y obligaciones en disputa. De igual manera, cabe llegarse a la designación de un árbitro por el juez de primera instancia competente cuando no sea posible la designación de un árbitro ad hoc en razón de la falta de aceptación, renuncia, fallecimiento, inhabilitación o recusación de alguno de los árbitros ya designados.

<sup>414</sup> LAC. Artículo 17: “Las partes deberán nombrar conjuntamente a los árbitros o delegar su nombramiento a un tercero.

Si no hubiere acuerdo entre las partes en la elección de los árbitros, cada parte elegirá uno y los dos árbitros designados elegirán un tercero, quien será el Presidente del tribunal arbitral. Si alguna de las partes estuviere renuente a la designación de su árbitro, o si los dos árbitros no pudieren acordar la designación del tercero, cualquiera de ellas podrá acudir al Juez competente de Primera Instancia con el fin de que designe el árbitro faltante.

A falta de acuerdo 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.”

Por otra parte, también está prevista la intervención, en favor del arbitraje, de un Juez, cuando una persona contratada como árbitro sea recusada en los términos de la LAC y decida no aceptar tal recusación. En tal caso, puede corresponder a los demás árbitros decidir sobre la procedencia de la recusación, pero cuando se trate de un árbitro único, o cuando los demás árbitros no logren acordar una decisión mayoritaria, debe corresponder al Juez competente tal decisión, no apelable.<sup>415</sup>

Evidentemente, tales facultades sólo están previstas o podrían ejercerse en el arbitraje “Ad Hoc”, pues en el arbitraje institucional todo lo relacionado con la constitución del Tribunal Arbitral, la recusación y el reemplazo de árbitros debe regirse por el Reglamento de Arbitraje correspondiente, y sólo serían aplicables las normas antes comentadas si el Reglamento o las propias partes no estableciesen reglas diferentes.

#### **4. La asistencia al Tribunal Arbitral:**

El artículo 28 de la LAC<sup>416</sup> crea para la jurisdicción ordinaria la obligación de asistir, cuando se esté desarrollando la actividad de los árbitros que les permitirá emitir el laudo, en la ejecución de medidas cautelares y en la evacuación de pruebas. Esta asistencia se justifica por cuanto, a quienes no están investidos del poder de imperio que otorga la jurisdicción (los árbitros), no les es posible ni ejecutar forzosamente una medida cautelar, que no es más que una anticipación de la ejecución forzosa de las obligaciones, ni evacuar de manera forzosa y en contra de la voluntad de las partes o de terceros una prueba.

En ambos casos, la asistencia se fundamenta en que, no teniendo el arbitraje carácter jurisdiccional, sino un basamento contractual, no les es posible a los árbitros, que carecen de jurisdicción, ejecutar medidas

<sup>415</sup> LAC. Artículo 38: “Si sobre la decisión de inhibición o recusación de uno de los árbitros hay empate, o si el árbitro es único, las diligencias serán enviadas al Juez competente de la Circunscripción Judicial del lugar donde funcione el tribunal arbitral para que decida. Contra esta providencia no procederá recurso alguno.”

<sup>416</sup> LAC. Artículo 28: “El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. El Tribunal atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que les sean aplicables.”

de ejecución forzosa preventiva ni obligar a terceros a la evacuación de pruebas en contra de su voluntad.

Siendo la ejecución forzosa de una medida cautelar en contra de una de las partes o de un tercero poseedor un acto de ejecución forzosa, aun cuando preventiva y no necesariamente definitiva, sólo puede ser llevada a término por quien esté investido de jurisdicción y no por quienes las partes hayan designado para delimitar el alcance de ciertas obligaciones. Cuando las partes o los terceros poseedores aceptan la medida no se requiere la jurisdicción para su ejecución, lo cual explica que ciertas medidas cautelares como una prohibición de enajenar y gravar dictada por el Tribunal Arbitral y en la cual ni el Tribunal Arbitral ni las partes hayan solicitado la asistencia del Tribunal Ordinario pueda ser ejecutada pacíficamente con el correspondiente asiento registral.

Evidentemente, cuando una medida cautelar deba ser ejecutada por la jurisdicción ordinaria, resultan aplicables todas las disposiciones previstas en el Código de Procedimiento Civil para oponerse a tal ejecución<sup>417</sup>, sin que por ello la determinación de los derechos y obligaciones confiada por las partes a los árbitros pase a estar sujeta a la jurisdicción ordinaria.

En iguales términos debe plantearse lo relativo a la evacuación de pruebas cuando no sea posible hacerlo sin el poder coercitivo del estado.

Debe, por último, hacerse referencia a que el derecho de solicitar la asistencia jurisdiccional recae tanto en los árbitros como en las propias partes. Es decir, que la facultad de llevar a la jurisdicción la ejecución de una medida preventiva o la evacuación de una prueba objeto de contradicción, no sólo corresponde a los árbitros sino también a las partes, quienes tienen pues libertad de llevar al ámbito jurisdiccional, no la determinación de los derechos y obligaciones disponibles en litigio pero sí la ejecución preventiva o cautelar de las eventuales obligaciones que han de ser determinadas o la evacuación forzosa de una prueba necesaria para el ejercicio de los derechos de cada parte.

Llama la atención que el artículo 28 de la LAC condicione el ejercicio del derecho de solicitar auxilio a la jurisdicción a la "...aprobación

<sup>417</sup> Código de Procedimiento Civil. Artículo 601 y siguientes.

del tribunal arbitral...”, como se tratará más adelante cuando se haga referencia, no a la obligación de los jueces de asistir al Tribunal Arbitral, sino al derecho de los árbitros y de las partes a solicitarla.

### **5. La ejecución del laudo o la denegación de la ejecución:**

También hace referencia la LAC a las facultades estrictamente jurisdiccionales del Juez de ejecutar de manera forzosa las obligaciones que, por acuerdo de las partes, han dejado de ser controvertidas como consecuencia de la emisión del laudo. Al igual que lo que sucede en la transacción, si la ley no concediese ejecutoria a las obligaciones disponibles ya delimitadas contractualmente por las partes, para que dichas obligaciones pudiesen ser ejecutadas de manera forzosa se requeriría una decisión judicial previa que reconociera tal delimitación o el reconocimiento mediante exequatur de lo decidido al amparo de una jurisdicción diferente. En la transacción judicial lo que permite la ejecución es la revisión previa por el juez de la capacidad de transar de las partes y la verificación de que no se ha lesionado el orden público, no mediante una sentencia que delimite el alcance de las obligaciones, sino mediante la homologación, que en ningún caso sustituye la libre disposición por las partes de sus derechos disponibles.

Para la ejecución de las obligaciones delimitadas en arbitraje no se requiere ni homologación previa del laudo ni exequatur, pero se asigna al juez a quien se solicite la ejecución forzosa, la facultad de denegarla cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 49 de la LAC.<sup>418</sup> En la enumeración de tales circunstancias, la LAC recoge las

<sup>418</sup> LAC. Artículo 49: “ El reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país que lo haya dictado sólo se podrá denegar:

- a) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje;
- b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos;
- c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje;
- d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo; e) Cuando la parte contra la cual

circunstancias previstas en la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá de las cuales Venezuela es firmante.

De esa manera, la obligación del juez, ajena al arbitraje en sí mismo, de ejecutar forzosamente unas obligaciones que no fueron delimitadas por sentencia sino por el medio alternativo previsto en la LAC está condicionada por una eventual presencia de las circunstancias previstas en el artículo 49 de la LAC. Por disposición expresa de la LAC, todo lo relacionado con la ejecución del laudo arbitral debe tramitarse de conformidad con las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias.<sup>419</sup>

## 6. Conocer de la nulidad del laudo:

La LAC no sólo atribuye a la jurisdicción la facultad de ejecutar o no el laudo, sino que le otorga la posibilidad de conocer su validez en un procedimiento “sui generis” que difiere de un juicio ordinario. Reviste especial importancia tener en cuenta que en el juicio de nulidad del laudo la controversia no se refiere a las obligaciones que las partes ya delimitaron al aceptar como límite de las mismas lo que quedase asentado en el laudo sino a si en los mecanismos que se utilizaron para la delimitación alterna de las obligaciones se cumplieron los requisitos para que el laudo pudiese ser considerado por la jurisdicción como límite de las obligaciones disponibles, pues de lo contrario, no podría, realmente, ser considerado medio alternativo de resolución de la controversia. Cuando el laudo está viciado de nulidad, las obligaciones y derechos

---

se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, por una autoridad competente de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral;

- f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea el reconocimiento o la ejecución del laudo compruebe que según la ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público;
- g) Que el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la Ley a la cual las partes lo han sometido.”

<sup>419</sup> LAC. Artículo 48: “El laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir exequatur, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias...”

disponibles plasmados en el mismo no podrían poner fin a la controversia, la cual se mantendría vigente como si el laudo no hubiese sido emitido, y el laudo no pasaría de ser la opinión manifestada por los terceros, más no aceptada por las partes pues su aceptación sólo se materializa si el laudo puede ser considerado válido, por ser realmente lo aceptado previamente por las partes.

La nulidad del laudo sólo puede proceder cuando se fundamenta en las causas enumeradas en el artículo 44 de la LAC<sup>420</sup> que coinciden con las circunstancias que pueden justificar que el juez se abstenga de ejecutar forzosamente las obligaciones delimitadas en el laudo. A los efectos del presente trabajo no entraremos en las particularidades del juicio de nulidad. Pero baste mencionar que las causales de nulidad tienden a asegurar aspectos ajenos al arbitraje mismo tales como si realmente las partes celebraron un acuerdo de arbitraje que los obligara a aceptar por adelantado el contenido del laudo, o si los árbitros realmente tuvieron la competencia que ellos mismos decidieron tener, o si el contenido del laudo lesionó el orden público o no se adaptó al objeto acordado por las partes, o si alguna de las partes no pudo hacer valer sus derechos.

En el fondo, la eventual nulidad del laudo permite a la jurisdicción controlar la ejecución forzosa de la misma manera que sucede con la homologación previa de la transacción judicial.

En el caso de la nulidad del laudo, el control sólo se ejerce si alguna de las partes lo solicita, y garantiza que sólo serán válidos y

<sup>420</sup> LAC. Artículo 44: “La nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar:

- a) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje;
- b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos;
- c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta Ley;
- d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo;
- e) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral;
- f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público.”

ejecutables los laudos que hayan cumplido las condiciones legales para ser considerados vinculantes y ejecutables.

#### **IV. FACULTADES NO CONTRACTUALES QUE OTORGA LA LAC A LOS ÁRBITROS:**

##### **1. Aspectos generales:**

Además de describir el acuerdo de arbitraje y los contratos que de él se derivan y de regular la conducta de los jueces ordinarios cuando las obligaciones que han de ser ejecutadas forzosamente son determinadas por las partes mediante arbitraje, la LAC otorga a quienes sean designados como árbitros ciertas facultades que las partes en controversia no podrían otorgar. El derecho de las partes a la libre contratación no podría justificar acuerdos contrarios al orden público. Tampoco podría justificar acuerdos sobre la ejecución forzosa de las obligaciones que abarca tanto la ejecución misma como los actos preventivos y condicionados a los resultados de la delimitación de las obligaciones objeto de ejecución. Tampoco podrían las partes regular contractualmente las normas aplicables a la competencia excluyente de la jurisdicción ordinaria, pues estarían tocando aspectos sobre los cuales no se extiende la autonomía de la voluntad.

Así, cuando la LAC otorga a los árbitros o a quienes aparezcan como árbitros la facultad de decidir si realmente están capacitados para dictar un laudo ejecutable de manera forzosa o de dictar una medida cautelar en anticipación a la ejecución forzosa, no está regulando el arbitraje propiamente dicho, en cuanto la determinación por cuenta de las partes de las obligaciones controvertidas, sino la ejecución forzosa de las obligaciones así determinadas.

De esa manera, cuando los árbitros deciden de manera provisional, y sujeto a lo que pueda decidirse en un juicio futuro de nulidad, que tienen competencia para establecer los límites de obligaciones ejecutables o cuando dictan una medida cautelar, no estarían actuando por delegación de las partes que pueden establecer libremente los límites de sus derechos disponibles, sino por cuenta de la jurisdicción, única facultada para llevar adelante la ejecución forzosa de las obligaciones.

En ambos casos, es la jurisdicción ordinaria quien tiene la última palabra pues el tema de la competencia del Tribunal Arbitral forma parte de la materia que puede ser conocida en el eventual juicio de nulidad del laudo arbitral, y en el caso de las medidas cautelares, al ser su ejecución forzosa materia exclusiva de la jurisdicción, corresponderá al juez competente decidir sobre su procedencia o ejecutabilidad.

## 2. Decidir acerca de su competencia:

La LAC dispone que el Tribunal Arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia<sup>421</sup> y que la excepción de incompetencia pueden plantearla las partes a los árbitros dentro de los 5 días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite.

Evidentemente, si los árbitros deciden que carecen de competencia, las partes quedan en libertad de contratar otros árbitros, o eventualmente, si el acuerdo de arbitraje fuese inexistente o inválido, de acudir a la jurisdicción ordinaria. Pero si la decisión de los árbitros fuese favorable a su competencia, el tema podría ser objeto de revisión por parte de la jurisdicción ordinaria en un futuro juicio de nulidad del laudo en virtud de lo dispuesto en el ordinal c del artículo 44 de la LAC.<sup>422</sup>

La razón de ser de las normas mencionadas debe buscarse en la propia justificación del arbitraje. El arbitraje tiene como fin último permitir a las partes la resolución de sus controversias sobre derechos

<sup>421</sup> LAC. Artículo 7: “El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.” Artículo 25: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, conocer una excepción presentada fuera del lapso si considera justificada la demora.”

<sup>422</sup> LAC. Artículo 44, ord. C: “La nulidad del laudo dictado por el Tribunal Arbitral se podrá declarar: ...c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta Ley;”



disponibles de una manera ágil y sin las formalidades y recursos necesarios cuando corresponde a la jurisdicción y no a las partes delimitar las obligaciones. Si fuese necesario antes del inicio de cada procedimiento arbitral la delimitación de la competencia por parte de la jurisdicción con todos los recursos propios del juicio ordinario, el arbitraje carecería de utilidad y las partes se verían así, en general, privadas del derecho que tienen de decidir ellas mismas sobre sus derechos disponibles. Es por ello que en el arbitraje moderno se suele optar por permitir que el asunto de la competencia sea resuelto preliminarmente por aquellos que aparecen como árbitros, a reserva de que el tema sea decidido de manera definitiva en el eventual juicio de nulidad futuro. En nuestro criterio, los propios fines del arbitraje, y la necesaria brevedad del procedimiento arbitral, justifican la solución legal conocida como principio “Kompetenz-Kompetenz”, recogida en la LAC y en la mayoría de las leyes que regulan el arbitraje comercial bajo la inspiración de la Ley Modelo Uncitral.

Los criterios antes expresados han inspirado las recomendaciones contenidas en la referida ley modelo. El artículo 16 de la misma<sup>423</sup>

<sup>423</sup> Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional. Versión de fecha 7-07-2006. Artículo 16: “**Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia**

- 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.
- 2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.
- 3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

difiere de la solución acogida por la LAC, pero reafirma la idea de que el asunto de la competencia y la decisión de los árbitros sobre la misma forma parte de la ejecutabilidad del contenido del laudo arbitral, y no del arbitraje mismo. Al respecto, conviene analizar el punto 3 del artículo 16 mencionado en el cual se asienta que cuando el asunto de la competencia es resuelto en una decisión previa al laudo y no conjuntamente con éste, las partes pueden, de inmediato, plantear el problema de la competencia ante la jurisdicción ordinaria, sin aguardar para plantearlo en el eventual juicio futuro de nulidad.

### **3. La facultad de dictar medidas cautelares y solicitar asistencia en su ejecución:**

En el articulado de la LAC no se alude, de manera expresa, a la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares. Las medidas cautelares forman parte de la ejecución forzosa de las obligaciones y no de la delimitación de las obligaciones, por lo que, lo atinente a ellas forma parte de la jurisdicción, y excede de la facultad de las partes de disponer contractualmente de sus derechos disponibles. Lo que el artículo 28 de la LAC<sup>424</sup> concede expresamente a los árbitros es la facultad de pedir ayuda al Tribunal de Primera Instancia competente para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. Ello da a entender que puede el Tribunal Arbitral dictar medidas cautelares que no podrían ser ejecutadas por los árbitros si para ello se requiriese el poder coercitivo del estado. Cuando este es requerido, se otorga a los árbitros, no el poder de ejecutar forzosamente una medida cautelar que haya sido dictada, sino la facultad de pedir a la jurisdicción que lo haga para hacerla efectiva.

Cuando el Tribunal Arbitral solicita la ejecución de la medida cautelar, el procedimiento para tal ejecución se rige por las normas correspondientes del Código de Procedimiento Civil que permiten a las partes el ejercicio de los derechos que consideren tener.

---

<sup>424</sup> LAC. Artículo 28: “El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. El Tribunal atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que les sean aplicables.”

En consecuencia, si el Tribunal Arbitral decide solicitar la ayuda del Tribunal Ordinario para ejecutar una medida cautelar que le haya sido solicitada, todo lo atinente a su ejecución debe tramitarse ante la jurisdicción ordinaria de conformidad con las normas que rigen el procedimiento de las medidas preventivas en el Código de Procedimiento Civil. Evidentemente, las actuaciones del Tribunal al que se haya solicitado asistencia no condicionan la emisión del laudo encomendado por las partes a los árbitros.

La facultad de solicitar la asistencia mencionada en el artículo 28 de la LAC, no sólo corresponde a los árbitros sino también a las propias partes en controversia. Por lo tanto, pueden ellas, por iniciativa propia o conjuntamente con el Tribunal Arbitral, ejercer tal facultad. Así, cuando exista discrepancia entre las partes sobre la ejecutabilidad de una medida cautelar, está abierta la posibilidad de que cualquiera de las partes pida asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para su ejecución y pueda así someter el asunto a las reglas que rigen la ejecución de las medidas preventivas por parte de dicho juez.

Cuando la asistencia es solicitada por las partes directamente al correspondiente tribunal, el artículo 28 citado requiere que lo haga con aprobación del Tribunal Arbitral, pero nada dice sobre los requisitos de tal aprobación, por lo cual cabría preguntarse si podría ser negada dicha aprobación. Tales interrogantes careen de una respuesta precisa. No obstante, parece razonable recomendar que no asuman los árbitros una conducta que pudiese resultar en graves daños a la parte que pretenda hacer valer sus derechos relacionados con una medida cautelar que haya sido solicitada al amparo de las normas sobre la ejecución de medidas preventivas contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

#### **4. La facultad de solicitar asistencia a la jurisdicción para evacuar alguna prueba:**

La facultad de solicitar asistencia a la jurisdicción ordinaria para evacuar alguna prueba también es otorgada a los árbitros y a las partes con autorización de éstos por el artículo 28 ya mencionado. Evidentemente, la justificación de tal facultad debe buscarse en la imposibilidad del Tribunal Arbitral de evacuar pruebas que requieran el ejercicio del

poder coactivo de la jurisdicción. Respecto a tal facultad caben comentarios similares a los relacionados con la ayuda en la ejecución de medidas cautelares, y la conveniencia de no privar a las partes de la posibilidad de hacer valer su derecho a demostrar los hechos que pudiesen favorecer sus posiciones en relación a las obligaciones controvertidas.

**JORNADAS EN CONMEMORACIÓN  
AL V ANIVERSARIO DE LA REVISTA  
VENEZOLANA DE LEGISLACIÓN  
Y JURISPRUDENCIA.**

**PRESENTACIÓN DEL LIBRO CURSO  
DE DERECHO CIVIL III OBLIGACIONES DE  
MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN  
JUEVES 23 DE NOVIEMBRE DE 2017.**

**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 muy satisfactorio celebrar en este recinto el V Aniversario de una revista jurídica, en camino hacia su número 10, la cual ha venido incrementando su calidad con cada nuevo número, aunque por las circunstancias económicas del país y el alza del costo de los insumos materiales de impresión, haya tenido que pasar de la presentación física a la presentación digital. Esta satisfacción se eleva al pensar que la mayoría de las revistas jurídicas desaparece antes de llegar a su quinto aniversario, pues la dificultad de obtener colaboraciones oportunas y financiamiento para la impresión conspiran frecuentemente contra su supervivencia.

Aumenta nuestra satisfacción al revisar su contenido y encontrar estudios, artículos y contribuciones informativas bibliográficas del mayor nivel científico y relativas a la mayoría de las área del conocimiento jurídico, pues están referidas tanto al derecho privado como al derecho público. Destaco además, que el número siete incluye un merecido homenaje al profesor José Peña Solís, eminente tratadista del derecho administrativo en Venezuela y profesor de la materia con larga y fecunda trayectoria. Lo cual es un ejemplo, por cuanto la Revista ha incluido otros homenajes a ilustres juristas venezolanos, cumpliendo con ello una misión similar a la de esta Academia de “honrar a los hombres prominentes de la República”.

Esta Revista, por su forma y contenido, recuerda la célebre Revista de Derecho y Legislación dirigida por el doctor Alejandro Pietri, que llenó las necesidades de actualización jurídica en el siglo XX, desde su primera década, y que mantuvo su edición por muchos años. En particular, se me disculpará recordar que mi tío abuelo Abel Santos escribió para ella en varias ocasiones, entre 1911 y 1913, sobre diversos temas

de teoría general del derecho, de derecho civil y derecho procesal civil, resaltando su curiosa polémica con el doctor Alejandro Urbaneja, acerca de la pretendida inconstitucionalidad de los divorcios referentes a matrimonios ocurridos antes del Código Civil de 1904. Pues bien, la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia ha refrescado en mí las vivencias surgidas de aquellas lecturas, desde luego que no por las materias, sino por la densidad del análisis. Mis felicitaciones entonces para sus colaboradores: su Director Edison Varela, su Coordinador Fernando Parra Aranguren, su asesora María Candelaria Domínguez Guillén y su Consejo Científico Asesor.

Hoy tenemos en programa además, la presentación de la edición física de la obra de la profesora María Candelaria Domínguez Guillén “Curso de Derecho Civil III. Obligaciones”, la cual constituye un valioso aporte a la bibliografía civilista nacional. He tenido ocasión de revisar este libro en su edición digital y me ha parecido excelente, no sólo por su denso contenido programático y su análisis científico de los temas, sino también por su cualidad didáctica, que hace muy accesible la obra a los estudiantes. No hay duda que los estudiantes serán los mayores beneficiarios de la edición digital del libro, por su acceso gratuito suministrado por la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia; pero también los profesionales nos beneficiaremos, ya que yo mismo he tenido la ocasión de utilizarlo para volver a los conceptos básicos de materia obligacional, que constituyen la columna vertebral del derecho civil y completan los cimientos de la teoría general del derecho civil, matriz de todas las ramas del derecho.

Una vez más debo acudir a mis vivencias y recordar mis tiempos como auxiliar de investigación en el Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela (1966-1967) que dirigía entonces el doctor José Melich-Orsini, uno de mis principales mentores jurídicos. Estudiaba yo con pasión la materia obligacional, por su impactante lógica, y me orientaba por el derecho privado en mi carrera, pero ciertas circunstancias hicieron que desviara mis preferencias al derecho público y en especial al derecho administrativo, lo cual provocó la decepción de mi mentor y amigo Melich-Orsini, que muchos años después pude borrar cuando compartimos labores en la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Caracas, que él presidió con tanto acierto y brillo en el



período 1991-1992. Estas vivencias, sin duda, contribuyen al deleite que me produce el acto que celebramos en este día, destinado a la presentación de un curso de obligaciones.

Felicito a la profesora Domínguez por haber concebido, realizado y publicado esta obra, digna de esta presentación en el día de hoy, en esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales, que tradicionalmente ha sido un templo del saber jurídico. Esperamos que el ritual del bautizo del libro, precedido por las interesantes palabras del prologuista, el reputado académico James Otis Rodner, sea auspicioso del éxito del libro y de su autora.

Finalmente, me refiero al grupo de conferencias que escucharemos esta mañana acerca de diversos temas jurídicos, organizado por la directiva de la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia y a cargo de muy calificados profesionales del derecho, como son los doctores José Rafael Belandria García, Oscar Riquezes Contreras y Enrique Urdaneta Fontiveros, sobre materias de derecho administrativo, derecho penal y derecho civil. Disertaciones que muy seguramente nos ilustrarán y servirán de marco intelectual a la celebración del aniversario de la Revista cumpleaños y del bautizo del libro de la profesora Domínguez.

Muchas gracias por su atención.

**DAÑOS PUNITIVOS.  
¿UNA QUIEBRA DEL SISTEMA  
DE RESPONSABILIDAD CIVIL?  
DR. ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS,  
INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN.**

SUMARIO

I. Daños punitivos: Noción y funciones. II. Antecedentes históricos. III. Supuestos de procedencia. IV. Quantum de la indemnización. V. Daños punitivos sin que exista un daño efectivo. VI. Figuras próximas y manifestaciones en el derecho venezolano de los daños punitivos. 1) Cláusula penal. 2) Enriquecimiento sin causa. . 3) Indemnización por daño moral. 4) Quantum respondeatur ex artículo 1.274 del Código Civil. 5) Indemnización por determinados accidentes de trabajo. 6). Indemnización de daños y perjuicios por infracción de los derechos de propiedad industrial. 7) Conclusión. VII. ¿Conviene trasplantar los daños punitivos al sistema de responsabilidad civil venezolano?

Me siento muy complacido de estar con ustedes en este acto conmemorativo del Quinto Aniversario de la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Durante sus cinco años de vida, esta Revista ha venido realizando significativos aportes a la bibliografía jurídica nacional. Esta iniciativa hay que estimularla y apoyarla y es digna del mayor reconocimiento. Felicito pues en esta oportunidad al profesor Edison Varela Cáceres, Director de la Revista, así como a su Coordinador, mi buen amigo el profesor Fernando Parra Aranguren.

También un reconocimiento muy especial, por su perseverancia y dedicación, a la Asesora Académica de la Revista, profesora María Candelaria Domínguez Guillén, cuya obra *Curso de Derecho Civil III Obligaciones* bautizamos hoy. Esta extraordinaria obra de la profesora Domínguez Guillén pone de manifiesto sus altas dotes de docente e investigadora universitaria. Se suma a sus otros manuales en distintas áreas del Derecho civil, que han sido de gran utilidad para los estudiantes y estudiosos del derecho, y a sus numerosos artículos de indiscutible calidad científica publicados en revistas jurídicas, en obras colectivas y en libros homenaje, dentro y fuera de Venezuela, que enriquecen significativamente la doctrina iusprivatista venezolana.

El tema de los daños punitivos ha dado lugar a grandes controversias. En esta exposición me referiré, en forma sumaria, a lo que son los daños punitivos, las funciones que cumplen, sus supuestos de procedencia, sus límites si es que existen y a otros problemas conexos que suscita este instituto. Luego me referiré a algunas figuras próximas y manifestaciones en el Derecho venezolano de los daños punitivos. Por último, haré unos breves comentarios sobre el posible trasplante de los daños punitivos al sistema de la responsabilidad civil imperante en Venezuela<sup>425</sup>.

---

<sup>425</sup> Para un examen completo del origen y evolución de los daños punitivos y su régimen jurídico en Inglaterra, Francia, Alemania, Hungría, Italia, países escandinavos, España, Sudáfrica y Estados Unidos, puede consultarse con provecho la obra dirigida por HELMUT KOZIOL

## I. DAÑOS PUNITIVOS: NOCIÓN Y FUNCIONES

En términos generales, los daños punitivos, también llamados daños ejemplarizantes, son aquellas indemnizaciones de carácter pecuario que se conceden a la víctima en un proceso civil (además de los daños estrictamente compensatorios) en atención a la especial reprochabilidad de la conducta del demandado.

Los daños punitivos cumplen dos funciones. En primer lugar, castigar al agente del daño por conductas especialmente reprobables; y, en segundo término, disuadirle a él y a los terceros de llevar a cabo conductas similares en el futuro.

Como los daños punitivos se le conceden a la víctima por encima de los daños compensatorios que le corresponden, su monto excede de la pérdida efectivamente experimentada por el demandado. Son, en fin, las sumas de dinero que los tribunales condenan a pagar, no con fines de una indemnización compensatoria, sino como una sanción con una finalidad ejemplarizante. A los daños punitivos se los denomina igualmente

---

y VANESSA WILCOX: *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Viena, Springer, 2009. Nuestros enfoques y criterios se han enriquecido igualmente con los trabajos de DAN MARKEL: “How should Punitive Damages work?” en *University of Pennsylvania Law Review*, mayo 2009, N° 157. p.p. 1383-1484 y de ANTHONY J. SEBOK: “Punitive Damages: from Myth to Theory” en *Iowa Law Review*, 2007, N° 92. p.p. 957-1036. En la doctrina hispanoamericana son muy valiosos, para el análisis de la fenomenología de los daños punitivos y el examen de los problemas específicos que suscita este instituto, la monografía del profesor RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ: *Daños Punitivos*. Civitas-Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012 y los ensayos del autor PABLO MÉNDEZ-MONASTERIO SILVELA: *Daños Punitivos: El “Patito Feo” de la Responsabilidad Civil*. Editorial Fe d’erratas. Madrid, 2016 y de la profesora ÁIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI: “¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el Derecho argentino?” en *Anales Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, segunda época, año XXXVIII, N° 31. Buenos Aires, 1993. En la doctrina nacional, además de las importantes reflexiones sobre este tema – y sobre tantos otros – que hace el recordado Maestro José Melich-Orsini en su conocida obra *La Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos*, la profesora Claudia Madrid Martínez, en su reciente trabajo “Función de la Responsabilidad Civil en el Derecho Venezolano: Más Allá de la Reparación” publicado en la obra coordinada por José G. Salaverría *Derecho de Daños Responsabilidad Contractual/Extracontractual* (Homenaje a Enrique Lagrange), que recoge las ponencias presentadas en las IV Jornadas Anfbal Dominici llevadas a cabo en Barcelona en 2012, se refiere a los daños punitivos y hace una serie de consideraciones interesantes sobre las funciones de la responsabilidad civil, que también nos sirvieron para reflexionar sobre estos temas y enriquecer esta exposición.

daños ejemplarizantes, daños retributivos o dinero picante. Se afirma que son una forma de pena privada, donde el beneficiario de las cantidades de dinero otorgadas por este concepto es la víctima del daño causado.

Así entendidos, los daños punitivos se configuran como una institución que cabalga entre lo civil y lo penal o administrativo-sancionador. Son una especie de multa privada que no es propiamente una pena ni una indemnización. Con este instituto se produce un solapamiento entre los dos órdenes de la responsabilidad, civil y penal. Se ha dicho, gráficamente, que los daños punitivos son un híbrido con cuerpo de indemnización y alma de sanción penal.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Históricamente, encontramos manifestaciones de los daños punitivos en textos milenarios como el Código de Hammurabi, las Leyes de Manu y la Biblia. En el Código de Hammurabi se lee una disposición de acuerdo con la cual quien robe un animal del templo, será condenado a restituir treinta veces su valor. En la Biblia en el Libro del Éxodo en el Capítulo 22, 1 se lee “si alguno robare un buey u oveja y los matare o vendiere, restituirá cinco bueyes por el buey; y cuatro ovejas por una oveja”. En el Derecho romano también encontramos manifestaciones de los daños punitivos en la Ley de las XII Tablas. En el Derecho romano clásico se establecieron sanciones económicas a favor de la víctima por el doble, triple o cuádruple del daño causado (*daños múltiples*). En la Edad Media, en la Ley de las Siete Partidas del Rey Alfonso X el Sabio se consagraron disposiciones que exigían a quien negare el daño que lo pagara doblado.

En los tiempos modernos, la doctrina de los daños punitivos o ejemplarizantes adquiere carta de naturaleza en Inglaterra con un célebre caso decidido por la Cámara de los Lores en 1763 (*Huckle v. Money*) donde por primera vez se reconocen explícitamente los mismos<sup>426</sup>. En la decisión se condena al Estado “a pagar, además del perjuicio efectivamente sufrido por la víctima, una suma adicional por concepto de

<sup>426</sup> *Huckle v. Money*, 95 Eng. Rep 768,769 (K.B: 1763).

daños ejemplarizantes, con el objeto de destacar la importancia de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de disuadir de la repetición de conductas antijurídicas similares”.

De Inglaterra este instituto se trasladó a Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, Sudáfrica y los Estados Unidos de América en donde se extendió rápidamente al punto que a mediados del siglo XIX los daños punitivos eran ya una pieza fundamental y consolidada del Derecho de daños norteamericano y lo siguen siendo hoy en día. Es pues una institución típica del *Common Law*, principalmente de los Estados Unidos de América. Sin embargo, esto no ha impedido que se hayan producido y se sigan produciendo grandes controversias doctrinales acerca de los mismos, tanto dentro de las fronteras de los Estados Unidos como fuera de ellas.

### III. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA

Para que proceda una condena por daños punitivos se admite que no es suficiente con que se realice una conducta cualquiera que cause un daño. Debe tratarse de una conducta dañosa especialmente reprochable por la sociedad.

En la Sección 908 del *Restatement (Second) of the Law*<sup>427</sup> *of Torts* (hechos ilícitos) se establece que los daños punitivos

**“proceden cuando la conducta del demandado es indignante por su maliciosa intención o por una temeraria indiferencia hacia los derechos de los otros”**

De donde resulta que los daños punitivos se justifican cuando la conducta del agente es particularmente intolerable, atendiendo a las circunstancias bajo las cuales ocurrió el hecho dañoso y, fundamentalmente, cuando se trate de conductas dolosas o de actuaciones imprudentes o negligentes gravemente temerarias, independientemente de los fines perseguidos (representación por el agente de la alta probabilidad

<sup>427</sup> Los restatements of the law son estudios sobre los principios que rigen determinadas áreas del Derecho norteamericano elaborados por el American Law Institute. Se extraen de las sentencias de los tribunales. Aunque no tienen carácter vinculante, su autoridad persuasiva es considerable.

de causar el daño que acarrea su conducta, falta de adopción de las precauciones elementales para evitar el daño, etc.).

También hay otros casos en los que están justificados los daños punitivos. En particular, cuando la producción del daño le brinda al agente un beneficio mayor que la indemnización que debe satisfacer a la víctima (*culpa lucrativa*), es decir, cuando el monto de la reparación que se debe a la víctima sea inferior al beneficio que derive de la producción del daño para el agente.

Para que haya lugar a una condena por daños punitivos se requiere pues algo más que la producción de un daño. Deben existir circunstancias agravantes que pongan de manifiesto la malicia e intencionalidad del agente o la deliberada falta de atención hacia los derechos o intereses legítimos de los demás. En fin, no cualquier hecho ilícito da lugar a una condena por daños punitivos sino que se requiere para ello, de acuerdo con las decisiones de una buena parte de los tribunales norteamericanos, que el agente haya actuado con temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, o que haya desarrollado una conducta altamente reprobable o groseramente negligente. Cuando la conducta del agente ha sido deliberada y reviste los caracteres de un auténtico ultraje, son numerosas las sentencias que incorporan a la acción de daños y perjuicios un componente sancionador o ejemplar. Se señalan como ejemplos típicos en los cuales se conceden daños punitivos por parte de los jurados norteamericanos, los casos de lesiones causadas violentamente, seducción, libelo, calumnia, procedimientos judiciales conocidamente indebidos, atentados contra el derecho a la intimidad, engaño o fraude, etc.

Por otra parte, el juez no está obligado a reconocer los daños punitivos. No existe un derecho de la víctima a obtenerlos. La víctima, por supuesto, debe solicitarlos antes de concluido el juicio, para que sean considerados por el jurado. La gravedad de la falta, el beneficio obtenido por el agente, su capacidad económica y el efecto disuasivo de la condena son, entre otros, los elementos que se toman en cuenta para acordarlos.

Además, en principio, los daños punitivos no entran en juego en caso de incumplimiento de una obligación contractual. Sin embargo, se admite su aplicación cuando el demandado con su conducta haya

infringido un deber legal independiente de los deberes que le impone el contrato y haya privado a su co-contratante de un beneficio distinto de aquél que derivaría para él de la ejecución del contrato. Es decir, cuando su conducta vaya acompañada de otro agravio constituyendo un *tort*. Se ha sostenido igualmente que cuando se contravienen las exigencias de la buena fe que debe presidir la ejecución de los contratos, especialmente cuando se trata de contratos de adhesión, o si se prueba el fraude, cabe también imponer daños punitivos como sanción al incumplimiento contractual.

En el caso *Txo Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* decidido el 25 de junio de 1993 la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América sostuvo que ante la existencia de un daño, pueden ser objeto de una condena por daños punitivos las siguientes conductas: 1) la conducta del demandado que sabe a ciencia cierta que el resultado dañoso iba a producirse y quiere que el mismo se produzca; y 2) la conducta del demandado que sabe que su actuación genera un grave riesgo de producir el daño y que, sin embargo, continúa realizando la actividad de que se trate<sup>428</sup>. Si trasladamos estas categorías al Derecho penal, se tiene que la conducta descrita en primer lugar podría constituir dolo directo; y la segunda, dolo eventual.

Como puede fácilmente apreciarse, estas tradicionales descripciones de las conductas que merecen ser objeto de una condena por daños punitivos adolecen de una gran vaguedad e imprecisión. Debido a la vaguedad de los criterios que permiten su imposición, los jurados que los acuerdan muchas veces carecen de los elementos de juicio requeridos para decidir imponerlos. Desde luego, esta imprecisión de los estándares para determinar si existe o no responsabilidad suficiente para que entren en juego los daños punitivos trae como consecuencia que en algunas ocasiones los mismos se otorguen cuando no deberían otorgarse y en otras que no se otorguen cuando deberían otorgarse.

Quizás por esta razón en Inglaterra, ya en el año 1964, una sentencia de la Cámara de los Lores dictada en el caso *Rookes v. Barnard* limitó severamente los supuestos de procedencia de los daños punitivos y dejó establecido que los mismos solo podían concederse en tres casos:

<sup>428</sup> TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 U.S. 443 (U.S.W.Va.,1993).



1) en los supuestos en que la ley expresamente lo autorice; 2) en caso de actos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales del gobierno o de sus agentes; y 3) en caso de que el demandado hay “calculado” su conducta para obtener un beneficio propio<sup>429</sup>. Esto pone de relieve la tendencia altamente restrictiva y los reparos que se vienen advirtiendo en Inglaterra desde hace varias décadas en relación con los daños punitivos, al punto que se los ha calificado de “remedio anómalo” que debe restringirse en la medida de lo posible.

En los Estados Unidos de América se observa una corriente encaminada a limitar la discrecionalidad del jurado para acordar una condena por daños punitivos. Algunos estudios realizados por prestigiosas universidades norteamericanas se muestran críticos con respecto a esta figura sobre todo por la inexistencia de parámetros claros que permitan orientar a los tribunales para determinar la procedencia de los daños punitivos y su cuantía.

#### IV. QUANTUM DE LA INDEMNIZACIÓN

En lo concerniente al *quantum* de la indemnización, conviene tener en cuenta que los daños punitivos, por su naturaleza, no tienen límite alguno. Por lo cual, pueden dar lugar – y, de hecho, han dado lugar – a condenas excesivas y arbitrarias. Quizás por esta razón los tribunales norteamericanos han tratado de establecer algunos lineamientos para que el monto de la indemnización por este concepto guarde una relación adecuada con los objetivos de prevención y castigo que persiguen los daños punitivos. Estos factores son, entre otros, los siguientes: 1) que el monto de la indemnización se establezca en función de la reprochabilidad de la conducta del demandado; 2) que exista una relación razonable entre el monto de los daños punitivos y los daños compensatorios; 3) la rentabilidad que pueda derivarse de la conducta del demandado, esto es, los frutos o provechos que le genere la actividad que le cause el daño a la víctima; 4) la reiteración de la conducta del demandado; y 5) la extensión de las sanciones penales establecidas por las leyes para conductas similares.

<sup>429</sup> Rookes v. Barnard (1964) AC 1129, (1964).

Por lo que respecta a la relación que debe existir entre el monto de los daños punitivos y los daños compensatorios, campea un gran desorden en la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos. Sin ánimo de exhaustividad, me referiré a algunas decisiones de los tribunales que han tratado de fijar (o de evitar fijar) cuáles son los límites de los daños punitivos y cómo deben calcularse.

En el caso *Missouri Pac. Ry. Co. v. Humes* decidido en 1885, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “el criterio del jurado... no está controlado por ninguna regla muy definida; sin embargo la sabiduría a la hora de otorgar tales daños adicionales se pone de manifiesto por la larga permanencia de la práctica”<sup>430</sup>.

Poco más de un siglo después, en un caso decidido en 1988 (*Kelco Disposal, Inc. v. Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc.*), la Corte Federal de Apelaciones del Segundo Circuito consideró que una condena por daños punitivos por una cantidad superior a US\$ 6,000,000.00 y por daños compensatorios por un monto de US\$ 51,000.00 era razonable, es decir, una relación de 117 a 1<sup>431</sup>. La Corte Suprema de Justicia cuando revisó esta decisión declaró que la Octava Enmienda de la Constitución que prohíbe las multas excesivas no era aplicable en materia civil en aquellos casos en los cuales los Estados Unidos no eran parte en el juicio. Pero adicionalmente el Máximo Tribunal declinó entrar a considerar si, en el caso concreto, la imposición de los daños punitivos por la Corte Federal de Apelaciones había sido excesiva o violatoria de las exigencias del debido proceso consagrado en la Décima Cuarta Enmienda de la Constitución, por no haber sido esto solicitado por el demandado<sup>432</sup>.

En el caso *Pacific Mutual Life Insurance v. Haslip* decidido en 1991, la Corte Suprema de Justicia declaró que una condena por daños punitivos cuatro veces superior a los daños compensatorios era razonable<sup>433</sup>. En el caso *TXO Production Corporation v. Alliance*

<sup>430</sup> *Missouri Pac. Ry. Co. v. Humes*, 6 S.Ct. 110, 110, 115 U.S. 512, 513 (U.S. 1885).

<sup>431</sup> *Kelco Disposal, Inc. v. Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc.*, 845 F.2d 404 (C.A.2 (Vt.), 1988).

<sup>432</sup> *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257 (U.S.Vt.,1989).

<sup>433</sup> *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1 (U.S.Ala.,1991).

*Resource Corp* decidido en 1993 la Corte Suprema de Justicia admitió una condena por daños punitivos por un monto de US\$ 10,000,000.00 y por daños compensatorios por un monto de US\$ 19,000.00<sup>434</sup>. Es decir, una relación entre daños punitivos y daños compensatorios de 526 a 1. En el caso *BMW of North America Inc. v. Gore* decidido en 1996, la Corte Suprema de Justicia decidió que una relación de 500 a 1 entre daños punitivos y compensatorios era excesiva y contraria a disposiciones constitucionales<sup>435</sup>. En el caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, decidido el 7 de abril de 2003, la Corte Suprema de Justicia declaró que una relación de 10 a 1 entre daños punitivos y daños compensatorios era constitucionalmente aceptable, aunque decidió igualmente que si se sobrepasaba esta relación, no se incurría necesariamente en un supuesto de inconstitucionalidad<sup>436</sup>. El Alto Tribunal declaró, asimismo, que “no existen límites rígidos que una indemnización punitiva no pueda sobrepasar”<sup>437</sup>. En el año 2007, en el caso *Philip Morris USA v. Williams*, la Corte Suprema de Justicia declaró que al momento de fijar el monto de los daños punitivos solo podían tomarse en consideración los daños experimentados por el actor, pero no los daños causados a terceros extraños al litigio<sup>438</sup>. Curiosamente, en este caso la Corte no desestimó los daños punitivos que por un monto de US\$ 79.500,000,00 habían sido concedidos por la muerte de un fumador siendo que los daños compensatorios sufridos alcanzaban a la cantidad de US\$ 821,000,00, o sea, una relación de 100 a 1 entre daños punitivos y compensatorios.

Por último, en el caso *Exxon Shipping Co v. Baker* decidido en el año 2008, la Corte Suprema de Justicia redujo drásticamente el monto de los daños punitivos que por un monto de 2.5 billones de US\$ había acordado un jurado en su veredicto a favor del demandante<sup>439</sup>. El Alto Tribunal fijó los daños punitivos en la cantidad de 507,5 millones de US\$ y declaró, en aras de la previsibilidad de los daños punitivos, que

<sup>434</sup> TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 U.S. 443 (U.S.W.Va., 1993).

<sup>435</sup> BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (U.S.Ala.,1996).

<sup>436</sup> State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (U.S.,2003).

<sup>437</sup> Ibidem.

<sup>438</sup> Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346 (U.S.Or.,2007).

<sup>439</sup> Exxon Shipping Co. v. Baker, 554 U.S. 471 (U.S.,2008).

cuando los daños compensatorios eran sustanciales, lo procedente era aplicar una relación menor entre el monto de los daños punitivos y el monto de los daños compensatorios. En cambio, si los daños compensatorios no eran significativos, la relación daños punitivos/compensatorios podía ser superior. Como en el caso concreto los daños compensatorios experimentados por la víctima fueron muy elevados (US\$ 507,5 millones), la Corte Suprema de Justicia consideró que una relación de 1 a 1 entre daños punitivos y daños compensatorios era apropiada<sup>440</sup>.

En fin, como puede fácilmente apreciarse de lo antes expuesto, aún no se ha esclarecido la cuestión de la cantidad o proporción a partir de la cual puede decirse que los daños punitivos son excesivos. La razonabilidad de la indemnización depende, en definitiva, de las circunstancias particulares del caso concreto sometido a la consideración y decisión del juez, lo que contribuye a aumentar el grado de inseguridad que reina en este campo.

## V. DAÑOS PUNITIVOS SIN QUE EXISTA UN DAÑO EFECTIVO

Por otra parte, llevando hasta sus últimas consecuencias la concepción de acuerdo con la cual los daños punitivos constituyen un mecanismo para prevenir y castigar determinadas conductas particularmente reprobables y lesivas del interés público, algunos tribunales de algunos estados de los Estados Unidos de América han admitido la posibilidad de otorgar daños punitivos aunque no se haya probado la existencia de un daño efectivo. Así, en el caso *Edwards v. Jewish Hospital of St. Luis* decidido en 1988<sup>441</sup> se otorgaron US\$ 10,000.00 por concepto de daños punitivos y US\$ 1.00 a título de daños nominales<sup>442</sup>. Luego, en el

<sup>440</sup> Ibidem.

<sup>441</sup> *Edwards v. Jewish Hosp. of St. Louis*, 855 F.2d 1345 (C.A.8 (Mo.), 1988).

<sup>442</sup> Una condena a pagar daños nominales (nominal damages) se produce cuando el tribunal determina que el demandado ha cometido un hecho ilícito sin que del mismo resulte una pérdida efectiva para el demandante, en cuyo caso el tribunal condena al primero a pagar una cantidad simbólica, normalmente equivalente a 1 o 2 US\$. A veces una condena por daños nominales representa un desagravio para el demandante que demuestra con el pronunciamiento judicial que le asistía la razón. Otras veces dicha condena va acompañada de una condena por daños punitivos que, aunque no representa una compensación para el demandante, sirve para castigar al demandado por su conducta.

caso *Abner v. Kansas City Southern R. Co.* se otorgaron al demandante US\$ 125,000.00 por concepto de daños punitivos y US\$ 1.00 por daños nominales<sup>443</sup>. Incluso algún autor ha afirmado que se debe eliminar el requisito de que exista un daño para hacer a alguien responsable!

Esta posibilidad, que constituye un anatema para los países afiliados al sistema del *Civil Law* en los cuales el sistema de la responsabilidad civil con todas sus consecuencias solo puede entrar en funcionamiento si existe un daño efectivo, se ha dado en algunos estados de los Estados Unidos de América. Afortunadamente no es lo usual que se imponga una condena por daños punitivos basada exclusivamente en la reprochabilidad de la conducta del agente, cuando la víctima no haya experimentado una pérdida efectiva. Hay que reconocer igualmente que estas decisiones han sido objeto de severas críticas al punto que algún autor ha acuñado la frase feliz “el derecho de la responsabilidad civil sin daño es como Hamlet sin el Príncipe de Dinamarca”.

## **VI. FIGURAS PRÓXIMAS Y MANIFESTACIONES EN EL DERECHO VENEZOLANO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS**

Bajo este acápite me referiré, en primer lugar, a algunas figuras jurídicas que, por su aparente similitud con los daños punitivos, pueden dar lugar – y, de hecho, han dado lugar – a algunos equívocos y confusiones respecto a su naturaleza. Concretamente me referiré, necesariamente en forma breve, a la cláusula penal, la indemnización por enriquecimiento sin causa, la indemnización por daño moral y a la cuantía de la indemnización en caso de inexecución dolosa del contrato. Luego me referiré, también brevemente, a algunas manifestaciones concretas de daños punitivos en nuestro ordenamiento, especialmente, a determinadas indemnizaciones en caso de ocurrencia de un accidente de trabajo y a la indemnización de los daños y perjuicios por infracción de los derechos de propiedad industrial.

---

<sup>443</sup> *Abner v. Kansas City Southern R. Co.*, 513 F.3d 154 (C.A.5 (La.), 2008).

### ***1) Cláusula penal***

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil

**“la cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal.”**

Aunque normalmente la cláusula penal surge de un *contrato*, se admite que puede tener su origen en todos los actos creadores de obligaciones, aunque no sean contratos. La obligación principal cuya cumplimiento se garantiza mediante una cláusula penal puede provenir de un contrato o de cualquier otro negocio jurídico y aún de un ilícito civil o penal.

Este instituto cumple una función compulsiva puesto que constriñe psicológicamente al deudor al pago de la obligación principal por el temor de ver agravada su responsabilidad en caso de incumplimiento. La cláusula penal es un recurso compulsivo diseñado para obligar al deudor a cumplir lo convenido, puesto que él sabe que si no cumple tendrá que pagar la pena que suele ser más gravosa que la obligación contraída. Además, por su carácter inmutable, el deudor no puede pretender liberarse entregando una cantidad inferior a la estipulada en la cláusula penal, aun cuando demuestre que su incumplimiento le causó daños menores al acreedor o no le causó perjuicio alguno. El acreedor puede pues reclamar la pena sin necesidad de demostrar daño alguno.

Entonces *¿nos encontramos o no ante la presencia de una manifestación de daños punitivos en nuestro ordenamiento?*

La respuesta tiene que ser negativa. En efecto, por lo que respecta a la *clausula penal sustitutiva*, la pena estipulada puede ser insuficiente para cubrir los daños y perjuicios causados. Estos pueden ser superiores al monto de la cláusula penal, en cuyo caso este instituto cumple más bien la función de una cláusula limitativa de la responsabilidad civil.

Desde luego, la duda puede plantearse en el caso de una *cláusula penal cumulativa* o cuando el monto de la cláusula penal sea superior al monto de los daños y perjuicios causados. Sin embargo, ni siquiera en este supuesto puede asimilarse la cláusula penal a la figura de los daños punitivos ya que nos encontramos en el ámbito de la libertad

contractual y del principio de la autonomía de la voluntad según el cual los contratantes pueden celebrar los contratos que se les ocurra e incluir en ellos las condiciones, términos y estipulaciones que deseen, incluso apartándose en sus convenciones de las reglas sobre los contratos y sobre las obligaciones en general previstas en el Código Civil, con las solas limitaciones que derivan del necesario cumplimiento de las normas en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres (Código Civil, artículo 6º). Las partes pueden pues perfectamente establecer una cantidad fija de dinero como indemnización en caso de incumplimiento de la obligación, apartándose de las reglas previstas en los artículos 1.273, 1.274 y 1.275 del Código Civil para la evaluación de los daños y perjuicios. La cláusula penal obedece a un convenio de las partes y no puede asimilarse a los daños punitivos que se le imponen al deudor en contra de su voluntad.

## 2) *Enriquecimiento sin causa*

La indemnización pagadera en caso de *enriquecimiento sin causa* tampoco puede asimilarse a la figura de los daños punitivos. A esta indemnización se refiere el artículo 1.184 del Código Civil según el cual:

**“Aquél que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido.”**

De acuerdo con esta disposición legal, la indemnización en materia de enriquecimiento sin causa está sujeta a un doble límite: no puede exceder del enriquecimiento del demandado ni del empobrecimiento del demandante. Como no puede exceder del monto de la pérdida del empobrecido, no puede asimilarse a los daños punitivos que se otorgan *además* de los daños compensatorios experimentados por el demandante.

Pero adicionalmente la indemnización que persigue la acción *de in rem verso* procede independientemente de la culpa del enriquecido. Para que haya lugar a la acción por enriquecimiento sin causa basta con que exista un traslado de bienes del patrimonio del empobrecido al patrimonio del enriquecido sin que este desplazamiento patrimonial tenga

una causa que lo explique o lo justifique, conforme al ordenamiento jurídico positivo. La acción *de in rem verso* procede independientemente de toda actuación u omisión culposa por parte del enriquecido. En cambio, los daños punitivos, como indicamos poco antes, se conceden en caso de maliciosa intención o de una conducta especialmente reprobable del agente del daño. En fin, la acción de enriquecimiento sin causa no es ninguna sanción civil que se imponga como consecuencia de una conducta culposa, lo que la distingue claramente de la figura de los daños punitivos.

### 3) *Indemnización por daño moral*

Se ha sostenido que *la indemnización por daño moral* reviste el carácter de una auténtica pena privada en el sentido de que la misma persigue imponer un castigo al agente para disuadirle de llevar a cabo conductas similares en el futuro.

Al respecto, *por lo que al Derecho venezolano concierne*, esta su- puesta función punitiva del daño moral no puede deducirse de ningún precepto legal. La indemnización del daño moral esta prevista en el artículo 1.196 del Código Civil según el cual:

**“La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.**

**El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada. El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima”.**

En el encabezamiento de esta disposición legal se consagra explícitamente el principio de la reparación integral del daño moral. Los jueces no pueden, por tanto, acordar a la víctima ni más ni menos de lo que le corresponda por la afectación de su esfera moral, lo que desvirtúa el pretendido carácter punitivo de esta indemnización. Una vez que se constata que hubo un daño moral, lo procedente es indemnizar



íntegramente a la víctima del mismo *ex* artículo 1.196 del Código Civil: “la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito”. Esta disposición no atribuye al juez en ningún caso la facultad de otorgar a la víctima una suma superior al perjuicio sufrido.

Por consiguiente, los jueces una vez determinada la existencia del daño moral, tienen que condenar al agente a pagar a la víctima una indemnización que, en su criterio, sea suficiente para compensar la totalidad del agravio sufrido, siempre que así lo haya solicitado la víctima.

Desde luego, la indemnización por daño moral no deja indemne a la víctima en el sentido de que no la coloca en la misma situación en la cual ella se encontraba antes de sufrir el daño, pero es evidente que dicha indemnización tiene carácter *compensatorio*. Aunque el dinero que se le otorga a la víctima del daño moral no borra el daño del terreno de la realidad y aunque el dinero no cumpla aquí la misma función de equivalencia que cumple cuando se trata de la reparación del daño material, el dinero sí puede compensar a la víctima del agravio en el sentido de que mediante su utilización adecuada puede ella procurarse sensaciones agradables que le permitan en cierto modo superar el evento dañoso o, por lo menos, sobrellevar sus consecuencias más dolorosas y desagradables.

Por otra parte, se ha sostenido, igualmente, que la indemnización por daño moral tiene carácter punitivo porque la misma es necesariamente discrecional. Nuestro más alto tribunal ha adoptado el criterio de que acordar daños morales es una facultad discrecional del juez<sup>444</sup>. De acuerdo con la jurisprudencia de nuestros tribunales, los jueces tienen un poder discrecional para acordar o no la reparación del daño moral y para fijar su cuantía<sup>445</sup>. Según el Tribunal Supremo de Justicia, no hay

---

<sup>444</sup> Véase: Sentencia del 29-9-88 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Ramírez & Garay. Tomo 105, p. 440; sentencia N° 278 del 10-8-00 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/R.C.%20278%20100800%2099-896.HTM>.

<sup>445</sup> Véase: Sentencia del 13-10-64 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Gaceta Forense, 1964. p. 354; sentencia del 28-10-69 la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Gaceta Forense, 1969. p. 340; sentencia del 12-8-70 de la Sala Civil la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Gaceta Forense, 1970. p. 499; sentencia del 18-11-70 de la

ni siquiera que probar el daño, solo el hecho físico de la lesión, si fue el caso<sup>446</sup>. Nuestros tribunales parten pues del criterio de que ellos tienen una libertad casi total para acordar la indemnización del daño moral *ex* artículo 1.196 del Código Civil. Es este carácter subjetivo y arbitrario que nuestros jueces le atribuyen erróneamente a la estimación del daño moral lo que trae consigo que se la considere como una “forma escondida” de daños punitivos<sup>447</sup>.

Al respecto conviene tener en cuenta que el artículo 1.196 del Código Civil es categórico: “la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito”, lo que excluye que se trate de una potestad puramente facultativa del juez. No es pues absolutamente discrecional el poder del juez para acordar o no la reparación del daño moral. Es un deber que la ley impone de acordar la reparación y ajustarla a la entidad real del perjuicio sufrido, una vez que la víctima demuestre su existencia. En fin, comprobada la existencia de la lesión y la afectación del patrimonio moral de la víctima, el juez tiene que acordar la reparación y ajustar su cuantía a la entidad del daño sufrido. Tal y como lo admite la doctrina patria más autorizada, contrariamente a lo sostenido por nuestros tribunales, no dispone el juez de una potestad para acordar o no a su mero arbitrio el resarcimiento del daño moral cuya existencia él ha reconocido en su sentencia<sup>448</sup>.

---

Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Gaceta Forense, 1970. p. 375; sentencia del 5-12-72 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Gaceta Forense, 1972. p. 505; sentencia del 30-1-75 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Gaceta Forense, 1975. p. 402; sentencia del 19-7-84 de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en Gaceta Forense, 1984. p. 446; sentencia del 11-2-85 de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en Gaceta Forense, 1985. p. 323.

<sup>446</sup> Véase: Sentencia del 10-10-73 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Gaceta Forense, 1973, p. 388; sentencia del 25-4-79 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Gaceta Forense, 1979, p. 738; sentencia del 3-5-84 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Gaceta Forense, 1984, p. 785.

<sup>447</sup> En la doctrina española, Díez-Picazo al referirse a este tema expresa que la arbitrariedad a que muchas veces da lugar la cuantificación del daño moral sirve para “establecer indebidamente daños larvadamente punitivos”. (DÍEZ-PICAZO, Luis: Derecho de Daños. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 1999. p. 324).

<sup>448</sup> MÉLICH-ORSINI, José: La Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios Nos 45-46. Caracas, 2001. p.p. 50-53.

Por otra parte, es lógico y natural que, en atención al carácter extra patrimonial del daño moral, los tribunales no coincidan en su valoración. Es muy poco probable que dos órganos judiciales distintos ante un mismo caso, coincidan en su estimación del daño moral y otorguen sumas idénticas a la víctima del agravio. Pero esto no quiere decir de modo alguno que estemos ante unos daños punitivos ya que esta falta de uniformidad también se da en el caso de la valoración de algunos daños materiales como, por ejemplo, el lucro cesante, la pérdida de la oportunidad o los daños corporales.

Lo procedente entonces es racionalizar, en la medida de lo posible, la valoración del daño moral para evitar situaciones de desigualdad. Esta parece ser la tendencia que se observa en una serie de decisiones recientes de nuestros tribunales. En efecto, el Tribunal Supremo de Justicia en diversos fallos dictados a partir del año 2001 y que han sido reseñados por la profesora María Candelaria Domínguez Guillén en su Curso de Obligaciones que hoy bautizamos, ha tratado de establecer – no siempre con acierto – ciertas pautas más precisas que deben orientar a los jueces para fijar el monto de la reparación por daño moral, tomando en consideración factores objetivos como la llamada escala de los sufrimientos morales que viene determinada por la entidad e importancia del daño físico y psíquico de la víctima del agravio, la repercusión social del hecho, las circunstancias en que ocurrió el daño, la edad de la víctima, etc.<sup>449</sup>.

---

<sup>449</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: Curso de Derecho Civil III Obligaciones. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia C.A. Caracas, 2017.p.p. 249-250; sentencia N°144 del 7-3-02 de la Sala de Casación Social de la Corte Suprema de Justicia disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/RC144-070302-01654.HTM>; sentencia N° 1059 del 1-7-09 de la Sala de Casación Social de la Corte Suprema de Justicia disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/julio/1059-1709-2009-08-1158.HTML>; sentencia N° 00234 del 4.5.09 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/RC.00234-4509-2009-08-511.HTML>; sentencia N° 00585 del 31-7-07 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/RC-00585-310707-07139.HTM>; sentencia N° 313 del 12.6.13 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RC.000313-12613-2013-13-032.HTML>; sentencia N° 00114 del 12.3.09 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/RC.00114-12309-2009-07-819.HTML>.

Por último, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestros tribunales, para apreciar la cuantía de la indemnización por daño moral, los jueces pueden tomar en cuenta *la gravedad de la culpa del agente*. El grado de culpabilidad del responsable es, según el Tribunal Supremo de Justicia, uno de los criterios que debe tomarse en consideración para fijar el monto de la reparación por concepto de daño moral<sup>450</sup>.

A los fines de evitar cualquier confusión al respecto, conviene recordar que en nuestro ordenamiento la reparación del daño no depende del grado de la culpa del agente. En materia civil, la indemnización es la misma, independientemente que el agente haya procedido con dolo o con culpa. Este principio solo admite dos excepciones en *materia contractual*: 1) no se repara el daño causado por culpa levísima (arg.: *ex art. 1.270 del Código Civil*); y 2) solo se reparan los daños previstos o previsibles al tiempo del contrato, salvo que el incumplimiento del deudor sea doloso en cuyo caso la reparación comprende aun los daños no previstos ni previsibles (*Código Civil, artículo 1.274*).

El grado de culpa del agente no influye para aumentar el monto de la reparación, lo que desdice del pretendido carácter punitivo de la indemnización por daño moral. Y esto es así, se insiste, aunque en algunas sentencias nuestros jueces hayan considerado, de manera absolutamente disparatada, que la gravedad de la culpa del agente es uno de los criterios que deben tomarse en cuenta para fijar el monto de la indemnización por daño moral.

Los daños y perjuicios en nuestro sistema tienen una naturaleza compensatoria. De ello resulta que la gravedad del comportamiento del agente del daño no debe tomarse en consideración por el juez civil. A nuestro modo de ver, la manera de preservar la vigencia de este principio y tener en cuenta la conducta del agente es establecer que la misma

<sup>450</sup> Véase: Sentencia N° 00585 del 31-7-07 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/RC-00585-310707-07139.HTM>; sentencia N° 313 del 12.6.13 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RC.000313-12613-2013-13-032.HTML>; sentencia N° 00114 del 12.3.09 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/RC.00114-12309-2009-07-819.HTML>; sentencia N° 1172 del 21-11-13 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/noviembre/158955-1172-211113-2013-11-1024.HTML>.

solo será relevante en tanto y en cuanto contribuya al daño de la víctima. Así, solo si la gravedad de la culpa del agente o su conducta intencional, en el caso concreto, origine una mayor afectación psíquica de la víctima que suponga una agravación del daño o de sus consecuencias, podrá tomarse en cuenta dicha conducta para la fijación de la indemnización. Esto es así porque en tal caso, por hipótesis, la conducta del agente habrá contribuido a incrementar el daño sufrido por la víctima. Por ejemplo, el daño que sufre la víctima de una lesión a su reputación por una publicación injuriosa en la prensa, puede ser mayor cuando el agente se comporta ofensiva y arbitrariamente que cuando simplemente media un error debido a un descuido que ha sido rápidamente corregido por el agente.

#### ***4) Quantum respondeatur ex artículo 1.274 del Código Civil***

Se ha pretendido por algunos que la cuantía de los daños y perjuicios indemnizables que contempla el artículo 1.274 del Código Civil tiene una finalidad punitiva.

El artículo 1.274 del Código Civil dice textualmente lo siguiente:

**“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.”**

Entonces, podría pensarse que esta disposición persigue un objetivo punitivo ya que el deudor doloso por la realización de un acto idéntico responde en mayor medida que el deudor simplemente imprudente o negligente.

Al respecto cabe observar, en primer lugar, que es perfectamente lógico y razonable que deba responder en mayor medida de sus actos quien actuó con intención de dañar que quien solo se comportó de manera imprudente o negligente.

Pero hay algo más. El artículo 1.274 parte del supuesto de que el incumplimiento le ha causado una serie de daños al acreedor y lo que

limita es *la extensión del daño contractual resarcible (quantum respondeatur)* en función de su previsibilidad. A tal efecto distingue entre el deudor simplemente culposo y el deudor doloso.

La responsabilidad del deudor que incumple culposamente su obligación se limita a los daños y perjuicios previstos o previsibles al tiempo del contrato. En cambio, cuando la conducta del deudor es dolosa, este responde de todos los daños y perjuicios causados, independientemente de que los mismos hayan podido preverse o no al tiempo del contrato. De donde resulta que no hay, en realidad, una finalidad punitiva en el artículo 1.274 ya que aunque la graduación de la cuantía del resarcimiento se lleva a cabo en función de la gravedad de la culpa del deudor, de ninguna manera el demandado, por muy dolosa que fuera su conducta, responderá por una cuantía superior al daño causado. La reparación se establece siempre en consideración a la cuantía del daño, que constituye su tope; aún en los supuestos de agravación del monto indemnizatorio en función del dolo. De ahí que no hay propiamente una pena o sanción puesto que nunca se responde más allá del daño efectivamente causado al demandante. La indemnización en ningún caso es superior al daño sufrido por la víctima.

Aun cuando puede sostenerse que en cierto modo el artículo 1.274 castiga al deudor doloso, ya que este responde en mayor medida que el deudor simplemente imprudente o negligente, lo que resulta absolutamente claro es que esta disposición legal no constituye una manifestación de los daños punitivos en nuestro ordenamiento. En efecto, como indicamos poco antes, los daños punitivos son indemnizaciones de carácter pecuniario que se conceden a la víctima *además* de los daños estrictamente compensatorios. Esta situación no es la que se plantea cuando entra en juego el artículo 1.274 ya que, como también se dijo atrás, el deudor nunca responderá más allá del daño efectivamente causado, independientemente de que su conducta haya sido dolosa o simplemente culposa.

Por último, conviene recordar que el artículo 1.274 solo se aplica en caso de incumplimiento de obligaciones contractuales. El tenor literal de la norma es absolutamente claro al respecto y así lo admite la doctrina nacional y lo reconoce la jurisprudencia de nuestros tribunales. En materia de incumplimiento de obligaciones extracontractuales, el

deudor que incumple por cualquier clase de culpa, trátese de dolo o de imprudencia, o negligencia, o de culpa levísima, responde siempre por los daños no previstos o no previsibles (arg.: *ex arts.* 1.185 y 1.196 del Código Civil). Como los daños punitivos en los ordenamientos que los consagran solo se aplican, al menos en principio, en la órbita de la responsabilidad extracontractual y no hay lugar para este tipo de condena en el campo de la responsabilidad contractual, el artículo 1.274 carece de mayor relevancia cuando de lo que se trata es de identificar manifestaciones concretas de daños punitivos en nuestro Código Civil.

### ***5) Indemnización por determinados accidentes de trabajo***

Una manifestación concreta de los daños punitivos en nuestro ordenamiento se encuentra en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT)<sup>451</sup>, según el cual:

**“En caso de ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional como consecuencia de la violación de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador o de la empleadora, éste estará obligado al pago de una indemnización al trabajador, trabajadora o derechohabientes, de acuerdo a la gravedad de la falta y de la lesión, equivalentes a:**

- 1. El salario correspondiente a no menos de cinco (5) años ni más de ocho (8) años, contados por días continuos, en caso de muerte del trabajador o de la trabajadora.**
- 2. El salario correspondiente a no menos de cuatro (4) años ni más de siete (7) años, contados por días continuos, en caso de discapacidad absoluta permanente para cualquier tipo de actividad laboral.**
- 3. El salario correspondiente a no menos de tres (3) años ni más de seis (6) años, contados por días continuos, en caso de discapacidad total permanente para el trabajo habitual.**

<sup>451</sup> Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo fue publicada en la Gaceta Oficial N° 38.236 del 26 de julio de 2005.

- 4. El salario correspondiente a no menos de dos (2) años ni más de cinco (5) años, contados por días continuos, en caso de discapacidad parcial permanente mayor del veinticinco por ciento (25%) de su capacidad física o intelectual para la profesión u oficio habitual.**
- 5. El salario correspondiente a no menos de un (1) año ni más de cuatro (4) años, contados por días continuos, en caso de discapacidad parcial permanente de hasta el veinticinco por ciento (25%) de su capacidad física o intelectual para la profesión u oficio habitual.**
- 6. El doble del salario correspondiente a los días de reposo en caso de discapacidad temporal.**

**En caso de gran discapacidad asociada a la discapacidad absoluta permanente la indemnización será equiparable a la muerte del trabajador o trabajadora.**

**Cuando la gran discapacidad esté asociada a la discapacidad temporal, la indemnización será una indemnización equivalente al triple del salario correspondiente a los días que hubiere durado la incapacidad.**

**Cuando la secuela o deformaciones permanentes, provenientes de enfermedades profesionales o accidentes del trabajo, hayan vulnerado la facultad humana del trabajador, más allá de la simple pérdida de su capacidad de ganancias, en las condiciones y circunstancias contempladas en el artículo 71 de esta Ley, el empleador queda obligado a pagar al trabajador, por concepto de indemnización, una cantidad de dinero equivalente al salario de cinco (5) años contando los días continuos.”**

**A los efectos de estas indemnizaciones, el salario base para el cálculo de las mismas será el salario integral devengado en el mes de labores inmediatamente anterior.”**

Esta disposición consagra la particular figura del recargo de las cantidades pagaderas al trabajador en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional. En razón de este recargo, la prestación a que tiene derecho el trabajador debe aumentarse en caso de incumplimiento por parte del patrono de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo.



El componente punitivo de esta norma es claro. En efecto, cuando el trabajador sufre un accidente de trabajo, queda comprometida la responsabilidad objetiva del patrono conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley Orgánica del Trabajo. Pero cuando el accidente de trabajo se produce por haber incumplido el patrono las medidas de prevención de riesgos laborales, este último tiene que pagarle al trabajador o a sus causahabientes, además del daño emergente y del lucro cesante, una indemnización adicional en atención a la gravedad de la falta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 130 de la LOPCYMAT. Esta indemnización a cargo del patrono se debe sumar a las prestaciones a cargo de la Seguridad Social a que también tiene derecho el trabajador, sin que proceda restarla de las prestaciones de ésta para que el patrono asuma la diferencia.

Esta indemnización constituye un verdadero recargo sancionador de carácter punitivo por cuanto que, en primer lugar, se paga además del daño emergente y del lucro cesante que sufre el trabajador, es decir, se impone al patrono una indemnización que excede del daño sufrido por el trabajador; en segundo lugar, sólo se establece a cargo de la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo; y, en tercer lugar, la finalidad de este recargo es evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa sobre riesgos del trabajo. Esta indemnización se asimila pues en muchos aspectos a los daños punitivos.

Sin embargo, cabe anotar los siguientes rasgos diferenciales: En primer lugar, la ley establece el monto máximo que debe tener en cada caso esta indemnización, en atención a un determinado número de salarios mínimos. Los daños punitivos, en cambio, al menos en el sentido en que se concibe este instituto en los sistemas del *Common Law*, en rigor, como indicamos con anterioridad, no están sujetos a ningún tope o límite máximo. Pero adicionalmente, la graduación de la indemnización y su monto máximo si bien dependen de la gravedad de la falta, se establecen fundamentalmente en atención a la *gravedad de la lesión* experimentada por el trabajador. Así, el monto de la indemnización es mayor en caso de muerte y menor en caso de discapacidad parcial o temporal. Por último, este recargo indemnizatorio es una figura jurídica

propia circunscrita a la relación jurídica que vincula al patrono con el trabajador en razón del hecho social del trabajo cuya regulación se establece en atención a unas necesidades muy concretas y a unos objetivos muy bien definidos. Estas características permiten diferenciar este recargo sancionador, al menos en ciertos aspectos, de los daños punitivos en sentido estricto.

Sea lo que fuere, lo que no es procedente es situar en un mismo plano una figura general como son los daños punitivos y una figura concreta y específica como es este recargo indemnizatorio, y extraer de esta asimilación conclusiones que se proyecten hacia todo el sistema de la responsabilidad civil. El carácter punitivo de este recargo indemnizatorio, de difícil encaje en nuestro ordenamiento, no puede extrapolarse al sistema de responsabilidad civil.

### ***6) Indemnización de daños y perjuicios por infracción de los derechos de propiedad industrial***

Por último, en *materia de propiedad industrial*, en la Decisión N° 486 del Acuerdo de Cartagena sobre Régimen Común de la Propiedad Industrial<sup>452</sup> se establece como uno de los criterios para fijar la indemnización por daños y perjuicios que corresponden al titular de un derecho de propiedad industrial violado o lesionado, los beneficios que el infractor hubiere obtenido como resultado de los actos de infracción. En efecto, según el artículo 241 de la referida Decisión N° 486.

<sup>452</sup> Cabe hacer notar que curiosamente el 12 de septiembre de 2008, el Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, por órgano del SAPI, publicó en el Diario “Últimas Noticias”, un Aviso Oficial mediante el cual se le “recuerda” a los usuarios, interesados y al público en general que, como consecuencia de la denuncia por parte de Venezuela del Acuerdo de Integración Subregional Andino “Acuerdo de Cartagena”, que se efectuó el 22 de abril de 2006, “se restituirá la aplicación en su totalidad de la Ley de Propiedad Industrial vigente en nuestro país”, es decir, la Ley de Propiedad Industrial de 1956. Asimismo, se indicó en el referido aviso que esta ley se aplicaría de forma “íntegra”. El Aviso Oficial fue publicado posteriormente, con idéntico contenido, en el Boletín de la Propiedad Industrial N° 496 del 17 de septiembre de 2008. Este Aviso Oficial significó, por tanto, una modificación profunda del régimen legal de la Propiedad Industrial, puesto que en él se estableció que no era procedente la aplicación de la Decisión N° 486 del Régimen Común Sobre la Propiedad Industrial y se restituyó la aplicación de la Ley de Propiedad Industrial de 1956.

**“El demandante o denunciante podrá solicitar a la autoridad nacional competente que se ordenen, entre otras, una o más de las siguientes medidas:**

....

....

**b) la indemnización de daños y perjuicios;**

...

...”

Según el artículo 243 *ejusdem*

**“Para efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los criterios siguientes:**

- a) el daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción;**
- b) el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; o,**
- c) el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido.”**

De donde resulta que uno de los criterios para fijar la indemnización por daños y perjuicios que corresponden al titular de una patente de invención o de una marca de fábrica es el beneficio que el infractor hubiere obtenido con la explotación del invento patentado o por la utilización indebida de la marca.

Cabe observar que el texto de estas disposiciones es bastante confuso, como puede apreciarse de su simple lectura. Por otra parte, plantea los siguientes problemas aún no resueltos: ¿Puede el titular de un derecho de propiedad industrial violado o lesionado reclamar como lucro cesante el monto de las ganancias obtenidas por el infractor? ¿Presume el artículo 243 de la Decisión N° 486 que las ganancias obtenidas por el infractor se equiparan al lucro cesante? ¿Puede el titular de una patente lesionada o de una marca objeto de utilización indebida reclamar además del lucro cesante, las ganancias obtenidas por el infractor?

De seguirse este último criterio, para fijar el *quantum* de la indemnización que le corresponde al titular de un invento patentado que ha sido indebidamente explotado o al titular de una marca que ha sido objeto de uso indebido, este podrá obtener *además* del lucro cesante (calculado por los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada o de la utilización de la marca, si no hubiera existido la competencia del infractor), las ganancias obtenidas por el infractor (calculadas por los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado o de la utilización indebida de la marca).

Entonces ¿tiene esta indemnización carácter punitivo?

En nuestro criterio no lo tiene. Se trata más bien de una acción de enriquecimiento sin causa *sui generis* o, si se quiere, una reparación de daños y perjuicios con componentes de la indemnización por enriquecimiento sin causa, sobre todo si se tiene en cuenta que el beneficio que el titular del invento patentado o de la marca infringida hubiese obtenido sin la violación es un lucro cesante, pero el lucro obtenido por el infractor es un enriquecimiento<sup>453</sup>.

## 7) *Conclusión*

En resumen, podemos concluir que la mayoría de las figuras jurídicas examinadas, aunque puedan parecer manifestaciones de los daños punitivos en nuestro ordenamiento jurídico, no son tales ni nada parecido. Por otro lado, aunque otras figuras examinadas como, por ejemplo, determinadas indemnizaciones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional presentan algunos elementos similares a los daños punitivos, tienen un campo de aplicación muy restringido y cuentan con parámetros establecidos por la ley para su fijación. De ahí que, en rigor, no puede afirmarse que en nuestro ordenamiento existen los daños punitivos en sentido estricto.

<sup>453</sup> En el Derecho inglés se distingue entre punitivo o exemplary damages (daños punitivos o ejemplarizantes) cuyo monto, según las circunstancias, puede ser superior o inferior al beneficio obtenido por el infractor y disgorgement damages (daños restitutorios de las ganancias percibidas) cuyo monto equivale a las ganancias obtenidas por el infractor.

## VII. ¿CONVIENE TRASPLANTAR LOS DAÑOS PUNITIVOS AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL VENEZOLANO?

En lo concerniente a la conveniencia de introducir los llamados daños punitivos en el Derecho venezolano, caben las siguientes consideraciones de orden general:

1) Desde luego sin ánimo de agotar el tema que desborda los límites de esta ponencia, conviene recordar que las normas sobre la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento tienen una finalidad indemnizatoria, reparadora, compensatoria o resarcitoria. Lo que se persigue a través del instituto de la responsabilidad civil es reparar el daño causado a la víctima. Es esta y no otra su función primordial. La responsabilidad civil tiene pues como finalidad la reparación del daño causado y no el castigo para el agente del daño. Tampoco está dirigida a inhibir conductas lesivas o peligrosas. Su función básica es compensar daños y no tratar de evitarlos o prevenirlos, lo que corresponde al Derecho penal o al Derecho administrativo-sancionador, pero no al Derecho civil.

Esto, por supuesto, presupone que exista un daño. Si el incumplimiento de una obligación no produce daño alguno, nada habrá que indemnizar y no entrará en funcionamiento el instituto de la responsabilidad civil con todas sus consecuencias. Tal y como afirma el profesor José Mélich-Orsini.

**“En todo caso la responsabilidad civil de lo que se trata es de obtener una reparación, lo cual supone necesariamente que exista un daño que reparar. El daño es el elemento que da interés al acreedor para ejercer la acción por acción responsabilidad civil, pues en materia civil, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad penal, la antijuricidad de la acción (incumplimiento en sentido objetivo), ni aun cuando vaya unida a culpa (incumplimiento en sentido subjetivo), sería suficiente para dar lugar a la reacción del ordenamiento jurídico. Esta reacción se manifiesta en la *represión* del daño mediante la atribución a la víctima de una acción para obtener el restablecimiento de la situación lesionada o una compensación pecuniaria”<sup>454</sup>.**

<sup>454</sup> MÉLICH-ORSINI, José: op. cit., p.p. 29-30.

De donde resulta que no hay responsabilidad civil si no hay daño causado, es decir, no se puede imponer el resarcimiento donde no hay daño que reparar. El daño es entonces un elemento del hecho ilícito sin el cual no existe la responsabilidad civil<sup>455</sup>.

En nuestro ordenamiento cualquier especulación sobre la materia es vana mientras los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil sigan diciendo lo que dicen, a saber: el que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo (art. 1.185) y la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito (art. 1.196). De la lectura de estas disposiciones solo puede concluirse que la finalidad de la responsabilidad civil extracontractual es reparar el daño causado como consecuencia de la violación de un deber preexistente implícito en el artículo 1.185, que consiste en no causar daño a otro mediante una conducta dolosa, imprudente o negligente (*alterum non laedere*). Además es forzoso concluir que la reparación debe cubrir todo el daño causado, pero nada más que el daño causado (art. 1.196). Las normas sobre responsabilidad civil no pueden llegar más allá de la extensión del daño efectivamente causado y no pueden entrar en funcionamiento si el daño no ha existido, por muy reprochable que haya sido la conducta del agente.

La responsabilidad civil tampoco tiene entre sus funciones normativas prevenir conductas peligrosas. Otra cosa es que produzca este efecto de rebote, es decir, de modo reflejo. Hay que suponer que quien tiene que pagar una indemnización por el daño que ha causado a otro, tratará de no incurrir en conductas similares en el futuro. Al menos, esto es de esperarse. Pero una cosa es hablar de las funciones de la responsabilidad civil y otra cosa muy distinta es referirse a sus consecuencias. El principio compensatorio es pues fundamental en el sistema de la responsabilidad civil en Venezuela y cualquier otro objetivo debe considerarse como un simple efecto lateral de la reparación.

La responsabilidad penal, en cambio, persigue la imposición de una pena o castigo contra el autor de un delito. Tiene, además, una

---

<sup>455</sup> Desde luego, puede haber un daño causado sin que exista un deber de responder. Hay hipótesis de daño a terceros que no engendran responsabilidad civil cuando el daño está legalmente justificado (daño lícito). Pero ese es otro problema.

función preventiva: asegurar que el ciudadano observe una conducta adecuada y que no cometa delitos. Si esta fuera la finalidad de la responsabilidad civil, invadiría el campo de aplicación del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador.

Hay quienes sostienen que como el sistema penal y el sistema administrativo sancionador no son suficientemente disuasorios ni eficientes, hay que ir a buscar soluciones en el sistema de la responsabilidad civil. En nuestro concepto, esta es una solución equivocada. Lo procedente es articular los mecanismos que sean necesarios para mejorar el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Pero, se insiste, no es la misión del Derecho de la responsabilidad civil llenar esta insuficiencia ni estructurar los mecanismos de prevención de conductas peligrosas o dañosas. Para eso está el Derecho público sancionador. Si este no funciona, que se reforme.

En conclusión, la función normativa de la responsabilidad civil extracontractual en nuestro Derecho no es preventivo-punitiva, sino compensatoria o resarcitoria. Por consiguiente, darle entrada a las indemnizaciones sancionatorias en sentido estricto o a los daños punitivos en nuestro sistema de responsabilidad civil quebraría la finalidad de la responsabilidad civil extracontractual y desnaturalizaría este instituto.

2) La importación de los daños punitivos al sistema venezolano plantea igualmente serias consideraciones de orden constitucional.

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución, nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que no constituyan delito, falta o infracción administrativa, de acuerdo con una ley preexistente. *Nullum crimen nulla poena sine lege*. Los daños punitivos constituyen una forma de introducir el castigo en el campo de la responsabilidad civil sin las garantías de que goza todo acusado en un proceso penal. La indemnización no es una pena, sino la reparación de un daño causado; de ahí que los daños punitivos sean contrarios al principio contenido en el artículo 49 de la Constitución.

Los *punitive damages* en cuanto son sancionatorios y no compensatorios comparten la naturaleza de las multas penales, pero no se imponen en un proceso que ofrezca las garantías exigidas para la imposición de sanciones. La introducción de los daños punitivos, por tanto, conllevaría la imposición de una pena sin los requisitos y garantías

propias que requiere un proceso penal o los que también requieren las sanciones administrativas. En efecto, como se ha afirmado, la imposición de sanciones penales por parte de tribunales civiles implica eludir los requisitos que la protección constitucional y los derechos humanos imponen al procedimiento penal. De ahí que la imposición de daños punitivos es igualmente contraria a la garantía de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 de la Constitución. En resumidas cuentas, el carácter de “multa privada” de los daños punitivos los convierte en inconstitucionales, salvo que se les aplique el régimen sustantivo y procesal de las sanciones penales.

Además, los daños punitivos son impredecibles y arbitrarios. No existen límites en cuanto a su cuantía ni criterios claros o estándares precisos que permitan su imposición, todo lo cual choca igualmente con el principio de legalidad y las exigencias del debido proceso.

3) Un principio cardinal de la responsabilidad civil en nuestro sistema, ya lo hemos dicho, es que la indemnización de los daños y perjuicios no debe significar un enriquecimiento para la víctima. Por consiguiente, el acreedor perjudicado debe ser indemnizado de la totalidad del daño que experimente como consecuencia directa e inmediata de la falta de cumplimiento de la obligación (Código Civil, artículo 1.275), pero no debe recibir más que aquello que tendría si el incumplimiento no hubiese tenido lugar. La indemnización del daño, como su nombre lo indica, sólo ha de conducir a la compensación del daño efectivamente sufrido, pero no a un enriquecimiento del perjudicado.

Dado que el resarcimiento persigue restablecer el equilibrio patrimonial, el perjudicado no debe ser colocado en una situación mejor que la que tenía con anterioridad en virtud de la indemnización. Como afirma De Cupis:

**El resarcimiento es una reparación que corresponde a la medida del daño. No puede servir para *enriquecer* al perjudicado, superando tal medida. Semejante enriquecimiento sería extraño a su función reparadora y equilibradora e introduciría, a cargo del responsable, una pena privada.<sup>456</sup>**

<sup>456</sup> DE CUPIS, Adriano: El Daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1975. p.753.



En el mismo sentido, en la doctrina nacional, el autor Bernad Mainar afirma:

**[N]unca el derecho a la indemnización puede implicar un enriquecimiento, por exceder el monto del resarcimiento del daño efectivo.<sup>457</sup>**

Al referirse a la extensión del resarcimiento debido, el profesor Gert Kummerow afirma:

**[U]no de los principios cardinales... del resarcimiento [es que]... “debe resarcirse todo el daño y nada más que el daño”... La indemnización debe abarcar el daño (en su integridad), de donde se infiere que la reparación que traspase tal límite ofrece el aspecto de un lucro indebido extraño a la función de reequilibrio patrimonial que cumple la reparación<sup>458</sup>.**

Por último, conviene tener en cuenta que como el resarcimiento se establece en función del perjuicio experimentado por un determinado acreedor perjudicado, ninguna relevancia tiene a los efectos de la cuantía del resarcimiento que el responsable se haya beneficiado o haya obtenido una ventaja económica en razón del daño experimentado por la víctima. Como afirma De Cupis:

**Que el responsable haya obtenido con la producción del daño una ventaja económica, un enriquecimiento, superior al daño, no puede influir en el resarcimiento, dirigido simplemente a reintegrar el interés del perjudicado.<sup>459</sup>**

En conclusión, conforme al Derecho venezolano, no puede colocarse al acreedor en una posición mejor que la que tenía antes del

<sup>457</sup> BERNAD MAINAR, Rafael: Derecho Civil Patrimonial: Obligaciones, Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2012. p. 230.

<sup>458</sup> KUMMEROW, Gert: “Esquema del Daño Contractual Resarcible Según el Sistema Normativo Venezolano” en Indemnización de Daños y Perjuicios. Fabreton Editores. Caracas, 1998 p.p. 307-308 y 333. Asimismo, este autor, citando a Messineo, expresa que “el objeto del resarcimiento consiste en colocar al acreedor en la misma situación patrimonial (hipotética) en que se hallaría de no haber interferido el evento dañoso.” Id., p. 339.

<sup>459</sup> DE CUPIS, Adriano: op. cit., p.754.

acontecimiento que generó la responsabilidad del deudor. La obligación de indemnización se limita a resarcir el daño real ocasionado, de manera tal que se evite un empobrecimiento del acreedor pero sin que ello pueda tampoco significar un enriquecimiento del acreedor.

Los daños punitivos producen un enriquecimiento injustificado para la víctima. En efecto, como los daños punitivos no tienen límite y la indemnización se establece a favor de la víctima, ella termina recibiendo por este concepto una cantidad de dinero muy superior a la pérdida efectivamente sufrida. Es decir, la víctima queda en una posición mejor después de producido el daño. Entonces podría afirmarse que, paradójicamente, a la víctima le conviene sufrir el daño, puesto que como consecuencia del mismo ella puede obtener un considerable incremento de su patrimonio. Aparte, desde luego, de que esta situación tiende a incentivar las demandas y aumentar los juicios, lo que no es ni puede ser nada deseable para el buen orden de la sociedad.

4) Por último, darle cabida a un sistema de daños punitivos en nuestro ordenamiento plantearía muchos problemas prácticos que no han sido claramente resueltos ni siquiera en los Estados Unidos de América donde los daños punitivos, como se dijo, son un componente fundamental del Derecho de la responsabilidad civil.

Entre otros se plantean los siguientes interrogantes: ¿Qué proporción tienen que guardar los daños punitivos con los daños compensatorios? ¿Puede una persona ser condenada a pagar daños punitivos por el hecho de otro? ¿Deben responder o pagar daños punitivos los padres en lugar de sus hijos? ¿O los dueños, directores o principales en vez de sus sirvientes o dependientes? ¿O los patronos en lugar de sus trabajadores? ¿O la administración por los actos de sus funcionarios? ¿O, por el contrario, debe ser el agente material del daño quien deba siempre soportar de modo exclusivo una responsabilidad tan personal? ¿Se transmiten los daños punitivos a los herederos del agente, como ocurre con los daños compensatorios de carácter patrimonial, o, por el contrario, son intrasmisibles como ocurre con el daño moral? ¿Pueden los daños punitivos estar amparados por un seguro de responsabilidad civil? Si esto último se permitiera, no tendrían ya los daños punitivos la eficacia preventiva que se busca con su reconocimiento.

Todos estos problemas –y muchos más– no han sido resueltos ni siquiera en los países afiliados al *Common Law* como los Estados Unidos de América donde los daños punitivos constituyen una pieza fundamental del Derecho de daños.

En conclusión, entiendo perfectamente el propósito loable que persiguen los daños punitivos, esto es, que el causante del daño no vuelva a incurrir en conductas similares y que los terceros igualmente queden disuadidos de hacerlo. Pero lo que no entiendo, es que este papel de prevención lo tenga que cumplir el instituto de la responsabilidad civil. Tampoco entiendo por qué extraña razón la víctima de un daño tenga que ser resarcida con una indemnización que excede en mucho la pérdida efectivamente sufrida.

Por lo antes expuesto, considero que existen poderosas razones para que los daños punitivos, que son ajenos al sistema de la responsabilidad civil que impera en los países afiliados a los sistemas del *Civil Law*, permanezcan donde se encuentran, esto es, en otros ordenamientos y bien lejos de nosotros.

**PALABRAS DE PRESENTACIÓN DEL LIBRO  
DE MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN:  
CURSO DE DERECHO CIVIL III OBLIGACIONES.  
DR. JAMES OTIS RODNER S., INDIVIDUO DE  
NÚMERO DE LA CORPORACIÓN.**

## PALABRAS DE INTRODUCCIÓN

Me corresponde hoy presentar el nuevo libro de la profesora María Candelaria Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III*, editado por la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia y publicado en forma digital ([www.rvlj.con.ve](http://www.rvlj.con.ve)). Así mismo, el libro se publicó en una edición limitada de ejemplares impresos en marzo de 2017. El libro consta de 711 páginas.

La edición digital está disponible en la red, lo cual sirve de ayuda a los estudiantes de pregrado que están cursando la materia, ya que tienen acceso gratis al mismo. Esto sin duda es un gesto generoso de la autora que, en su condición de profesora de la materia, ha tenido como fin fundamental en este libro poner a disposición de los estudiantes un texto completo y contemporáneo de la materia que se puede usar en los cursos de pregrado.

La gentileza de la profesora Domínguez al pedir que haga la presentación de esta obra es muy importante para mí por dos razones. En primer lugar, conozco a la profesora Domínguez hace más de 20 años y sé que es una de las mejores investigadoras del derecho civil actualmente en Venezuela y he seguido sus pasos durante este período. La considero una de las mejores juristas de su generación.

En segundo lugar, fue hace exactamente 50 años que el hoy desaparecido profesor Eloy Maduro Luyando publicó su obra que ya es un clásico en la literatura jurídica venezolana, el *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*. Fue la obra del Dr. Maduro que prestó a los estudiantes de pregrado el texto base para el estudio sistemático de las obligaciones. Hoy la profesora Domínguez, con su nuevo libro, está tomando el mismo paso, dando a los estudiantes un nuevo texto para el estudio de las obligaciones.

## **BIOGRAFÍA DE LA AUTORA**

María Candelaria Domínguez es conocida en los medios académicos venezolanos, por lo cual no necesita presentación. Sin embargo y a manera de resumen, señalo que tiene el título de Abogado y el doctorado mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Es profesora titular de la UCV, donde ha sido profesora de Familia, Personas, Sucesiones y actualmente es profesora de Obligaciones.

Ha publicado 9 libros, entre los cuales se encuentran libros de texto sobre Familia, Personas, Sucesiones y ahora su nuevo libro sobre Obligaciones.

## **USO DE BIBLIOGRAFÍA VENEZOLANA**

El libro de la profesora Domínguez usa extensamente bibliografía y jurisprudencia venezolana, sin menosprecio al derecho comparado. Si una persona tiene un interés particular sobre algún tema en el derecho de las obligaciones, puede consultar el nuevo libro de la profesora Domínguez para conocer el alcance de la doctrina venezolana.

## **UBICACIÓN DE LA BIBLIOGRAFÍA EN VENEZUELA**

En los últimos 50 años se ha producido una extensa obra en materia de obligaciones, fundamentalmente monografías sobre temas específicos. Estas monografías han sido innovadoras y nos han mantenido al día en el derecho civil. Adicionalmente, Venezuela cuenta con la Doctrina General del Contrato del recordado maestro y amigo José Melich Orsini.

Sin embargo, han sido pocas las obras sobre teoría general de las obligaciones, que es precisamente la materia que comprende la parte importante del estudio de obligaciones para los alumnos de derecho en pregrado. Existe la teoría general de las obligaciones de José Alberto Zambrano V., que está inconclusa. También tenemos la obra sobre la teoría general de las obligaciones de Oscar E. Ochoa G. en dos tomos, donde la teoría general cubre parte del primer tomo; la obra de Mauricio Rodríguez Ferrera y la de Rafael Bernard.

El libro que presentamos hoy ayuda a llenar este vacío, por cuanto se concentra fundamentalmente en la teoría general de las obligaciones.

El nuevo libro que estamos presentando está contenido en 26 temas, donde los temas 1-19 comprenden la teoría general de las obligaciones, los temas 21-26 tratan las fuentes en particular y es aquí donde se trata doctrina general del contrato.

El libro refleja la forma en que la profesora Domínguez dicta su curso sobre las obligaciones en la Universidad Central de Venezuela, enseñando con profundidad la teoría general antes de tocar la materia sobre las fuentes en particular. Esto le permite asegurarse que la teoría general pueda tratarse en su integridad y con la profundidad requerida.

Este énfasis sobre la teoría general de las obligaciones se observa en otros países latinoamericanos. Así, en Colombia, la conocida obra de Andrés Hinojosa, *Tratado de Derecho de las Obligaciones*, Bogotá (2011). En Perú encontramos la obra *Compendio de Derecho de las Obligaciones* de Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freire, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Lima (2011). Ambas son obras que cubren exclusivamente la teoría general de las obligaciones. El programa en las universidades en Perú divide el estudio de las obligaciones en cuatro cursos o materias: 1) teoría general de las obligaciones; 2) el negocio jurídico; 3) el contrato; y, 4) responsabilidad extracontractual.

En Venezuela las obligaciones se estudian en una sola materia (curso) que comprende la teoría general de las obligaciones, así como el contrato y las demás fuentes de obligaciones, incluyendo la responsabilidad civil extracontractual. Es bien conocido que muchas veces no se ve en forma completa el programa. La nueva obra de la profesora Domínguez es una oportunidad ideal para retomar el tema relativo a los programas en los pregrados de derecho. Lo ideal es que el derecho de las obligaciones se diera en tres cursos: teoría general de las obligaciones, doctrina general del contrato y responsabilidad civil extracontractual.<sup>460</sup> Lo mínimo es que la materia se dé en dos cursos de un año cada uno.

---

<sup>460</sup> Cuatro cursos para la enseñanza de las obligaciones, como se hace en Perú, parece demasiado.

## DERECHO MODERNO DE LAS OBLIGACIONES

En una frase que se aplica a todo el derecho privado, pero muy especialmente al derecho de las obligaciones, el filósofo Martin Buber afirmaba que “la realidad primaria no se encuentra ni en el sujeto ni en el objeto sino en la relación misma”.<sup>461</sup> El derecho de las obligaciones se refiere a las relaciones patrimoniales entre las personas. Estas relaciones patrimoniales, fundamentales en las relaciones humanas, han evolucionado y con ello, necesariamente el derecho de las obligaciones.

Los desarrollos de derecho civil en el siglo XXI son producto de una nueva visión del contrato, el cual tiene finalidad social que solo vale si es justo.<sup>462</sup> Pero no es solo la visión social, el énfasis en la buena fe y el equilibrio en las prestaciones que está influenciando el derecho. Adicionalmente, sobre el derecho de las obligaciones existe una influencia que viene de la globalización y de la universalidad del derecho de los contratos, así como del desarrollo de la tecnología y la influencia del arbitraje.

Afirma Rui Rosado de Aguiar (Brasil) que los principios de derecho contenidos en el Código Civil pueden ser usados para la realización de los valores constitucionales<sup>463</sup>, esto ha llevado al estudio de los principios constitucionales en el derecho civil, o lo que se ha denominado la constitucionalización del derecho civil<sup>464</sup>, tema que en Venezuela ya ha tratado la profesora Domínguez.<sup>465</sup> De aquí se desarrollan “principios y cláusulas generales que atienden a las exigencias de una sociedad que requiere ser justa y solidaria”.<sup>466</sup>

<sup>461</sup> Martin Buber, citado por Manfred Vogel, *The concept of responsibility in the thought of Martin Buber* (1970), *Harvard Theological Review*, p. 159. A su vez, citado en Ernst Neirib, *Corrective justice*, Oxford (2012), p. 1.

<sup>462</sup> Jacques Ghestin, citado sin referencia por Rui Rosado de Aguiar, *O direito das obrigações na contemporaneidade*, en *Estudos em homenagem ao ministro Rui Rosado de Aguiar Junior*, Porto Alegre (2014), p. 15.

<sup>463</sup> Rui Rosado, ídem, p. 16.

<sup>464</sup> Ídem.

<sup>465</sup> María Candelaria Domínguez Guillén, *Proyección constitucional de derecho de obligaciones*, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 7, en homenaje a Peña Solís, Caracas (2016), pp. 87-123.

<sup>466</sup> Rui Rosado, ídem.



Enumera Rui Rosado cinco reglas o normas que llevan a cumplir esas exigencias.<sup>467</sup>

Modernamente se desarrolla el concepto de la buena fe objetiva, el sentido de la probidad, la cual se extiende igualmente a la fase precontractual.

El contrato debe realizar su finalidad social y no es solo para satisfacer los intereses de las partes. Partiendo de ese fin social, se pierde la rigidez de la relatividad del contrato.<sup>468</sup>

En tercer lugar, “el principio de equivalencia debe ser respetado en los contratos bilaterales”.<sup>469</sup> Esto ha ampliado el alcance de la lesión.

En cuarto lugar, no se permite el enriquecimiento sin causa. “La excesiva onerosidad sobrevenida a una de las partes” lleva a la revisión del contrato o su extinción.<sup>470</sup>

Finalmente, el abuso de derecho, según Rui Rosado, siempre contraría la buena fe, las buenas costumbres y el fin económico y social del derecho.<sup>471</sup>

El derecho de las obligaciones también evoluciona como efecto de la tecnología, la internalización del comercio y el consumidor y la contratación masiva.

## NUEVOS MEDIOS DE PAGO Y LA CRIPTOMONEDA

Un desarrollo importante que ha influenciado y ha modificado el derecho de las obligaciones es el nacimiento de nuevos mecanismos para el pago de las obligaciones, especialmente las obligaciones pecuniarias (sumas de dinero) y el concepto mismo de lo que es dinero.

---

<sup>467</sup> Ídem.

<sup>468</sup> Rui Rosado, ídem. Yo difiero con la generalidad de esta afirmación y su fundamento. Estoy de acuerdo que se ha perdido la rigidez del principio de relatividad, pero es porque el contrato puede tener alcances frente a terceros que origina de los nuevos tipos de contratos, ver James Otis Rodner, *Contratos enlazados*, 2ª Ed., Caracas (2013), §1.20.

<sup>469</sup> Rui Rosado, ídem.

<sup>470</sup> Rui Rosado, ídem, p. 16. Esto incluye tanto el desarrollo de la imprevisión como la propia revisión de los contratos por la excesiva onerosidad, aunque esta haya sido previsible, o sea, la lesión sobrevenida. Este es un tema que será importante en la etapa de hiperinflación en la que ha entrado Venezuela.

<sup>471</sup> Rui Rosado, ídem.

Desde hace más de 25 años se comenzó a usar a nivel de consumidor, medios de pago electrónicos. Los desarrollos iniciales fueron en Francia con el llamado dinero plástico, que era una forma de tarjeta prepagada que se usaba en los locales comerciales y el minitel francés, que eran comunicaciones directas por computadora, a las computadoras de los bancos, que tenían los clientes con las computadoras de sus bancos.<sup>472</sup> Un ejemplo más contemporáneo de una tarjeta prepagada de dinero es el cestaticket venezolano.<sup>473</sup> Esto hoy en día se ha desarrollado con el Internet y el desarrollo de las tarjetas de débito con cargo directo en cuenta y transferencias electrónicas. Entiendo que en muchos países europeos la mayoría de los pagos se hace a través de tarjetas de débito directas.

Recientemente, también se comenzaron a desarrollar las denominadas criptomonedas, donde la más conocida es el bitcoin. Los promotores del bitcoin<sup>474</sup> y otras criptomonedas, alegan los partidarios de la criptomoneda, serán la forma de pago del futuro. La propiedad de la criptomoneda ya no se encuentra en forma de un crédito en una cuenta bancaria, sino en un portamonedas electrónico que forma parte de un programa complejo no institucional y no regulado. El bitcoin y las criptomonedas, sin embargo, no son dinero. El bitcoin no tiene la característica del dinero de tener un valor relativamente estable en el tiempo sobre el cual pueda ser utilizado para la fijación de los precios, mucho menos tiene curso legal.

El valor del bitcoin ha aumentado desde principios del año (2017) hasta la fecha (noviembre 2017), pasando de \$ 1.000 por bitcoin a aproximadamente \$ 16.000 por bitcoin. Esto se produjo por un aumento en la demanda de bitcoins, pero no por ningún valor intrínseco del mismo. Esto parece más una especulación sobre un valor parecido a la famosa especulación que ocurrió en Holanda en el siglo XVII sobre los tulipanes y no es una forma de dinero.

<sup>472</sup> Se usa el término de dinero plástico, el cual abarca las tarjetas prepagadas hasta las propias tarjetas de crédito, James Otis Rodner, *El dinero*, 2ª Ed., Caracas (2005), p. 80.

<sup>473</sup> El cestaticket funciona como una tarjeta cargada de un saldo.

<sup>474</sup> No se sabe exactamente quién creó el bitcoin, pero es obvio que al principio hubo personas que adquirieron bitcoins sin ningún costo y después querían promover su venta en el mercado. Se hace propaganda sobre el bitcoin en distintos medios.

La criptomoneda no es dinero y no se le aplican las normas del Código Civil relativas a las obligaciones pecuniarias. Parece, desde un punto de vista jurídico más acertado, ver a la obligación de pagar con criptomoneda como una obligación en monedas de oro determinadas, donde la obligación se cumple devolviendo la misma especie (CC, artículo 1738).

## **EL CONSUMIDOR Y EL DÉBIL JURÍDICO**

Un desarrollo importante está afectando el derecho de las obligaciones, es la visión del consumidor ampliada modernamente al concepto del débil jurídico.<sup>475</sup> El consumidor y el débil jurídico presentan una especie de subrama en el derecho de las obligaciones. El concepto del consumidor inicialmente ha sido expandido al débil jurídico en la relación contractual, especialmente en relación con las limitaciones y regulaciones en los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas. Los contratos de adhesión se han multiplicado y fueron definidos en el nuevo Código Civil francés de 2016 (CC.Fra, artículo 1110, primer aparte).

## **INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO**

Uno de los desarrollos más importantes en el derecho civil de las obligaciones es la internacionalización del derecho de las obligaciones. La internacionalización del derecho de las obligaciones está reflejada por formas de uniformidad universal de derecho que rigen las relaciones entre las partes, tratando de presentar un derecho uniforme. El primer y muy exitoso proyecto sobre esto fue la Convención de Viena en 1980 que regula el contrato de compraventa internacional. También se encuentran los Principios de Unidroit elaborados por académicos de diversos países del mundo, yendo desde la China hasta Estados Unidos, Francia, Italia y países latinoamericanos. En Europa están los Principios Europeos del Derecho de los Contratos.

---

<sup>475</sup> Ver Carlos Eduardo Acedo, discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas, Caracas (2017), p. 24.

El carácter internacional de una gran cantidad de relaciones comerciales ha llevado a desarrollarse un derecho de las obligaciones que sea uniforme. Uno encuentra principios en materia de obligaciones que son similares, desde la Ley China del Contrato de 1999 hasta el Código Civil portugués de 1962 y el Código Civil peruano de 1985. Por esto, en la enseñanza del derecho de obligaciones, el uso del derecho comparado pasa a ser de una importancia fundamental.

## **RELACIONES JURÍDICAS COMPLEJAS**

Las relaciones jurídicas complejas son un producto de finales del siglo XX y principios del siglo XXI. En las relaciones jurídicas complejas se encuentran objetos múltiples con prestaciones que se cumplen a través de varios contratos. Típico es, por ejemplo, la persona que adquiere una computadora y al mismo tiempo tiene que celebrar un contrato con un tercero para el programa que va a operar en la computadora. Parte de las relaciones jurídicas complejas también es la multiplicidad de sujetos que participan en la relación contractual. Esta multiplicidad de sujetos ha llevado al estudio y desarrollo del concepto del consentimiento implícito. Finalmente, se presenta en las relaciones jurídicas complejas multiplicidad de contratos, donde las múltiples relaciones tienen una misma causa. Típico es un contrato de franquicia que al mismo tiempo obliga a la celebración de un contrato de suministro y que al mismo tiempo contenga un contrato de servicio. Todos los contratos van dirigidos a cumplir el fin de la franquicia, pero se celebran a través de contratos separados o no entre las mismas partes, los cuales muchos de ellos están relacionados y corresponden a un fin o causa común.

La lista de los nuevos desarrollos en las relaciones patrimoniales es extensa y a su vez dinámica. Cambia y se expande casi a diario. Para que un abogado pueda entender estos desarrollos ya no basta conocer los contratos tipo contenidos en el Código Civil; tiene, por el contrario, que tener una visión más general del derecho de las obligaciones. Esta visión la adquiere mediante el estudio de la teoría general de las obligaciones sobre la cual se concentra la obra de la profesora Domínguez que hoy presentamos

**PALABRAS DE LA AUTORA  
DRA. MARÍA CANDELARIA  
DOMÍNGUEZ GUILLÉN.**

## **PALABRAS DE PRESENTACIÓN DEL LIBRO *CURSO DE DERECHO CIVIL III OBLIGACIONES***

Gracias a los presentes por acompañarnos, a la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* en la persona de su director y editor, prof. Edison Lucio VARELA CÁCERES, al prof. James Otis RODNER por la previa presentación, a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en la persona de su presidente Gabriel RUAN SANTOS, por acogernos en su sede para la conmemoración del quinto aniversario de la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* y presentación del *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*.

El Derecho Civil es sin lugar a dudas, y no porque nos dedicamos a dicha área, el ámbito más importante del Derecho, especialmente desde el punto de vista de su trascendencia práctica, de su presencia en el quehacer del individuo, que no solo se evidencia en el pensum de estudios a través de cinco asignaturas –que pudieran ser más si se subdividiera Obligaciones–, sino por ser el Derecho de la vida diaria. Nadie escapa a su poder expansivo, desde que nacemos nos ubicamos en el tema del inicio de la persona –si respiramos extrauterinamente seremos sujeto de derecho– y del Registro del Estado Civil –inmediatamente al nacimiento se toman las huellas del recién nacido a los fines de su constancia de nacimiento–. Pero de seguidas al salir del centro asistencial ya estamos en el ámbito del Derecho de las Obligaciones; debemos proceder al “pago”, tema fundamental de la materia; y al salir del centro hospitalario tomaremos un taxi o pagaremos el estacionamiento, es decir, celebraremos un contrato.

Así, el área patrimonial por excelencia del Derecho Civil, a saber, el Derecho de las Obligaciones, ciertamente está presente en cada detalle de nuestra vida cotidiana; en cada paso de la dinámica diaria, porque

aunque de contenido o monto menor, a cada instante celebramos un contrato, fuente por antonomasia del Derecho de Obligaciones; cada día efectuamos constantes pagos, inclusive sin salir de nuestro hogar. Se trata de una materia cuyos principios generales alcanzan no solo otras áreas del Derecho Privado como el Derecho Mercantil, sino también al Derecho Público, en instituciones como la responsabilidad civil del Estado y los contratos administrativos. Y de allí que se afirme que quien maneje el Derecho de Obligaciones podrá hacerle frente a otras áreas del Derecho con una base sólida. Por ello, entre los caracteres del Derecho de Obligaciones, Rene ABELEUK, reseña su gran aplicación práctica, su permanencia, su universalidad y su “alta perfección técnica”, pues se ha llegado a una acabada elaboración de la teoría general de la institución haciendo abstracción de sus casos particulares –*Las Obligaciones*. 3ª, Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. Colombia, 1993, p. 21–. A tan hermosa materia dedicamos nuestra atención hace unos pocos años.

Para el año 2012 se nos presentó la oportunidad de dictar el curso intensivo de verano de Derecho Civil III Obligaciones en la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y la asumimos, tal vez con ganas de apartarnos un poco del ámbito del Derecho Civil extrapatrimonial –Personas y Familia, pues Sucesiones constituyó un acercamiento a la materia patrimonial–. Sin duda era una ocasión para no tener tiempo de preocuparse por las típicas cosas que nos aquejan. La oportunidad nos lucía irresistible, aunque el esfuerzo sería considerable, pues la riqueza de la materia se muestra infinita dado su extenso contenido programático. Contábamos con apenas semanas para preparar la asignatura lo cual acostumbramos hacerlo transcribiendo los temas en computadora con las referencias básicas de la doctrina venezolana general –manuales– y especial –monografías– y la jurisprudencia, para luego acudir a la doctrina extranjera. Sentíamos temor de no lograr sintetizar toda la asignatura del programa antes de iniciar el curso, pero ciertamente contaba con una ventaja incuestionable: los apuntes o transcripciones de las clases de quien fuera nuestro profesor de Derecho Civil II, Derecho Civil III Obligaciones y Contratos: Enrique LAGRANGE. Logramos así

sistematizar más de 250 páginas de la asignatura con las indicaciones bibliográficas recientes que nos diera para la época la Jefe de la Cátedra Claudia MADRID y las referencias jurisprudenciales más importantes que nos suministrara el actual Jefe de la Cátedra Ángel ÁLVAREZ. Dictamos la materia y contamos con la rica experiencia de un curso de repitientes que ya se había acercado a la asignatura y ponían todo su empeño en no desperdiciar sus semanas de “agosto”. Compartimos también los posteriores cursos intensivos del verano de 2013 y 2014. El verano acabó y seguimos nutriendo las tesis durante los años siguientes, a la vez que elaboramos artículos de la materia, precisamente publicados en su mayoría en la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* –la obligación negativa, la dación en pago, las capitulaciones como proyección de la autonomía de la voluntad, el daño moral en las personas incorpóreas, la proyección constitucional de las Obligaciones, etc.–.

Es así como en 2016 contactamos a Williams PAREDES, toda vez que ese sello editorial había publicado tres libros de nuestra autoría previamente y le preguntamos si consideraría publicar un Manual de Obligaciones. Nos respondió afirmativamente y Paredes realizó la diagramación del libro. Pero a finales de dicho año nos informaron que dada la situación del país que se extendía al costo editorial, lamentablemente no podrían asumir la versión impresa. Fue así como acudimos a la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* y le preguntamos al prof. VARELA CÁCERES su parecer sobre si el libro podría culminarlo dicho sello editorial y permitir su acceso gratuito en la página de la *Revista*; y afortunadamente, de inmediato obtuvimos respuesta afirmativa. Y así se culminó el proceso de diagramación, edición, ISBN y finalmente en enero de 2017, lo apreciamos en la página web de la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, con libre y gratuito acceso. Pudimos ver el *Curso de Obligaciones* al alcance de todos. Irónicamente una de las escasas ventajas de la crisis económica. Pues ciertamente, no tenía sentido perder un esfuerzo de tal naturaleza.

El profesor RODNER a quien nos une un aprecio académico desde hace dos décadas y quien fue nuestro profesor en el Doctorado en Ciencias Mención “Derecho” de la Universidad Central de Venezuela, en una deliciosa materia, titulada “El dinero”, insistió que el libro



debía contar aunque sea con una pequeña impresión en papel a fin de tener presencia física en alguna biblioteca y lo pudieran apreciar algunos colegas, todavía no acostumbrados al libro digital. Fue así como personalmente asumí la idea de invitar algunos académicos y colegas a financiar en pequeña escala la publicación de la obra, en el entendido de que tendrían el ejemplar, además de colaborar con la presencia del libro en algunas bibliotecas. La estima, la generosidad y la suerte, en estos tiempos de crisis se hicieron presentes. A la invitación y aporte del propio profesor RODNER siguió la del prof. Manuel PÉREZ LUNA y seguidamente la de los académicos Ramón ESCOVAR LEÓN –quien realizó la primera transferencia y un llamado a sumarse–, seguida de las de Enrique URDANETA FONTIVEROS, Guillermo GORRÍN, Gonzalo LUPINI y Carlos ACEDO SUCRE, amén de los colegas: José Getulio SALAVERRÍA, Salaverría y Asociados, Luis MOYA GARCÍA, Fulvio ITALIANI, Pedro PEREIRA, Ramón Alfredo AGUILAR, José ANICCHIARICO, Mauricio RODRÍGUEZ YAÑEZ, Juan DE SOUSA, Carlos PÉREZ FERNÁNDEZ, Edilia DE FREITAS, Luis MELO, Antonio CALLAOS, Daniel ZAIBERT y Roxana MEDINA. Y luego de gratos intercambios de correos electrónicos, en menos de una semana se pudo enviar a publicar el libro en marzo, cuando quizás todavía no estábamos en la desmedida inflación que nos golpea actualmente.

Es así como en honor a la verdad, este libro, no solo fue producto en su expresión física de la colaboración de mis apreciados colegas, sino que previamente otros profesores, como mencionamos en la presentación del libro, también colaboraron en su lectura y corrección. Amén de contar con la rica base ampliamente citada de quien fuera nuestro profesor Enrique LAGRAGE, individuo de número de la Academia que hoy nos acoge, especialmente en toda la teoría general. Es decir, se trata de un producto que solo hemos tenido el mérito de sistematizar, pero que jamás hubiere concretado por sí sola.

Fue mi esposo y amor Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ, principal promotor de mi actividad académica, quien me dijo como otras veces: “deberías escribir el Manual”. Ambos encontramos en la escritura una vía de escape a la realidad que nos ha tocado vivir en distintos ámbitos. Y aunque al día de hoy, el Derecho luzca no pocas veces, como un mundo teórico, distante de una realidad que no se compadece con

el deber ser, vale la pena insistir en él, y volcarse a evadir lo negativo centrándose en la escritura y en la investigación. Ellas se convirtieron en una distracción permanente, y de allí que mi amado padre me dijera jocosamente antes de su partida: “Tu lo que sabes hacer es estar pegada en la computadora”. Lo que igualmente ratificaba mi adorada madre. Hoy estarían orgullosos de que no fue en vano. Fue así como pudimos concretar esta síntesis del Derecho de Obligaciones, que esperamos no obstante sus carencias, constituya una puerta de entrada o un acercamiento al estudioso de la materia.

No quisimos perder el estilo de los Manuales previos de mostrar el panorama de autores nacionales y las sentencias más relevantes de la asignatura. Jamás imaginamos poder sistematizar un libro de Obligaciones, desde la ventana del Derecho Civil Extrapatrimonial, lucía complicado y lejano. Esperemos que pueda existir una próxima edición aunque sea virtual, y que para quienes nos apasiona la materia podamos seguir teniendo puntos de encuentro para celebrar este esfuerzo común. Concluyo agradeciendo a todos por hacer posible en estos tiempos tan duros, disfrutar de un momento como este y especialmente permitirme sentir que todavía vale la pena dedicarse a la investigación jurídica. Gracias...

María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN

**PRESENTACIÓN DE LA OBRA  
DEL DOCTOR JESÚS MARÍA CASAL:  
"ASAMBLEA NACIONAL:  
CONQUISTA DEMOCRÁTICA  
VS DEMOLICIÓN AUTORITARIA".  
28 DE NOVIEMBRE 2017.**

**PALABRAS DE PRESENTACIÓN  
POR PARTE DEL ACADÉMICO  
GABRIEL RUAN SANTOS,  
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA  
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

En nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, me corresponde el gratísimo honor de pronunciar estas palabras, para manifestar la satisfacción de la institución ante esta nueva publicación del académico Jesús María Casal Hernández, que contiene su brillante trabajo de incorporación a la Academia que presido, el cual fue presentado en sesión solemne al cuerpo académico en el presente año, bajo el título **“Asamblea Nacional: conquista democrática vs demolición autoritaria”** (referente al método seguido por el régimen para destruir la separación de poderes) Al mismo tiempo que agradezco a la Universidad Católica Andrés Bello la invitación que se ha hecho a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales para participar en este acto.

Destaco igualmente, que la lectura de esta obra, antes de su publicación, inspiró la comunicación presentada por mí en el I Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales, Políticas, Jurídicas, Económicas y Sociales, realizado en la ciudad de Madrid durante el pasado mes de octubre, el cual fue convocado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid. Por ello, parte del mensaje llevado a ese Encuentro servirá de cauce a estas palabras.

Ante la resistencia de los jueces venezolanos a someterse a los intereses del régimen político, desde sus inicios, la llamada Revolución Socialista Bolivariana del Comandante Hugo Chávez Frías entendió que el Estado Democrático y Social de Derecho, con estructura liberal, consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) y en especial, un poder judicial imparcial e independiente significaría un obstáculo insalvable para desarrollar su proyecto político autocrático y protototalitario, razón por la cual era necesario tomar la cabeza de este poder para poder legitimar el desmontaje de las instituciones del Estado de Derecho, a través del control absoluto del Tribunal

Supremo de Justicia, que a su vez tiene asignado constitucionalmente el gobierno del Poder Judicial. Con este propósito, el gobierno revolucionario inició el control total de todas las salas o secciones del tribunal y en especial de su Sala Constitucional, organismo que ya concentraba el mayor poder jurisdiccional entre todos los órganos del Poder Judicial, como un paso indispensable para el efectivo control de todas las ramas del Poder Público y principalmente, después de haber perdido el control de la Asamblea Nacional, después de las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2015.

En esta perspectiva, como lo ha dicho el jurista y académico Jesús María Casal Hernández, quien ha sido y es además asesor jurídico de la Asamblea Nacional, el Tribunal Supremo de Justicia “no es solamente un órgano que jamás decide en contra del Gobierno o de las instancias que políticamente lo sostienen, sino que mediante sus sentencias e interpretaciones vinculantes, es factor capital de desconstitucionalización y erosión democrática. Lo era ya por supuesto antes de 2016, pero desde entonces ha exhibido, por completo y de manera principalmente activa u ofensiva, el papel que juega dentro del sistema autoritario”.<sup>476</sup>

Para perseguir el propósito antes descrito, el gobierno revolucionario se apoyó hábilmente en el poder reconocido por el constitucionalismo contemporáneo a los tribunales o cortes constitucionales en el mundo occidental civilizado, el cual supo poner a su servicio – paradójicamente- luego de tomar el control absoluto de la instancia judicial suprema, a través de truculencias parlamentarias desarrolladas desde el año 2004 y así culminar con la mayor concentración de poderes que haya habido en Venezuela y cambiar el régimen político sin necesidad de utilizar la vía de reformar la Constitución, lo cual intentó infructuosamente en el año 2007, para sustituirla eficazmente por el uso y abuso de la interpretación manipulante y distorsionante de la CRBV. La clave fundamental para iniciar este proceso fue encontrada en el propio texto

---

<sup>476</sup> Casal Hernández, Jesús María; *Asamblea Nacional: conquista democrática v.s demolición autoritaria. Elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*; Abediciones, Caracas, 2017, página 17. Ver también: Canova González, Antonio; Herrera Orellana, Luis; Rodríguez Ortega, Rosa; Graterol Stefanelli, Giuseppe. *El TSJ al Servicio de la Revolución*; Editorial Galipán, Caracas, noviembre 2014.

constitucional, específicamente en su artículo 335, que ha sido *la piedra clave del arco*.

El desarrollo y desbordamiento del conjunto de poderes atribuidos en esa norma a la Sala Constitucional ha generado una virtual 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 Ejecutivo, ha concentrado una masa de competencias y prerrogativas nunca vistas en la historia nacional. Si sólo pensamos en el alcance ideal de expresiones como que el TSJ, encarnado en la Sala Constitucional, es el “máximo y último intérprete de la Constitución” y “las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes”, ese órgano judicial -sin origen en la voluntad popular o con un origen indirecto- tiene la capacidad de someter a los órganos elegidos directamente por el pueblo, a través del cuerpo electoral. En este orden de cosas, el poder legislativo encarnado en la Asamblea Nacional deja de ser el poder más representativo de la colectividad nacional y sus actos son despojados de la primacía que ha caracterizado a los estados democráticos liberales. De allí el empeño del partido político gobernante de controlar a ese tribunal y de politizar (ideologizar y partidizar) sus actuaciones.

En efecto, como han observado muchos expertos en derecho constitucional, el TSJ y en particular, su Sala Constitucional, que combina las competencias de una corte constitucional típica con algunas de las de una sala plena de un máximo tribunal, no se limita ni se circunscribe al ejercicio del conjunto de las facultades y competencias jurisdiccionales que le atribuye el artículo 336 de la CRBV, sino que ha desplegado desde 1999, año de promulgación de la CRBV, un proceso dinámico de desarrollo de la Constitución y de auto-atribución de competencias adicionales, que ha dado lugar a una hipertrofiada “jurisdicción normativa”, completando así su papel formal como primer órgano del Estado. Este proceso puede ser fácilmente detectado con la comparación entre las competencias expresamente atribuidas a la Sala Constitucional por la CRBV y las resultantes de su afiebrada y desbordante jurisprudencia.

El fenómeno descrito no es exclusivo de nuestro país, porque –en mayor o menor medida– está presente en las características de los tribunales constitucionales de la mayoría de las naciones del mundo occidental, tales como Estados Unidos, Alemania, España Italia, Colombia, Brasil y muchas otras. Sin embargo, podríamos decir en descargo de los países mencionados, que la nota caracterizadora del fenómeno en Venezuela es que el desbordamiento de la función jurisdiccional por parte de la Sala Constitucional ha estado al servicio de una hegemonía política y del propósito no oculto de cambiar radicalmente el régimen político y jurídico que rige a nuestro país, orientado a construir un ordenamiento constitucional paralelo.

Es un hecho difuso en el derecho comparado lo que podríamos llamar el “supremacismo a ultranza” no sólo de los textos constitucionales sino de los tribunales encargados de interpretar sus normas y principios, que insisten a cada paso en proclamar el carácter supremo institucional y la proyección dinámica de la interpretación constitucional, como si no fuera suficiente la literalidad de los textos que afirman la supremacía. Esta concepción ha llevado naturalmente a instaurar una tendencia exorbitante de las potestades de los tribunales supremos y cortes constitucionales, con la interferencia en las funciones de los órganos pertenecientes a las demás ramas del Poder Público, lo que en sus inicios fue calificado como una colaboración en los fines comunes del Estado, signo de atenuación del principio de la separación de dichas ramas. De la interferencia se pasó abiertamente al “activismo judicial”, movimiento en el cual los tribunales supremos asumen implícitamente funciones de otros poderes, con la finalidad de “garantizar” los fines de la actividad jurisdiccional y para asegurar el cumplimiento cabal de sus determinaciones. Arribándose, finalmente, a lo que los tratadistas del derecho constitucional han llamado el “legislador positivo”, queriendo significar el fenómeno que cualifica modernamente las interferencias y sustituciones de los tribunales constitucionales en la función legislativa o en la función de gobierno, para garantizar la supremacía y efectividad de la Constitución, ya que en esta hipótesis las sentencias de la jurisdicción constitucional generan verdaderas normas o reglas de general acatamiento, aunque con carácter temporal o transitorio hasta tanto el



órgano competente ponga en vigor la nueva interpretación con los propios actos de su función; en contraposición con el “legislador negativo”, del cual nos hablaba en el pasado el jurista austriaco Hans Kelsen, para referirse al papel que asumía el tribunal supremo o constitucional cuando sentenciaba la nulidad de cualquier acto legislativo de efectos generales, con efectos extintivos, como respuesta jurisdiccional al ejercicio de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad de una ley.

Con el resultado -en Venezuela- de las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2015, que dio a la unión de los partidos políticos opositores la mayoría abrumadora de las dos terceras partes del total de los diputados de la Asamblea Nacional, como demostración notoria y contundente del rechazo a la política imperante, se prendieron todas las alarmas del gobierno revolucionario presidido por Nicolás Maduro Moros, el cual resolvió reconocer aparentemente la derrota electoral, pero anular prácticamente los efectos del acontecimiento.

Aunque el régimen chavista ya venía reduciendo las facultades y el carácter deliberante de la Asamblea Nacional, mediante la promulgación de sucesivas leyes de habilitación legislativa concedidas al Presidente de la República, para concentrar el mayor poder en las manos del Presidente Hugo Chávez, ahora se planteaba la necesidad urgente de vaciar las competencias del órgano parlamentario, ante la cruda realidad de que el gobierno pasaba a ser de minoría. Es a partir de este momento que la obra que nos presenta del doctor Casal se apodera de la escena y nos describe magistralmente la demolición autoritaria de la Asamblea Nacional, con análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y de los especiosos elementos de argumentación utilizados en esa deletérea tarea.

Según lo expone el doctor Casal, 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: la declaración de desacato permanente de la Asamblea Nacional; el bloqueo total y absoluto de la potestad legislativa de la Asamblea Nacional, con atribución de la misma al Ejecutivo Nacional o con autoatribución usurpadora de dicha potestad; las reiteradas declaraciones de estado de excepción, con desconocimiento de las facultades políticas

del parlamento; 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, hasta llegar a las vías de hecho, mediante la supresión de los sueldos de los diputados y la reducción de la vigilancia y protección de las instalaciones del Palacio Legislativo, seguido del paso libre de turbas violentas oficialistas al Capitolio, como en los lejanos días del 24 de enero de 1848. Todo ello, con aprobación militante o indiferencia cómplice del Tribunal Supremo de Justicia.

En este ambiente de ruptura y desprecio del orden constitucional, la Sala llamada Constitucional presta su cooperación al Presidente de la República para convocar y montar una espuria Asamblea Nacional Constituyente, en contra de las normas de la Constitución, con poderes “supraconstitucionales” y elegida fraudulentamente, que ha tomado indefinidamente todas las atribuciones del Poder Público, incluyendo desde luego todas las que corresponden a la Asamblea Nacional legítima. Busca la Constituyente, según palabras de Casal, “ser un instrumento de desmoralización frente al combate cívico de una sociedad que no se resigna”. Es un proceso histórico –añado yo- que todavía no tiene desenlace.

Bienvenida sea entonces la obra de Jesús María Casal Hernández: “Asamblea Nacional: conquista democrática vs demolición autoritaria”, destinada a desenmascarar el proceso de destrucción de las instituciones democráticas en Venezuela.

Muchas gracias por su atención.

Caracas, 28 de noviembre de 2017.

**FORO: "EL EMPODERAMIENTO DE LA MUJER  
VENEZOLANA Y EL 70 ANIVERSARIO  
DEL RECONOCIMIENTO DE SUS DERECHOS  
POLÍTICOS CONSTITUCIONALES".  
29 DE NOVIEMBRE 2017.**

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

La Asamblea General de las Naciones Unidas, el 17 de diciembre de 1999 estableció el 25 de Noviembre como DIA INTERNACIONAL PARA LA ELIMINACION DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, en conmemoración de la gesta de las hermanas Mirabal, heroínas dominicanas de la lucha contra la dictadura del general Rafael Leónidas Trujillo: Patria, Minerva y María Teresa Mirabal. Brutalmente asesinadas en la Republica Dominicana por orden del dictador.

La Asamblea General de la ONU invitó a gobiernos, organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales a convocar actividades dirigidas a sensibilizar a la opinión pública sobre el problema de la violencia contra la mujer. En particular, la campaña UNETE para poner fin a la violencia contra la mujer, iniciativa lanzada en 2008 por el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-Moon, respaldada por su sucesor Antonio Guterres.

Por ello, La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha venido respaldando esta iniciativa de las Naciones Unidas y de la Federación Latinoamericana de Abogadas (FEDLA), desde el año 2010, habiendo recibido un Diploma de Reconocimiento de las Naciones Unidas en Venezuela por su valioso apoyo brindado a esta campaña Internacional.

Numerosos son los hitos que han marcado el camino de esta campaña mundial, como son la CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (CONVENCION DE BELEM DO PARA), aprobada el 9 de junio 1994, por la XXIV Asamblea General de la Organización de Estados Americanos; la IV Conferencia Mundial de la ONU, efectuada en Beijing, China, en 1995, para el empoderamiento de la mujer, como estrategia para lograr la igualdad y la equidad y aumentar la participación real de la mujer en todos los procesos sociales; y en Venezuela, el Decreto 216 de la Junta Revolucionaria de Gobierno de

fecha 15 de marzo de 1946, que estableció el Estatuto Electoral para la elección de los diputados a la Asamblea Nacional Constituyente de ese año, así como la propia Constitución de 1947, que consagraron el voto universal, directo y secreto de todos los venezolanos, sin distinción de sexo, credo o condición social; logros ratificados ampliamente en las Constituciones de 1961 y de 1999.

A pesar de estos importantes precedentes, el camino hacia el logro de la igualdad efectiva entre el hombre y la mujer ha sido lento, pues no obstante los avances, las leyes e instituciones destinadas a la defensa de los derechos de la mujer no han logrado totalmente preservarla de la violencia ni han podido asegurarle una participación real en todos los ámbitos de la vida social, a nivel nacional e internacional. De manera que esta es una lucha que conserva toda su vigencia en el presente.

En Venezuela, en materia política, ha habido muchos logros de la mujer, pues más allá de la obtención del derecho abstracto al sufragio activo y pasivo por parte de la mujer venezolana, hemos tenido muchas diputadas, ministras, gobernadoras, magistradas, alcaldesas, funcionarias administrativas y líderes de partidos políticos, aunque debamos preguntarnos si en todos los casos tuvieron la oportunidad de ejercer influencia y tener peso en las decisiones adoptadas por los organismos a que han pertenecido.

Esta pregunta nos conduce inmediatamente a replantear el tema de la igualdad de la mujer bajo la perspectiva contemporánea del empoderamiento, es decir, de la obtención de las condiciones intelectuales y materiales que posibiliten alcanzar lo que teóricamente consagran las convenciones, declaraciones y leyes acerca de sus derechos.

En esta ocasión, con la venia de esta ilustre audiencia, quisiera plantear el tema de la mujer venezolana frente al emprendimiento, es decir, frente a la iniciativa empresarial y a la capacidad e impulso propio de la mujer en las actividades sociales y económicas. Si bien el Estado debe garantizar las oportunidades para que las mujeres puedan ejercer sus derechos en todos los ámbitos de la vida colectiva, no es menos cierto que las mujeres deben tener también la iniciativa personal para enfrentar los retos de todos los ámbitos de la vida social, más allá de la actividad política.

Me refiero al ejemplo vital de mujeres como Teresa Carreño, Teresa de la Parra, Cecilia Pimentel, Lya y Sofía Imber, Margot Benacerraf, Fina Torres, Margarita Cadenas, Ana Teresa Torres, Lía Bermúdez y María Santos en el interior del país, Inés Quintero y Gioconda Cunto de San Blas al frente de dos academias nacionales, Cecilia García Arocha al frente de la Universidad Central de Venezuela, María Carolina Pacanins de Herrera y tantos otros ejemplos, que por razones de brevedad ahora no menciono. Pero me detengo en Carolina Herrera, figura por la cual tengo particular admiración

María Carolina Pacanins de Herrera –ícono de la industria global de la moda- es un ejemplo vivo de las metas que puede alcanzar la mujer venezolana en el mundo, hasta el punto que la fama de su apellido hispánico ha doblegado al mundo anglosajón, el cual se ha visto obligado con mucha dificultad a pronunciar las erres de su apellido: Herrera.

Hija de una familia favorecida por los tiempos de la dictadura perezjimenista, ya que su padre fue gobernador del Distrito Federal por muchos años y su tío presidente de Fedecámaras y del Banco de Venezuela, a la caída del régimen sufre un eclipse y debe adaptarse a una dura transición, mediante la búsqueda en sí misma de valor, destreza y energía. No obstante su conocimiento de la vida social, Carolina Herrera sólo era una distinguida ama de casa, muy atenta de las reglas del buen vestir. Es por ello que me atrevo a afirmar que de ser exclusivamente una consumidora pasó a ser una de las mujeres más productivas de Latinoamérica y tal vez del mundo. Tal vez por todo esto, dijo con franqueza algún día: “cuando me miro al espejo ya no busco a la que fui en el pasado...sonríó a la que soy hoy...me alegro del camino andado y asumo mis contradicciones”.

Carolina Herrera ha sido objeto de una multitud de premios y reconocimientos desde el año 1981, por parte de numerosas instituciones, asociaciones del mundo de la moda, y en el año 2007 fue considerada por la prensa entre “los cien latinos más influyentes”. Fue designada Embajadora de la ONU contra la Mal Nutrición y Madre del Año 2006 por la American Cancer Society. Tal vez por esto afirmó un día: “La mujer sólo tiene un defecto, no reconoce lo valiosa que es”.

En conclusión, la mujer venezolana debe asentarse sobre su propio valor y autoestima y estar dispuesta a participar no sólo en la política,

donde requiere una mejor calidad de participación, sino también en todos los ámbitos de la vida de la sociedad, con especial enfoque en el emprendimiento económico, para lo cual estamos seguros de que se encuentra plenamente capacitada.

Muchas gracias por su atención.

Caracas, 29 de noviembre de 2017.



**ACTO DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD  
VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL.  
7 DE NOVIEMBRE DE 2017.**

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

Para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales es motivo de mucha complacencia la constitución de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, tanto más si se deja testimonio de ello en este recinto impregnado de historia, que por muchos años ha sido considerado como un templo del saber jurídico. Las sociedades y asociaciones de profesionales del derecho para el estudio de alguna materia jurídica constituyen tal vez la herramienta más eficaz para el desarrollo científico de la disciplina y para la defensa de sus principios, lo cual es aún más eficiente si se vincula con la matriz de la Academia Nacional que le proporcione el asiento necesario para su actividad. Prueba de esto, lo tenemos en ciertas asociaciones jurídicas que han tenido una trayectoria importante en nuestro medio, como han sido la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, el Instituto Venezolano de Derecho Social, la Asociación Venezolana de Derecho Privado, la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, la Asociación Venezolana de Derecho de los Seguros, el Foro Penal Venezolano, y otras muchas, que han tenido trascendencia en sus ámbitos respectivos de estudio y han dejado huella de su trabajo.

La vigencia de la creación de una sociedad civil como la que hoy atrae nuestra atención cobra mayor relevancia frente a las amenazas de ataque por parte del régimen político, que en los últimos años ha planteado la reducción progresiva de la libertad económica que garantiza la Constitución, con la incesante intervención en la economía, la aprobación de leyes que ahogan la iniciativa y la autonomía de la voluntad particular, y finalmente, con el propósito no disimulado de reformar en modo destructivo o llanamente abolir el Código de Comercio, y poner fin a la coexistencia un día ofrecida por el régimen político entre la libre empresa y las estructuras de una economía socialista comunal.

En este combate la Academia de Ciencias Políticas y Sociales no ha estado sola, pues ha tenido el apoyo de numerosos juristas y

abogados que continúan estudiando y difundiendo las materias jurídicas, que sólo dentro de un ordenamiento jurídico democrático y liberal pueden desarrollarse, y en especial han concurrido a la elaboración y publicación de la obra colectiva de homenaje al Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904, coordinada por el ilustre académico y expresidente de esta Academia Alfredo Morles Hernández y la colaboración de la doctora Irene de Valera, ya fallecida, la cual ha puesto de presente el valor histórico y la eficacia ordenadora de la economía de la legislación mercantil. No sustituible por una improvisada legislación colectivista.

Superada la etapa colonial en Venezuela, la formación verdadera de un derecho mercantil nacional comienza con los Códigos de Comercio promulgados en el siglo XIX, primero el de 1862 en los tiempos de la dictadura paecista, seguido por el Código de Comercio de 1873, durante el septenio guzmancista, luego el Código de Comercio de 1904, en el período castrista; y este último representa la culminación de una etapa de legislación inspirada en el derecho francés y en el derecho italiano, por obra de los más cultos juristas de nuestro país al final de ese siglo, como fueron los doctores Ramón Feo, Carlos Grisanti, Manuel Clemente Urbaneja y Nicomedes Zuloaga.

Precisamente, a partir del Código de Comercio de 1904 se inicia la influencia en el derecho mercantil nacional de la doctrina alemana, con particular incidencia en el capítulo de los títulos valores, mediante la incorporación del principio de abstracción documental, como lo afirman varios autores y lo confirma el doctor Morles en su Historia del Derecho Mercantil Venezolano.

Sin embargo, cabe señalar que el historiador Rogelio Pérez Perdomo afirma –con respecto al siglo XIX- que “el impacto inmediato de esta legislación era nulo”, con un valor mayormente “simbólico”; que podría más bien decirse con escaso arraigo en la realidad social, la cual continuaba rigiéndose por antiguas costumbres y normas del derecho español anterior a la consolidación de la República. Tal vez, diríamos nosotros, circunscrito a la práctica comercial de un enclave de comerciantes extranjeros y de aquellos venezolanos que con ellos se relacionaban.

A este respecto, desearía que se me disculpara hacer mención de una anécdota casi familiar, relativa a mi antepasado Abel Santos, jurista tachirense de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia desde 1911, quien durante su exilio en Colombia, en los tiempos de la dictadura del general Gómez, elaboró un anteproyecto de Código de Comercio para esa nación (1923). Dicho anteproyecto trataba de persuadir a los juristas colombianos de adoptar la tendencia del Código de Comercio italiano de 1882, inspiradora del Código de Comercio venezolano de 1904. El también jurista tachirense Amenodoro Rangel Lamus, amigo de Santos e importante colaborador del presidente Eleazar López Contreras, aunque no dejaba de reconocer el valor de la iniciativa de Abel Santos, polemizaba con él y manifestaba que en la doctrina alemana estaba el futuro del derecho mercantil y no en la doctrina franco-italiana.

Esta anécdota revela, a mi juicio, la actualidad en el conocimiento de los juristas venezolanos, incluidos los de provincia, lo que les permitía hacer doctas críticas a la legislación nacional y extranjera y proponer avanzadas reformas, a pesar de que el país no tuviera aún la capacidad de asimilarlas.

La evolución de los Códigos antes mencionados se ve continuada por la amplia reforma de 1919, y por las reformas parciales de 1938, 1942, 1945 y la última de 1955, cuyo artífice principal fue el jurista de origen alemán Roberto Goldschmidt y su gran patrocinante el ministro de justicia Luis Felipe Urbaneja. Todas estas reformas agregaron valor e importante elementos de modernización parcial de los Códigos anteriores.

Más recientemente, y ante el impacto de las leyes especiales de derecho mercantil, que le imprimió un aspecto fragmentario a la materia, se han propuesto ambiciosas reformas con distintas orientaciones mediante proyectos elaborados por comisiones técnicas presididas por ilustres juristas como Roberto Goldschmidt, René De Sola y Alfredo Morles. No tuve el placer de conocer al profesor Goldschmidt porque falleció en el año en que yo entraba a estudiar en la Universidad Central de Venezuela, pero sí he tenido la dicha de conocer, escuchar y leer a los otros dos grandes maestros De Sola y Morles.

En cuanto a dichas reformas ha expresado el doctor Morles:

“En Venezuela, se han producido varios intentos de reforma de la legislación mercantil codificada, uno total, bajo la dirección del profesor Roberto Goldschmidt, y dos parciales a cargo del profesor René De Sola y del autor de este trabajo, respectivamente. Ha sido exitosa la iniciativa del profesor Luis Cova Arria de separar del Código de Comercio la materia marítima y de regularla por medio de leyes especiales. También se ha legislado separadamente sobre seguros, sobre banca y sobre bolsa, por medio de unos instrumentos legislativos a los que se le han señalado anomalías”.

Toca a la Sociedad, que ahora se constituye, abordar estos proyectos encaminados a mantener al Código de Comercio como eje central de la materia, sin perjuicio de una adecuada coordinación del conjunto de leyes especiales que lo circundan, cuya existencia ya sería difícil de integrar en un solo cuerpo de normas con espíritu codificador, así como también desarrollar la unificación internacional de las formas mercantiles para integrar a nuestro país en la economía planetaria. En el plano personal, la Sociedad tiene el reto de continuar con la tradición mercantilista de valiosos y ejemplares juristas nacionales, algunos individuos de número de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales, como fueron o son José Loreto Arismendi, Carlos Grisanti, Carlos Morales, Gonzalo Parra Aranguren, René De Sola –decano de los académicos actuales- José Muci Abraham, Leopoldo Borjas, Alfredo Morles, Luis Cova Arria, Alberto Baumeister, Julio Rodríguez y Carlos Eduardo Acedo Sucre; así como también, asegurar la continuidad de otros grandes mercantilistas que, aunque no fueron individuos de número de esta Academia, fueron o han sido igualmente grandes artífices de esta disciplina, como el ya repetidamente citado Roberto Goldschmidt, Armando Hernández-Bretón, Hugo Mármol Marqués, María Auxiliadora Pisani Ricci, Manuel Acedo Mendoza, Víctor Pulido Méndez y muchos otros. Sirva esta ocasión además, para recordar a mis profesores de derecho mercantil: Hugo Mármol Marqués, José Ramón Burgos Villasmil y Manuel Padula.

Pero, sin perjuicio de lo anterior, la principal misión de esta Sociedad es enfrentar la ola intervencionista y estatizante, que amenaza con aplastar la libre empresa, la iniciativa privada, la autonomía de la voluntad, la creatividad de la actividad comercial y en definitiva, hacer desaparecer el derecho mercantil plasmado en el Código de Comercio, en las leyes especiales y en las convenciones internacionales, que son los instrumentos que nos conectan más expeditamente con la economía internacional y con el intercambio entre las naciones. Apuesto entonces por el éxito de esta nueva Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil.

Muchas gracias por su atención.

Caracas, 7 de diciembre de 2017.

**LA IMPORTANCIA DE PROMOVER, PROTEGER  
Y ACTUALIZAR AL DERECHO MERCANTIL.  
PROF. JULIO RODRÍGUEZ BERRIZBETIA.  
INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA ACADEMIA  
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES  
Y MIEMBRO FUNDADOR DE LA SOVEDEM.**



Señor Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales  
Dr. Gabriel Ruan  
Miembros de Número de esta Corporación  
Señores Profesores  
Naybe Chacón, Rafael de Lemus, Diego Cartagnino  
y demás miembros fundadores  
de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM)  
Invitados Especiales

Esta innovadora iniciativa de un grupo de profesores de Derecho Mercantil asume el reto de dar vida a una nueva forma de concebir lo jurídico-mercantil frente a los retos del futuro que no desaparecen a pesar de las amenazas que actualmente nos acechan.

Pero el camino recorrido no ha sido corto desde las prácticas de los mercaderes que sembraron la primera semilla hasta la codificación mercantil como un intento de juridificar las relaciones comerciales. Con gran acierto comenta algunos elementos de esta dinámica Carlos Petit en *Del Ius Mercatorum al Derecho Mercantil*. Así señala:

Un proceso creciente de juridificación acabó, entonces, con el tradicional *ius mercatorum*, generando nuestro moderno Derecho Mercantil. La disciplina comercial se redujo a Código, la ciencia doméstica se convirtió en economía política, la religión y el beneficio gracioso desaparecieron del horizonte cultural de unos mercaderes finalmente trasmutados en comerciantes. Junto a los rigores del Código Civil, el Mercantil conoció, sin embargo, otro sistema de fuentes; tampoco se liquidó de golpe la autonomía jurisdiccional del comercio, y la historia o la biografía de una vieja actividad profesional sirvió para razonar de otro modo en cuestiones de Derecho Privado.

Pero desde sus orígenes como Derecho nuestra disciplina ha sabido nutrirse del pensamiento de los que confrontan día a día la necesidad de asumir lo comercial (luego lo empresarial) como forma de hacer circular los bienes en la sociedad tal como señalaba Rocco con su teoría de “la interposición en el cambio”. La relación comerciante (empresario) legislador se ha documentado históricamente refiriéndose al trabajo conjunto de Colbert, ministro de Luis XIV y el comerciante Jacques Savary (autor del *Parfait Négociant* en 1675), en la elaboración de la ordenanza de comercio de 1673 llamada por autores como Pussort “Código Savary”.

En Venezuela nuestra historia como disciplina ha sido minuciosamente desarrollada recientemente por el académico Alfredo Morles (*Historia del Derecho Mercantil Venezolano*, 2015). El profesor Morles se ha referido a los esfuerzos de actualización legislativa en los siguientes términos:

En Venezuela se han producido varios intentos de reforma de la legislación mercantil codificada: uno total, bajo la dirección del profesor Roberto Goldschmidt, y dos parciales a cargo del profesor René de Sola y del autor de este trabajo respectivamente. Ha sido exitosa la iniciativa del profesor Luis Cova Arria de separar del Código la materia marítima y de regularla por medio de leyes especiales. También se ha legislado separadamente sobre seguros, sobre banca y sobre bolsa, por medio de unos instrumentos legislativos a los que se les han señalado anomalías.

El propio Morles ha puesto de relieve el rol de los mercantilistas venezolanos en la codificación del Derecho Privado. Seguir ese camino que nunca se termina de recorrer es parte esencial de la Asociación que hoy se presenta. Ello a pesar de lo señalado por el propio profesor Morles: “se vive una situación de incertidumbre acerca de la efectiva vigencia de las normas mercantiles, basadas en la libertad de comercio. Existen versiones, no oficiales, de reforma del Código de Comercio”.

Ahora bien, detengamos nuestra atención sobre las exigencias teórico-prácticas planteadas a la nueva Asociación. No sin entender como decía Husserl que “el comienzo es la cosa más complicada de todas

nuestras situaciones fuera de lo ordinario”. En realidad todo comienzo exige un punto de partida que en el caso que nos ocupa se refiere a la adopción de un punto de vista. De hecho pudiéramos señalar que cada punto de vista que consideramos en el Derecho es definido por los principios que se consideran fundamentales y a los que constantemente debemos recurrir a través de argumentos. Ello no implica, en una disciplina como la nuestra, que constantemente debamos recurrir –como consecuencia de la propia evolución histórica– a revisar esos principios ya sea a través de su reformulación, extensión o el cambio progresivo de su sentido. A veces nuestros puntos de vista pudieran ser mantenidos con los nombres utilizados hasta ahora. Pero a veces nuestro compromiso intelectual puede exigir la adopción de nuevos puntos de vista.

Muchos de nosotros hemos vivido la experiencia docente en la cual nuestra forma de ver las cosas es sometida al juicio del estudiante. De ese intercambio, surge como una luz, una nueva manera de asumir nuestras posiciones. Sin ello la docencia no tendría la riqueza transformadora que muestra para todos. Quisiéramos pensar, sin agotar el contenido del trabajo que tenemos frente a nosotros, en temas como el nuevo Derecho Bancario en el cual se establezca un equilibrio justo entre la libertad contractual y la protección de los derechos de los clientes. Ese nuevo Derecho debe dejar atrás las regulaciones actuales que se apartan de las orientaciones que han venido prevaleciendo en las economías de mercado.

También se requiere nuestro esfuerzo en el sentido de una nueva formulación del Derecho Societario en la cual se consideren cuestiones capitales como: nuevas formas societarias; exigencias de capital mínimo; controles internos y externos; impugnación de las Asambleas; revocación de los Acuerdos de las Asambleas; delimitación racional de la teoría del levantamiento del velo corporativo; gobierno corporativo, etc.

Igualmente se requiere pensar en una nueva regulación del mercado de valores que permita al sector privado nacional e internacional contribuir en la reconstrucción de este país. De igual forma debemos abordar la regulación relativa a los títulos valores entendiendo el rol de la abstracción en la teoría cambiaria moderna. Ello debe complementarse con el entendimiento de la función del cheque y el pagaré en la realidad actual.

En materia de garantías mercantiles tal como lo expone Morles en su libro de *Garantías Mercantiles* (2010) se exige: “la compatibilidad del ordenamiento jurídico venezolano con un contrato de garantía genérico concebido por nuestra doctrina como un negocio jurídico por medio del cual una persona se obliga a responder a otra del riesgo de una actividad”. Tampoco puede posponerse la correcta regulación del comercio electrónico el cual ha sido objeto de importantes estudios en la doctrina venezolana. Así también tenemos un compromiso con la legislación concursal en el sentido de que la misma debe tomar en consideración a las partes afectadas por la posible desaparición de la empresa. En esta materia tanto la teoría económica del Derecho como la Filosofía Jurídica (Finnis) se han pronunciado.

En vista de lo anterior y por muchos otros temas mercantiles no mencionados, pero que esperan una pronta definición, la Asociación luce como instrumento de primera categoría para realizar el trabajo requerido. De ninguna manera podemos dejar de mencionar el arduo trabajo de la doctrina patria por dar soluciones que lamentablemente no han sido recogidas por la legislación. Al menos en el caso patrio tenemos la tranquilidad –relativa como todo lo que ocurre actualmente en el país– de contar con una sólida formación doctrinaria de nuestros mercantilistas que tiene sus raíces en grandes maestros cuya enumeración pudiera pecar a la hora de no mencionarlos a todos. No obstante podríamos citando a Carnap, decir que en ellos nunca ha faltado esa requerida diferenciación entre actitud y teoría. Fina a la hora de no transformar lo que pudiera ser para nosotros mejor frente a lo que es mejor. También pudiéramos referirnos a Carnap para señalar que lo que es empíricamente imposible todavía es concebible, pero lo que es lógicamente imposible es contradictorio, y no puede ser pensado de ninguna manera.

La Asociación que hoy se nos presenta configura un esfuerzo bien especial por aportar un valioso caudal de talento para la construcción de una nueva forma de ver a las empresas y a sus clientes. Formamos como diría Antoine de Saint-Exupéry en su obra póstuma *Citadelle* (1948) una caravana donde lo esencial se descubre solo cuando ella se consume. En realidad somos los continuadores de una obra en la cual los valores –como la justicia– nunca han estado ausentes. Morles en su obra acerca

de la *Historia del Derecho Mercantil* señala: “que el Derecho Mercantil venezolano ha mantenido a lo largo de los siglos un núcleo esencial que lo distingue: el de procurar ser un ordenamiento escrupulosamente justo”.

La vieja doctrina ontológica señalaba que el conocimiento de las posibilidades debe preceder al de las actualidades. Creo que podemos sentir que hemos cumplido una parte importante de nuestra actividad si logramos precisar cuáles son esas posibilidades. Frente al Socialismo –eliminativo– que hemos vivido en los últimos años y que es el único causante de la destrucción económico-social que vive el país se plantea una nueva forma de hacer las cosas. Para lograrlo el jurista-mercantil debe reconstruir las bases actuales de nuestra disciplina patria con un enfoque no reductivo en el cual seamos capaces de pensar al mismo tiempo en el derecho, en la moral y en la economía. Posiblemente no seamos capaces de solucionarlo todo pero lo que dejemos de hacer nadie lo hará por nosotros y esa oportunidad se habrá perdido para siempre.

Muchas gracias

**SESIÓN ORDINARIA CON OCASIÓN  
DE LA ENTREGA DE LOS PREMIOS:  
"DR. HUGO MÁRMOL MARQUÍS",  
"DR. JOAQUÍN SÁNCHEZ-COVISA"  
Y "DON RAFAEL MARTÍNEZ MENDOZA"  
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS  
Y SOCIALES 2016-2017.  
20 DE JUNIO 2017.**

**PALABRAS DE APERTURA A CARGO  
DEL DR. EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN,  
INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN.  
LOS PREMIOS DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS  
POLÍTICAS Y SOCIALES 2016-2017.**

Este año el Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales cumple cien años de su establecimiento. Ello se acordó en la sesión ordinaria de 10 de abril de 1917. Hoy, al igual que hace cien años, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales premia el esfuerzo, el trabajo, la inteligencia, el conocimiento y la investigación en materia de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Hoy son galardonados con los Premios de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2016-2017 el Dr. Luis Petit Guerra, conocido y serio investigador, antiguo juez en Caracas, quien recibe el Premio para Profesionales, el profesor Francisco Suárez Schanely, docente de la UNIMET y egresado de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la UCV, quien recibe el Premio para Tesis de Postgrado y para Trabajos de Ascenso en el Escalafón Universitario, y el bachiller Kenyer J. Amaiz Rojas, estudiante del Quinto Año de Derecho en la UCV, quien recibe el Premio para Estudiantes. Los ganadores de nuestros Premios de este año son jóvenes, como los muchachos y los jóvenes asesinados durante las protestas de los últimos meses o como los miles de heridos y los cientos de detenidos en todo el país. Pero hay otro desangramiento: el intelectual. Más de dos millones de venezolanos han emigrado. De entre ellos cientos de miles de profesionales, y quien sabe de entre esos profesionales cuántos abogados y científicos sociales formados en nuestras universidades. Sea esta ocasión un momento para recordarlos, a todos ellos, y para también tener presente a la juventud venezolana que lucha por su futuro -y por el futuro de todos nosotros- que es el futuro y la vida que nos quieren arrebatar, ante la impotencia del Derecho y ante el fracaso de los hombres y las mujeres que han debido y podido impedir que todo esto sucediera, pero que prefirieron la complicidad criminal antes que servir a su Patria. Pero no importa lo que nos hagan, pues ya Venezuela



decidió su camino. Ese gran venezolano que siempre será Andrés Eloy Blanco ya lo dijo en 1936:

“No hay en la tierra un pueblo de mayor resistencia ni más bueno que el mío.”

De conformidad con el Reglamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 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”.

Este año la Academia confiere tres premios, honrando también así la memoria de tres ilustres hombres cuya obras han contribuido notablemente -como lo exige el Reglamento- al desarrollo de las disciplinas de nuestra Academia. A continuación me voy a referir a cada uno de los premios y sus epónimos. El Premio para Estudiantes este año lleva el nombre de Don Rafael Martínez Mendoza, quien fue el ganador del primer certamen de investigación promovido por esta Academia, que se llamó el “Premio Aranda”, en 1917. El trabajo ganador del Premio en ese año llevó por título Breves consideraciones sobre el sistema tributario de Venezuela. Martínez Mendoza fue un apasionado estudioso de los temas económicos y de la agricultura, autor del Manual del agricultor venezolano o compendio de métodos de todos los cultivos tropicales. Asesoró la fundación del Banco Agrícola y Pecuario en 1928 y en el establecimiento de la Contraloría General de la Nación en 1936. Nació en Caracas el 26 de octubre de 1872 y falleció en la misma ciudad el 6 de noviembre de 1961. Fue individuo de número de esta Academia, electo en 1928 para ocupar el Sillón No. 22. Su trabajo de incorporación versó sobre la Economía Nacional, el cual constituye un completo panorama de las riquezas naturales e industriales del país para convertirlo en una potencia mundial. Creo que no lo leímos o no lo entendimos. De ese trabajo reproduzco un solo párrafo: “...ningún Estado puede aspirar a la prosperidad si no fomenta su comercio exterior; y se fomenta éste eficazmente estimulando y favoreciendo la producción de los frutos vernáculos que puedan servir para el cambio internacional”. 90 años después esta idea mantiene su plena vigencia y urgencia.

El premio para Tesis de Postgrado y Trabajos de Ascenso en el Escalafón Universitario lleva el nombre del Prof. Dr. Joaquín Sánchez-Covisa, quien fue considerado “uno de los hombres de mejor calidad que haya venido a residir en Venezuela, y uno de los profesores más eminentes que en toda su historia ha tenido la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela”, según dijo el Dr. José Muci-Abraham, antiguo presidente de esta Academia. El Dr. Luis Felipe Urbaneja, quien fue miembro de esta Corporación, llamó a Sánchez-Covisa “el más completo jurisconsulto, por la vastedad de su erudición y profundidad de conocimientos en sus ramas predilectas” y el Dr. Ernesto Peltzer, el economista alemán homónimo de la Biblioteca del Banco Central de Venezuela, lo llamó “el más destacado que hubo entre nosotros en materia de economía”. Aunque Sánchez-Covisa nació en Madrid el 15 de enero de 1915 y allí estudio hasta cuarto año de Derecho, la Guerra Civil española lo obligó a buscar futuro en Venezuela.

El 25 de mayo de 1943 defendió Sánchez-Covisa su tesis doctoral en la UCV bajo el título *La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano*, la cual recibió las más altas distinciones y se ha convertido en un clásico de la literatura jurídica venezolana, que ha sido publicada varias veces, la más reciente en 2008, por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. En nuestro país los tímidos intentos posteriores sobre el tema no se han aventurado a cuestionar las sugerencias científicas de Sánchez-Covisa, y los tribunales han encontrado muy cómodas sus propuestas. Los cambios de muy diversa índole legal sucedidos desde los años en que fue escrita, 1943, hacen irrefutable la necesidad de revisar las propuestas teóricas avanzadas por Sánchez-Covisa hace más de 70 años. En 1956, el propio Sánchez-Covisa dijo que al haber continuado la labor de la jurisprudencia desde la fecha en que fue escrita la tesis, al haberse transformado sustancialmente la posibilidad de acceso a las fuentes bibliográficas y al haber madurado también los puntos de vista del autor, si él tuviera que escribir de nuevo esa tesis de doctor, algunas de las cosas que en la tesis se dicen, “no se dirían o se dirían de otra manera, y se dirían, en cambio, otras que en él se omiten”. Esta tarea, que Sánchez-Covisa no pudo acometer, es un desafío para nosotros y enfrentarlo con planteamientos novedosos sería un gran homenaje a su recuerdo. Sánchez-Covisa fue destacado

profesor de Economía y Derecho Internacional Privado en la UCV. Falleció en Caracas el 2 de febrero de 1975. Tal como en el caso de Don Rafael Martínez Mendoza, 75 años después Sánchez-Covisa nos deja ideas y tareas de urgencia impostergable para el progreso del Derecho en Venezuela.

El Premio para Profesionales lleva el nombre del Prof. Dr. Hugo Mármol Marqués. El Prof. Hugo Mármol, como llamamos sus alumnos a este gran profesor, nació en Caracas el 8 de febrero de 1938. Fue el hijo primogénito del Dr. Francisco Manuel Mármol Curiel, quien a su vez fuera individuo de número y presidente de esta Academia, y de su esposa Dora Marqués de Mármol, ambos originarios de la ciudad de Carora, estado Lara. El Dr. Hugo Mármol cursó estudios en la ciudad de Caracas y se recibió con honores de Abogado en la UCV, en 1960. Luego continuó estudios en la Sorbonne, donde se doctoró en Derecho Mercantil, y en 1964 también se recibió de Doctor en Derecho en la UCV con su tesis El seguro de Vida.

Su hija Valentina, abogado también, me cuenta que “lo que realmente lo llenaban era la investigación y la docencia”. Resultado de ello fueron sus tres libros dedicados siempre a sus estudiantes: Fundamentos del Derecho Mercantil. Parte General; Fundamentos del Derecho Mercantil Títulos Valores y Fundamentos del Seguro Terrestre. Cuando la muerte tocó a su puerta el 28 de enero de 1988 estaba trabajando en la redacción de su cuarto libro Sociedades. Fue profesor de pre y postgrado en la cátedra de Derecho Mercantil en la UCV y en la UCAB por más de 25 años, y también en la Universidad Gran Mariscal de Ayacucho en Maturín, a la que viajaba con frecuencia a dictar sus clases. A pesar del tiempo transcurrido aun hoy sus títulos siguen siendo publicados y son material de consulta en las aulas de pre-grado y postgrado. Conuerdo con Valentina cuando me dice de su padre que “La facilidad para la docencia era una cualidad innata en la que vertía su pasión y amor por el Derecho”. Fuimos miles los profesionales del Derecho que pasamos por sus aulas y que estudiamos por los “libros de Mármol”, como se le conocían en los pasillos y que aún hoy lo recordamos y citamos en nuestros trabajos y tesis de grado.

La familia Mármol Cordero: Doña Esther Cordero de Mármol, esposa del profesor Mármol Marqués, sus hijos y nietos, así como su

hermana, Doña Dora Isabel Mármol de Briquet, me pidieron que leyera las breves palabras que siguen: “Sabemos que para él habría sido de sumo orgullo entregar este Premio, más aun sabiendo que con ello colabora y fomenta el amor e interés por la investigación en las futuras generaciones, sobre todo en esta época de cambios y reconstrucción en la que la legislación no puede quedar de lado.”

Venezuela atraviesa los tiempos más duros de nuestra historia republicana. Las manifestaciones son miles, y están a la vista de todos. En momentos en que el desasosiego, la deshumanización, la falta de los más esenciales valores morales y la tristeza parecen hacer sucumbir el espíritu de los venezolanos de bien, se hace necesario rescatar palabras de Joaquín Sánchez-Covisa, pero no del profesor sino del humanista, quien en una entrevista publicada en 1970, respondió a la pregunta: “¿Crees que el mundo libre, es decir, aquel en el cual impere la democracia y en donde los hombres no estén sometidos a constricciones del estado intervencionista tiene opción todavía frente al creciente colectivismo que parece imponerse por doquier?” Su respuesta fue esta: “Me haces una pregunta de formidables dimensiones. ¿Ha de prevalecer en el futuro del mundo, una sociedad donde el hombre pueda desarrollar libre y plenamente su personalidad o una sociedad que sucumba ante la expansión creciente de un Estado que constriñe, reprime y aniquila progresivamente, en lo económico, en lo social y en lo espiritual, las manifestaciones de la vida individual? Dicho desde otro punto de vista, el formidable desarrollo tecnológico que se perfila en el mundo del futuro ¿ha de ponerse al servicio de un Estado omnipotente o ha de estar al servicio del hombre y de sus valores éticos y espirituales? (Me es difícil responder). Lo que sí puedo afirmar es que, en tanto haya hombres valerosos, responsables y pensantes, la libertad y la razón del individuo tendrán siempre opción frente al despotismo y al dogma del poder. (...) El progreso y la decadencia de la (...) civilización no está fijado como las leyes de la física o el curso de los astros. Depende del pensamiento y la voluntad de los hombres. De ahí que el primer deber de los hombres interesados en los problemas (...) sociales sea analizar objetiva y desapasionadamente esos problemas y decir la verdad de las cosas, aunque ello resulte muchas veces ingrato y obligue a contradecir las opiniones e ideologías que atraen el aplauso de las gentes.” Hoy, en medio de las

amenazas y de la violencia de la omnipotencia estatal, las palabras de Sánchez-Covisa nos hacen saber que el reloj está sonando y que cada vez con nuestras marchas, y con nuestros esfuerzos indetenibles en el campo académico e intelectual, estamos más cerca de retomar el cauce de la civilidad, del honor civil, de la mística con moral, del respeto, del orden y de la justicia.

Quiero, como académico, como profesor, como venezolano y en nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, agradecer y felicitar a los ganadores de los Premios, así como a los doctores Antonio Casella y Gilberto Atencio Valladares, quienes reciben las menciones de honor; y también, por supuesto, agradecer a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, que indetenible sigue cumpliendo con sus deberes de corporación científica, impulsora del progreso de las Ciencias de su especialidad. Igualmente debo darle las gracias a todos los participantes en estos certámenes por creer en la Ciencia, en el conocimiento, en la virtud y en la civilidad humana. También las gracias a los miembros de los jurados de los Premios por su valioso tiempo y apoyo en estas tareas académicas. Gracias igualmente al Presidente de la Academia y a su Junta Directiva por darme la oportunidad de dirigir estas palabras en este acto. Finalmente, gracias muy especiales a los mecenas de los premios en efectivo que pronto recibirán los ganadores de los certámenes de investigación. Es la generosidad de los patrocinantes la que permite que, sin que la Academia se perjudique en su presupuesto, además de la distinción académica, los ganadores reciban los premios en dinero. Por ello, ante todo, las gracias a la familia del profesor Hugo Mármol Marqués por brindar los fondos para el Premio de Profesionales, en particular a Valentina, por creer en la premiación del saber y del esfuerzo. Y también muchas gracias a los anónimos patrocinantes de los Premios para Estudiantes y para Tesis de Postgrado y de Trabajos de Ascenso, quienes no me permiten que mencione sus nombres, pero que no me pueden impedir que se los agradezca públicamente. Ellos saben cuánto los admiro por esto y por tantas otras cosas más. Gracias a todos ellos, gracias a todos los presentes por creer en un mejor país, más justo, más de todos. Y gracias por luchar por construirlo.

**PALABRAS  
DEL DR. LUIS ALBERTO PETIT GUERRA,  
GANADOR DEL PREMIO  
"DR. HUGO MÁRMOL MARQUÍS",  
MENCIÓN PROFESIONALES POR SU TRABAJO  
"LAS PRUEBAS PARA LA PROCEDENCIA  
DE LAS MEDIDAS CAUTELARES  
EN EL PROCESO CIVIL. RECONDUCIENDO  
EL DEBATE SOBRE EL PERICULUM IN MORA".**

Los premios que hoy se entregan en acto formal pueden coincidir con la fecha de conmemoración de los 100 años de la Academia como hecho histórico, pero no propiamente una “celebración”. Las pérdidas de vidas humanas, numerosos heridos y detenidos entre 2014 y 2017 con motivo de las nutridas manifestaciones ciudadanas en la que muchos de nosotros hemos participado, han llenado de luto al país. Estamos perdiendo lo que queda de República.

¿Dónde quedaron las categorías científicas que tantos debates se plantean en la Academia y Universidades, los conceptos democracia, de derechos fundamentales, de división de poderes, de principio de legalidad y de límites del Estado?

Los “individuos” que hoy ejercen el poder desde hace 17 años manejan unas categorías a la que no estábamos preparados. A partir del odio, el resentimiento social, el miedo y la sumisión imponen su régimen; ejecutorias propias de todo gobierno de corte totalitario (como el comunismo, el fascismo y el nazismo).

La realidad de las cosas nos coloca como “aprendices” de unas categorías de la que solo habíamos leído: La *teatrocracia* de Nietzsche para ejercer la política se conecta a esa *máscara* que Maquiavelo recomendaba emplearse ante los súbditos para mentir; “derecho” éste –el de mentir- que explica Bobbio en la conexión del Príncipe con sus súbditos. También Étienne De La Boétie explica la “servidumbre” voluntaria que nace de la conexión entre El Tirano y los súbditos, que se someten a costa de mendigar favores. A esta forma de hacer política se suma la tesis del “enemigo” (que no opositor) de Carl Schmitt.

Muchos de estos elementos se ponen de manifiesto en Venezuela. Son categorías frente a la cual deberíamos responder como juristas, investigadores, profesores y académicos. En ese sentido, son valiosos los

aportes que esta Corporación ha expuesto en forma pública frente a los desmanes del régimen.

Este oscuro contexto histórico me permite recordar los roles que asumió CALAMANDREI como académico, procesalista y constitucionalista en su natal Italia. En contra del fascismo siguió aportando ideas, colaboró en la elaboración de un nuevo Código de Proceso Civil (no como apoyo al régimen) sino para evitar más excesos. No solo tuvo la oportunidad de ver en vigencia el Código que impulsó; sino que vio también caer el fascismo; para después colaborar con la elaboración de la nueva Constitución que se aprobó.

Guardando las distancias, aquella historia de eterna inspiración, me hace recordar que la obra de mi autoría que hoy premia la Academia nació de un joven Luis Petit procesalista para diseñar un mejor tipo de proceso y un mejor Poder judicial, ejerciendo la judicatura por 15 años y en paralelo en la *mesa técnica* de la reforma de nuestro actual Código de Procedimiento Civil; no para colaborar con los "comunistas" que presentaron el proyecto, sino más bien para controlar –a lo CALAMANDREI- los excesos que pudimos atajar.

Hoy, ese Luis Petit, que *también se hizo constitucionalista*, intenta dar respuestas ante la paradójica situación "anticonstitucional". No sé si veré como aquel, el nuevo Código de procesos; tampoco sabré si veré o no –como espero- caer este despiadado régimen y si habrá o no un desenlace "constitucional", lo que sí parece, es que mientras todo eso sucede, debemos seguir empujando los cambios desde nuestras respectivas agendas: soñando no con la estrechez del país del pasado y mucho menos con el (peor) país del presente.

Ya en el plano personal, quiero agradecer a esta prestigiosa academia y al Jurado calificador por el premio que hoy se otorga a todos nosotros. Felicitaciones al resto de los compañeros y a sus familias.

A mi familia, gracias por estar acá, mis padres, mi esposa y suegros, pero sobre todo a mi chiquita Michelle, quien en sus apenas 8 añitos nos dijo recientemente en Italia a su madre y a mí: "Hay que regresar a Venezuela para luchar". Por ese ADN "libertario" merecemos un mejor país en el futuro.

Dios se apiade de Venezuela y permita conseguir la luz en medio de esta oscuridad.



**PALABRAS  
DEL PROF. FRANCISCO SUÁREZ SCHANELY,  
GANADOR DEL PREMIO  
"DR. JOAQUÍN SÁNCHEZ-COVISA",  
MENCIÓN TESIS DE POST-GRADO  
Y TRABAJOS DE ASCENSO EN EL ESCALAFÓN  
UNIVERSITARIO POR SU TRABAJO  
"EL ROL DE LA NACIONALIDAD  
EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL  
INTERNACIONAL VENEZOLANO  
CONTEMPORÁNEO".**

Estimados Sres. Académicos,  
Estimada Dra. Myrian Rodríguez Reyes de Mezoa,  
Secretaria General de la Universidad Metropolitana, tutora del trabajo  
de investigación hoy galardonado, y por lo tanto,  
necesaria co-receptora de elogios en la presente ocasión.  
Familiares de sangre y putativos,  
Amigos y amigas,

Me siento muy honrado en dirigirme el día de hoy a ustedes con ocasión de recibir el premio Joaquín Sánchez-Covisa para tesis de postgrado y trabajos de ascenso en el escalafón universitario, otorgado por esta corporación; institución con la cual me he reencontrado en el tiempo, por última vez de manera definitiva en fecha 28 de marzo de 2008, como consecuencia de la gentil invitación que hiciera en su momento nuestra mentora, jefe de cátedra, Dra. y académica Tatiana de Maekelt, destinada a participar como oyente en una jornada que discutiría la condición del débil jurídico en el Derecho internacional privado. En dicha oportunidad, se me permitió entrar en un mundo alternativo a la realidad que se encuentra al umbral de la reja metálica que hoy nos separa de la avenida universidad.

Digo reencuentro, ya que en esta oportunidad no puedo dejar de recordar como mi infancia discurrió coincidentemente entre las esquinas La Bolsa y San Francisco, cuando, con 6 años de edad, acompañaba a mi madre y dibujaba en cuadernos dentro de su oficina, dos casas hacia el oeste, dentro del lugar que, en aquel entonces, cumplía las funciones de Oficina de la Comisión de Política Exterior de la Cámara de Diputados, en la antigua sede del Tribunal Supremo de Justicia. Recuerdo muy bien cómo en una oportunidad, mi padre, haciendo tiempo para que

mi madre saliese de su trabajo, me introdujo a la Academia de la Historia para buscar en sus archivos ciertos documentos que investigaba. Recuerdo asimismo en aquel entonces cómo me pregunté quién sería aquel individuo de chaqueta extraña que se encontraba encerrado en una estatua en el medio del jardín central del recinto. "Ese es Vargas", dijo mi padre.

Dieciséis años después, distintas decisiones me llevaron ante otra corporación presente en este palacio, la cual me acogió con la formalidad que para mí caracterizaba a Irene Valera, en aquel entonces Directora Ejecutiva de la Aciempol. A través de una jornada, su madre me introdujo a un mundo de rigurosidad científica, acompañado de la amabilidad de su personal administrativo.

El día de hoy la Academia honra una tesis controversial. Un trabajo que, siguiendo las directrices del filósofo Bertrand Russel, persiguió buscar "la verdad según los hechos", más allá de aquello que deseásemos que fuera o el consenso tácito establecido; que no se contentó con un sistema, simplemente porque es bueno; que ensayó una respuesta destinada a mejorar la realidad; que trató de recordar cómo, en el derecho procesal civil internacional, los valores perseguidos por el sistema determinan ellos, y no al contrario, la estructura de este último.

Por otro lado, me permito rendir un merecido homenaje al maestro y jurista cuyo nombre lleva este galardón. Al profesor Sánchez-Covisa no sólo lo leemos y enseñamos todos los días quienes cargamos siempre en la mano una Ley de Derecho Internacional Privado, Ley cuyo proyecto –por cierto- presentó Sánchez-Covisa junto con Gonzalo Parra-Aranguren a esta Academia el 24 de octubre de 1964. En este momento quisiera, sin embargo, recordar el objetivo que, en el prólogo de la traducción al castellano de la tesis doctoral defendida por el posteriormente académico René De Sola en la Universidad de París, prólogo escrito en enero de 1955, nos llamó a cumplir Sánchez-Covisa. En tal oportunidad expresó dicho maestro:

"(...) En la obra de la jurisprudencia tienen una responsabilidad igual todos los que, como estudiosos o intérpretes, participan en la vida jurídica del país. Las decisiones de los tribunales dependen de lo que se estudia en los bufetes y escritorios, de lo que se investiga

en las bibliotecas, de lo que se enseña y se aprende en las universidades, de la manera como se vive y se siente el derecho en cada lugar y cada hora.”

No puedo dejar de expresar mi gratitud y apoyo a esta Academia al notar cómo ella rinde homenaje diariamente a las citadas palabras de Sánchez-Covisa. Cómo, a través de comunicados oficiales, artículos publicados por académicos en la prensa y libros editados, esta institución defiende el estado de Derecho y nos muestra la vía jurídica correcta frente a la coyuntura nacional, marcada por la prostitución de las instituciones y el más abyecto irrespeto a los derechos fundamentales de los individuos.

A todos agradezco su atención.

F.S.S.

**PALABRAS DEL BACHILLER  
KENYER J. AMAIZ ROJAS,  
GANADOR DEL PREMIO  
"DON RAFAEL MARTÍNEZ MENDOZA",  
MENCIÓN ESTUDIANTES POR SU TRABAJO  
"RESPONSABILIDAD PENAL  
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.  
UNA APROXIMACIÓN  
AL DERECHO PENAL VENEZOLANO".**

Señores Individuos de Número y trabajadores  
de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Señora Ninoska del Carmen Rojas Paredes  
y Señor Héctor Antonio Méndez López,  
*amados padres.*

*Rafael Ernesto Rojas Paredes,*  
*querido tío, donde quiera que estés.*

Familiares, amigos, profesores.  
Señoras, Señores.

“El Derecho Penal es la rama del saber jurídico que asume los contactos más sensibles con la sociedad”. Aprendí esa frase de uno de mis maestros. Y me parece de tanta valía que con ella introduzco el desarrollo de mi obra.

Pero, ¿qué significado tiene?

Para la sociedad, para nuestra Venezuela, hoy significa una cruda y triste realidad, cada vez más palpable. Para los abogados –futuros colegas–; para profesores y académicos: implica una responsabilidad. Para nosotros, los estudiantes: un reto. El reto de asumir también, sin demora, el compromiso de verter todos nuestros esfuerzos, físicos e intelectuales, para ofrecer el mejor de nuestros aportes en la construcción de un Estado de Derecho constitucional. Un Estado configurado, en su forma, como un programa ideal del estricto apego al ordenamiento jurídico vigente, que encuentre como guía a los principios más elementales de la democracia. Y, en su operatividad, un Estado como excelso modelo de promoción, resguardo y garantía de los derechos humanos.

La “responsabilidad penal de las personas jurídicas”, tal como se titula mi trabajo, es precisamente una de tantas puerta divisorias entre la protección de los derechos humanos y el ensanchamiento excesivo del

poder punitivo estatal. Yo no lo entendía; por eso, y por su relevancia actual, me avoqué al estudio de este tema, estimulado desde las aulas de clases por otro de mis maestros.

Para posicionarme en el lado de los derechos humanos, he podido instaurarme la idea de que *las personas jurídicas no son responsables penalmente*. Por razones orden teórico, que van desde el análisis de ciertos elementos de la Teoría General del Delito: *conducta, culpabilidad y dolo*, pasando por la Teoría de la Pena, hasta llegar a la factible vulneración de principios constitucionales, como los de *culpabilidad, intrascendencia de la pena, imputación personal y responsabilidad penal por el hecho*. Igualmente, por razones de orden pragmático, de cara a una adecuada política criminal de Estado.

Por tanto, solo deberán responder penalmente las personas naturales, que actúen con auténtica voluntad criminal, pretendiendo cubrirse en un manto de impunidad, bordado por la estructura organizacional de una persona colectiva.

No obstante, me cuestiono: ¿se soluciona así toda la problemática de los delitos económicos relacionados con las personas abstractas? Estimo que no.

En este contexto, un ilustre ACADÉMICO, quien hoy nos acompaña, ha tenido a bien expresar una importante idea: en las personas jurídicas puede recaer una responsabilidad *sui generis*. Es esta la idea que me permití reconducir, para afirmar que: *siempre que un delito produzca un beneficio patrimonial ilegítimo en la esfera de una persona jurídica, que sea correlativo a un perjuicio económico, jurídicamente apreciable y ajeno*: se generará en esa persona moral una responsabilidad *sui generis*. Esta responsabilidad consistirá exclusivamente en la obligación de restitución patrimonial. En palabras de otro de mis maestros, la función de tal obligación es el restablecimiento del *status quo* que ostentaba el patrimonio de la víctima, con anterioridad a la comisión del hecho punible. De esta manera, se persuade un enriquecimiento sin causa y se le otorga primacía al interés real de la víctima.

Así, el Derecho Penal no quebranta principios o derechos constitucionales; los resguarda. Y otorga, en simultáneo, una tutela más efectiva a los intereses de los afectados por delitos de índole patrimonial.

Esta es una de las humildes ideas que fueron producto de muchas horas de estudio; es el fruto de un deseo: dar un aporte jurídico en pro del crecimiento de mi país. Ya lo ha dicho un honorable PRÓCER, que nos resulta familiar: *“la gloria está en ser grande y en ser útil”*. Y qué mejor manera de ser útil sino es con un intento sincero de materializar aquellas palabras de algún PENSADOR: *“la educación es el tema más importante en que nosotros, como pueblo, debemos involucrarnos”*.

Pero ese deseo de ver crecer a mi país no me es exclusivo. Como un joven estudiante, lo persigo desde aquí: mi trinchera académica jurídica; mientras que otros, jóvenes igual, lo intentan desde su trinchera social, política, científica, cultural, artística o deportiva. Cada uno perseverando por sus sueños. Cada cual representándose su propia hazaña. Todos ciudadanos. Todos con una misma meta: la construcción de una mejor Venezuela. ¡Una Venezuela Libre! A fin de cuentas, la libertad no es solo un derecho; es un presupuesto de vida y progreso social.

Hoy concibo ese pensamiento al contemplar las circunstancias de mi país y reflexiono en que quizás tenga razón aquel ARTISTA famoso, al expresar: *“mientras los hombres den su vida por ella, la libertad jamás morirá”*.

Entonces no desvanezco en mi fe. Y encuentro un bálsamo al recordar una exclamación de un conocido ACTIVISTA: *“con fe, seremos capaces de esculpir en la montaña de desesperación una piedra de esperanza”*.

Como pueden apreciar, hoy un concurso me citaba a hablar solo de lo académico, como estudiante, pero la realidad ha sorprendido el plan y me ha obligado a terminar haciéndolo como un joven, desde su sentir ciudadano, inmutable en su convicción de que los sueños sí se hacen realidad. ¡Y yo sueño con una Venezuela que lllore a sus hijos de alegría! No de tristeza.

Como han podido notar, hoy no he querido hacer mención a nombres propios. Y es que hoy: cada una de las personas a las que me referí, cada una de las aquí presentes y cada una de las ausentes, para mí tiene tanta importancia como la otra: su semejante.

Hoy... solo quiero que me permitan recibir este premio no en mi nombre ni en mi honor, sino en el de cada uno de los jóvenes de



mi país: altos, bajos; flacos, gordos; blancos, morenos o mestizos; jóvenes de cuerpo y mente; jóvenes de escasos años de vida; jóvenes con el don maravilloso de dar vida a otros jóvenes; aún aquellos jóvenes de corazón, alma y espíritu. ¡Por los jóvenes que están y por la gloria de los que ya no! Todos con un sinfín de diferencias; todos con un rasgo común: somos *jóvenes... la exacta representación de nuestro mayor símbolo de esperanza.*

¡Muchas gracias!

**PALABRAS CON OCASIÓN  
DE LA CONMEMORACIÓN DE LOS CIEN AÑOS  
DE LA SESIÓN INAUGURAL  
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS  
Y SOCIALES DEL 19 DE ABRIL DE 1917.**

**ORADOR:  
DR. EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN,  
INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN.**

## **HISTORIAS DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

### **LA SESIÓN INAUGURAL DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

La creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, mediante Ley de 16 de junio de 1915,<sup>477</sup> ha sido celebrada como uno de los grandes logros en materia cultural de los primeros años del régimen del general Juan Vicente Gómez.<sup>478</sup> Por ello no debe extrañar que una vez completados los trámites de instalación de dicha Academia el Ejecutivo Nacional se preocupara por darle la mayor solemnidad a la apertura de sus actividades y que luego de notificado de su instalación, insinuara la realización de una sesión solemne inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 19 de abril de 1917. Más de año

---

<sup>477</sup> Ley sobre Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 16 de junio de 1915, Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela, Tomo I, Ministerio de Relaciones Interiores, Caracas, 1942, p. 95 y s.; también en Leyes y Decretos de Venezuela 1915, Tomo 38, Serie República de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, N° 11.809, p. 147 y s.

<sup>478</sup> Por ejemplo, Tulio Chiossone, Formación jurídica de Venezuela en la Colonia y la República, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980, p. 226. En la edición de El Nuevo Diario, No. 1.428, Caracas, 20 de diciembre de 1916, p. 1, bajo el epígrafe “Conquistas de la Rehabilitación Nacional” se lee lo siguiente: “Ayer circuló un Boletín Oficial contentivo de trascendentales documentos del Ejecutivo Federal, cuyo contenido repercute gratamente en todas nuestras clases y en todos nuestros gremios (...) la designación de quienes han de constituir, como Individuos de Número, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en esta capital.” “Así se comprueba una vez más que en el programa de la Causa de Diciembre, surgido del sano criterio y del fuerte corazón del General Gómez, que la inició y sostiene en el seno de la paz, el amor a la justicia, el afán del progreso y el esfuerzo civilizador, continúa con la misma pujanza de hace ocho años, cuando el General Gómez, dolido de las desgracias de la Patria, se juró hacer cesar sus males y elevarla en grandeza moral y material.”

y medio después de promulgada la Ley el Presidente de la República procedió a nombrar los treinta individuos de número fundadores de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,<sup>479</sup> quienes se reunieron en el Salón de Bibliografía Nacional,<sup>480</sup> ubicado en los altos de la Biblioteca Nacional,<sup>481</sup> para celebrar una sesión preparatoria el 13 de marzo de 1917, a las tres y media de la tarde, previa convocatoria de la Junta designada al efecto por el Ministro de Instrucción Pública, acordándose en esa misma fecha que la sesión de instalación de la Academia tuviera lugar “el próximo 19 de los corrientes a las cuatro y media de la tarde, en el mismo local”.<sup>482</sup> En esta última fecha, “con asistencia de todos los miembros de la Academia designados por el Ejecutivo Federal y ante

<sup>479</sup> Resolución por la cual se nombran a los ciudadanos que, como individuos de número, han de constituir la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en esta capital, Ministerio de Instrucción Pública, Dirección de Instrucción Superior y Especial, Caracas, 19 de diciembre de 1916, en Gaceta Oficial N° 13.023 de 20 de diciembre de 1916; también puede verse en Memoria del Ministerio de Instrucción Pública 1917, Tomo Segundo, Dirección de Instrucción Superior y Especial, Documentos, Imprenta Nacional, Caracas, 1917, Documento N° 46, p. 275. Igualmente ver El Nuevo Diario, No. 1.428, Caracas, 20 de diciembre de 1916, p. 1; El Diario, No. 439, Caracas, 20 de marzo de 1917, p. 2; El Universal, No. 2.714, Caracas, 20 de diciembre de 1916, p. 1. Sin duda alguna, salvo excepciones por razones diversas, la nómina de los fundadores recoge a los más significativos exponentes de las Ciencias Políticas y Sociales de la época, siendo que muchos de ellos se desempeñaban en prominentes cargos en la Judicatura, el alto Gobierno y la Universidad.

<sup>480</sup> Mediante Decreto de 31 de diciembre de 1904 se ordenó la formación de la Bibliografía Nacional, que funcionó en la Dirección General de Estadística del Ministerio de Fomento, pasando desde el 18 de marzo de 1914 a depender del Ministerio de Instrucción Pública, constituyendo una sección de la Biblioteca Nacional, al respecto ver Leyes y Decretos de Venezuela 1904, Tomo 27, Serie República de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1992, N° 9.777, p. 434 y ss., y Leyes y Decretos de Venezuela 1914, Tomo 37, Serie República de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, N° 9.777, p. 81.

<sup>481</sup> La ubicación del Salón de Bibliografía Nacional lo hemos tomado de la mención hecha en “Crónica: Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, La Religión, No. 7.469, Caracas, 20 de marzo de 1917, p. 2 y también en “Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, El Diario, No. 439, Caracas, 20 de marzo de 1917, p. 2. La Biblioteca Nacional había sido trasladada desde su sede “provisional” ubicada al norte de la Plaza Bolívar hasta su nueva sede al costado oeste de la Universidad Central de Venezuela en 1912, Bolsa a San Francisco, actual avenida Universidad. La nueva edificación le fue encomendada al ingeniero Alejandro Chataing, ver Santos Himiob, Historia de la Biblioteca Nacional de Venezuela, Instituto Autónomo Biblioteca Nacional de Venezuela y de Servicios de Biblioteca, Caracas, 2008, p. 67 y s.

<sup>482</sup> Acta de la sesión preparatoria de 13 de marzo de 1917, Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917- 1937, p. 1 y s.

una numerosa y selecta concurrencia,” se celebró el acto de instalación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,<sup>483</sup> además fueron aprobados los Estatutos, se eligió por votación secreta los integrantes de la primera Junta Directiva y se adoptaron otras resoluciones, entre ellas “hacer las participaciones del caso y que se proceda a la instalación solemne de la Academia en la fecha y de conformidad con lo que al efecto disponga el Ejecutivo Federal, de acuerdo con el Art° 1° de la Ley que crea la Academia”.<sup>484</sup> Informado inmediatamente de los particulares anteriores, el Ministro de Instrucción Pública procedió a contestar la antes referida comunicación insinuando a la Academia “la conveniencia de celebrar su sesión inaugural” el próximo 19 de abril, ofreciendo a tal fin el Salón de Conciertos de la Escuela de Música y Declamación.<sup>485</sup> La Academia en sesión de 7 de abril “acordó adoptar

<sup>483</sup> En cuanto a la sesión de instalación de 19 de marzo de 1917 ver El Nuevo Diario, No. 1.515, Caracas, 20 de marzo de 1917, p. 1; La Religión, No. 7.469, Caracas, 20 de marzo de 1917, p. 2; El Diario, No. 439, Caracas, 20 de marzo de 1917, p. 2; El Universal, No. 2.802, Caracas, 20 de marzo de 1917, p. 1.

<sup>484</sup> Acta de la sesión de instalación de 19 de marzo de 1917, Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917- 1937, p. 3-6. La referencia al art. 1 de la Ley parece no ser la correcta, la cual debería ser al art. 12 ejusdem, el cual reza así: “Las demás disposiciones relativas a su funcionamiento e instalación (de la Academia) se dictarán por el Ejecutivo Federal, en su oportunidad”.

<sup>485</sup> El Salón de Conciertos de la Escuela de Música y Declamación es el auditorio principal de la actual Escuela Superior de Música José Angel Lamas, ubicada en la actual avenida Urdaneta, Veroes a Santa Capilla, Oeste Uno, Número Uno. La Escuela de Música y Declamación fue creada mediante la Ley de la Instrucción Especial de 30 de junio de 1915 (arts. 1 y 4 a 6), ver Leyes y Decretos de Venezuela 1915, Tomo 38, Serie República de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1993, N° 11.919, p. 500 y ss. La casona donde funciona la Escuela Superior de Música fue desde 1806 la residencia de don Juan Xavier Solórzano, su señora doña María Jerónima Tovar y sus cinco hijos. Con anterioridad los Solórzano “donaron el terreno en que ahora se elevan San Antonio y San Diego de los Altos. La donación fue hecha para fundar allí una colonia de Isleños, núcleo original de la actual población”. La propiedad debió pasar a la familia del general Juan Bautista Arismendi y doña Luisa Cáceres de Arismendi, pero “no se ha podido documentar, no obstante las investigaciones practicadas” y adquirida por la Nación entre 1883 y 1887. Fue luego sede de la Academia Nacional (Escuela) de Bellas Artes y allí se ambientan las escenas de la novela Ídolos Rotos de Manuel Díaz Rodríguez en las que se relata como las tropas de Joaquín Crespo en 1892 se acuartelan en el edificio y destrozan todo lo que allí se encontraba. Ver en general María Luisa Sánchez, La enseñanza musical en Caracas, Tipografía La Torre, Caracas, p. 18-26. La casona fue remodelada en 1904 y en su fachada norte se lee el nombre del ingeniero Alejandro Chataing y allí puede verse el busto de

la idea del Sr. Ministro de Instrucción Pública y nombrar una comisión que redactase el Programa correspondiente y gestionase todo lo relativo

---

Tikhé de Caracas (la diosa de Caracas), obra de Angel Cabré i Magrinya (Suite Iberia. La arquitectura de influencia española en Caracas, Sala TAC, Caracas, Julio 2015, p. 36-38). En cuanto a la familia (Mixares) Solórzano y la donación de tierras en San Antonio de los Altos por el futuro primer Marqués de Mixares ver Manuel Hernández González, Los canarios en la Venezuela colonial (1670-1810), bid & co. editor, Caracas, p. 167-174. Nada se menciona en esta última obra acerca de la donación de terrenos en San Diego de los Altos (p. 164-167). El 24 de junio de 1911, la Academia de Bellas Artes inauguró en la Escuela de Música y Declamación la exposición de pintura con ocasión del Centenario de la Independencia. Se exhibieron obras de Arturo Michelena, entre ellas, Pentesiilea, que adornaba la gran pared de la tribuna del Salón de Conciertos para la fecha de la sesión inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Este detalle puede notarse si se observa con cuidado la fotografía publicada en la p. 1 de edición de El Nuevo Diario, No. 1.544, 20 de abril de 1917, Caracas. Ver también Héctor Parra Márquez, Esbozo de las Academias, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Estudios, Monografías y Ensayos, No. 29, Caracas, 1983, p. 58 a 64; y José Antonio Calcaño, La ciudad y su música. Crónica musical de Caracas (Walter Guido, coordinador), Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 2001, p. 277-326, 355-358. Es incierta la ubicación actual de Pentesiilea, obra que luego de salir de la Escuela Superior de Música ha vagado por la ciudad. Entre otros lugares, estuvo en La Casona y hoy parece que está en el Círculo Militar de Caracas. El Salón de Conciertos está ubicado en el centro del edificio y “corresponde al espacio que ocupaba el patio de la vieja casa colonial. El área de las oficinas y aula está construida sobre las bases de las habitaciones que rodean dicho espacio”, ver Mario Sanoja Obediente et al, Arqueología de Caracas. Escuela de Música José Angel Lamas, Tomo I, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Estudios, Monografías y Ensayos, No. 177, Caracas, 1998, p. 205 a 209. En esta última obra se relatan los trabajos arqueológicos realizados en el terreno ocupado por la Escuela Superior de Música a partir de 1995 y la relevancia histórica del espacio y su entorno (esp. p. 197-205). Estas consideraciones pueden resumirse en el siguiente párrafo tomado de la Presentación del “Proyecto Arqueológico Lamas” que hacen Mario Sanoja Obediente e Iraida Vargas A. en la citada obra (p. 12): “Las modificaciones e intervenciones sufridas por el edificio que hoy ocupa la Escuela de Música José Angel Lamas, nos indican, pues, que el espacio ocupado por este monumento representa el hito histórico más importante de la ciudad de Caracas, su partida de nacimiento como urbe, el espacio donde se han gestado importantes movimientos políticos, culturales e intelectuales que han marcado tanto la gran historia como la vida cotidiana de esta ciudad a partir del siglo XVI, por lo cual sus estructuras y espacios vividos deben ser tratados con el respeto, el cariño y la deferencia que merece esta ciudad, que vio nacer la independencia de 5 naciones de la América Hispana.” Lamentablemente, el estado de la Escuela y del Salón de Conciertos es deplorable, fiel reflejo de la desidia ante el deterioro del patrimonio cultural venezolano que pude constatar personalmente en una visita a la Escuela junto con mi hija Eukene, el sábado 22 de marzo de 2014, y de la cual guardo evidencia gráfica. La situación no parece haber variado desde entonces según reporta Mariantonia Palacios en su artículo “La triste historia de la Escuela Lamas y un Estado desalmado”, El Desafío de la Historia, año 9, Revista 53, Caracas, 2016, p. 18 a 20.

a la realización de la fiesta”.<sup>486</sup> El Presidente de la Academia designó para integrar dicha Comisión a los doctores Pedro M. Brito González, Juan de Dios Méndez y Mendoza, G. T. Villegas Pulido y Cristóbal L. Mendoza, este último como Secretario de la Corporación.<sup>487</sup> El Proyecto de Programa elaborado por la Comisión fue leído por el Dr. Brito González y aprobado en la sesión ordinaria de 10 de abril.<sup>488</sup>

El 19 de abril, fecha prevista para la celebración de la sesión inaugural, a las 10 y media de la mañana, se dieron cita en el Salón de Conciertos de la Escuela de Música y Declamación “el Presidente Provisional de la República Dr. Victorino Márquez Bustillos, a quien acompañaban el Ministro de Instrucción Pública doctor Carlos Aristimuño Coll y demás miembros del Ejecutivo Nacional; el señor doctor Rafael Bracamonte, Secretario del Presidente de la República, el doctor A. M. Delgado Briceño, Secretario de Gobierno del Distrito Federal, quien representaba al Señor Gobernador de Caracas, el coronel Santos Jurado,”<sup>489</sup> los Edecanes del Sr. Presidente y los Ayudantes de la Inspectoría del Ejército, delegaciones de la Academia Venezolana de la Lengua, la Academia Nacional de la Historia, de la Academia Nacional de Medicina, del Colegio de Abogados, del Colegio de Ingenieros, de la Escuela de Medicina, de la de Ciencias Naturales y Físicas, de la de Farmacia, del Colegio de Médicos del Distrito Federal y del Consejo de Instrucción Pública y de la Escuela de Música y Artes Plásticas. En la tribuna del Salón se encontraban, además de los miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, representantes del Cuerpo Diplomático y sus familiares, el Muy Discreto Señor Provisor y Vicario General del Arzobispado Dr. F. A. Granadillo, a quien acompañaban varios sacerdotes y una “(d)istinguida concurrencia de damas y caballeros llenaba la amplia Sala, prestando mayor brillo a la solemne ceremonia”.<sup>490</sup>

<sup>486</sup> Acta de la sesión ordinaria de 7 de abril de 1917, Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917-1937, p. 7 y s.

<sup>487</sup> Ídem.

<sup>488</sup> Acta de la sesión de 10 de abril de 1917, Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917-1937, p. 9.

<sup>489</sup> El Diario, No. 464, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 2.

<sup>490</sup> El Universal, No. 2.824, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1; La Religión, No. 7.492, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 2.

Una vez situados los invitados en el Salón, se procedió según el Programa acordado.<sup>491</sup> De inmediato los acordes de la Marcha de Tannhäuser de Richard Wagner fueron “brillantemente” interpretados por la Banda Marcial de Caracas,<sup>492</sup> dirigida por el maestro Pedro Elías Gutiérrez, sin duda el más prestigioso director musical de la época. Se dio entonces apertura al acto y el Ministro de Instrucción Pública, en nombre del Ejecutivo Federal, pronunció el discurso de instalación solemne de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

En sus breves palabras el doctor Aristimuño Coll hizo énfasis en que: “La Academia y la Escuela de Ciencias Políticas -esta última creada en 1916- responden al empeño del Gobierno por alentar el desenvolvimiento científico del Derecho. La tribuna de la Academia rivalizará en esta obra con la cátedra de la Escuela”. En tal sentido afirmó el Ministro que: “Si el siglo pasado fue de las ciencias de la naturaleza, el nuestro será el de las ciencias del espíritu y entre ellas hacia las Ciencias Políticas se orientará la aspiración de todas las almas que anhelan la paz, irrealizable sin la justicia, y la libertad, jamás lograda sino por el Derecho.” Este último, en palabras de Aristimuño Coll “es la expresión más pura del ingenio de las razas y por él se conocen los períodos de la evolución de una sociedad y el continuo desarrollo de su pensamiento. Así un Derecho es la historia moral de un pueblo y el conjunto de todos los Derechos de la historia moral del género humano. Además, las bases de la evolución jurídica corresponden a las de la evolución mental de

---

<sup>491</sup> El Programa de la sesión inaugural fue publicado en El Universal, No. 2830, Caracas, 19 de abril de 1917, p. 1: Solemne instalación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Hoy a la diez y media de la mañana se verificará en el Salón de Conciertos de la Escuela de Música y Declamación, la instalación solemne de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Para este acto regirá el siguiente programa: 1° Wagner .- Tannhauser - Marcha. 2° El ciudadano Ministro de Instrucción Pública, doctor Carlos Aristimuño Coll, en nombre del Ejecutivo Federal, declarará instalada la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. 3° Institución del “Premio Aranda” de dos mil bolívares, al autor del mejor trabajo que se presente en el primer Certamen anual que promoverá la Academia para el 28 de octubre del corriente año, y proclamación del tema correspondiente. 4° Verdi.- “Aída” - Selección. 5° Discurso de orden por el doctor José Gil Fortoul. 6° Pedro Elías Gutiérrez.- “Triunfo de las Academias” - Himno. 7° Clausura de la Sesión Inaugural por el Presidente de la Academia, doctor Pedro Manuel Arcaya.”

<sup>492</sup> El Universal, No. 2.824, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1.



la humanidad: la forma porque el hombre no podía concebir nada que trascendiera la apariencia de las cosas; la forma de Derecho en los pueblos civilizados es una idea, porque ya la mente puede descubrir bajo el aspecto de las formas efímeras de la materia, si el Derecho es la historia de todas las etapas de la vida moral lo es de igual modo de todas las etapas de la vida mental.” Finalizó el Ministro mencionando que con sus reflexiones ha “querido indicar la importancia que en el orden de los conocimientos tienen las Ciencias Jurídicas y las Ciencias Sociales y a la vez el trascendental papel de esta Academia que en nombre del ciudadano Presidente Provisional de la República”, declaró solemnemente instalada.<sup>493</sup>

A continuación el Secretario de la Academia, doctor Cristóbal L. Mendoza, dio lectura al acuerdo estableciendo el primer concurso de investigación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.<sup>494</sup> El premio estuvo dotado con dos mil Bolívares, fue propuesto por el propio Mendoza y tuvo el nombre de “Premio Aranda”, en homenaje al licenciado Francisco Aranda, con el siguiente tema: “Estudio del actual estado económico de Venezuela, de su sistema de tributación y conclusiones acerca de las mejoras de que este sea susceptible”.<sup>495</sup>

Siguió un breve receso musical durante el cual la Banda Marcial de Caracas interpretó una selección de piezas de Aída de Giuseppe Verdi, sirviendo así de preludio al discurso de orden que desde la tribuna pronunció el doctor José Gil Fortoul.<sup>496</sup> Inició sus palabras el orador justificando que hubiera sido designado para tal labor por sus colegas académicos motivados estos, tal vez, por la circunstancia de haber sido él el promotor de que se constituyese “en breve plazo” la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, lo cual efectivamente había hecho Gil

<sup>493</sup> Ídem. El texto del discurso se reproduce en el anexo de este ensayo.

<sup>494</sup> Acta de la sesión extraordinaria de 19 de abril de 1917, Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917- 1937, p. 10; Acta de la sesión ordinaria de 7 de abril de 1917, Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917-1937, p. 7 y s.

<sup>495</sup> El texto del acuerdo fue reproducido en la edición de El Nuevo Diario, No. 1.544, 20 de abril de 1917, Caracas, p. 2 y también en El Universal, No. 2.824, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1.

<sup>496</sup> Acta de la sesión extraordinaria de 19 de abril de 1917, Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917-1937, p. 10

Fortoul en 1912, al presentar la Memoria y Cuenta como Ministro que fue de Instrucción Pública. Luego recordó las atribuciones legales de la Academia, queriendo con ello demostrar “que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales nace al amparo de un propósito útil y patriótico.” Consciente de lo que se creía y se piensa de las Academias, Gil Fortoul hizo el siguiente señalamiento que vale la pena recordar: “No vayáis a creer, que por timidez o candorosa precaución de académico novicio quiera yo silenciar la circunstancia de que el mundo moderno suele mirar con alguna hostilidad y aún con cierta ironía la creación de Academias. Como si éstas hubieran de ser, hasta por definición, solamente reunión de señores graves, solemnes, adustos, ancianos, siempre vestidos de negro, y sobre el negro vestido no más nota de soberbia, de petulancia o de escándalo, que los matices desleídos de alguna condecoración multicolor o los pétalos palidescientes de alguna flor que se marchita. No. Ni ha sido tampoco el propósito de quienes hemos contribuido al nacimiento de esta Academia, disfrazarnos a imagen y semejanza de otros países más antiguos, para imitar superficialmente la forma de sus institutos. Quisimos que naciera y aspiramos a que se desarrolle como organismo joven, vivaz, emprendedor, adecuado a nuestro medio, con el temperamento impulsivo, la sangre ardorosa y el espíritu reformador de nuestra adolescente democracia.” Así que la invitación hecha a los miembros de esta Academia, quiero destacar yo, fue a tener nuestra propia identidad y no aceptar moldes ni formas preestablecidas. En su discurso Gil Fortoul hizo énfasis en el carácter de Ciencias Sociales de la Sociología y la Política, razones bastantes para que ellas acompañaran a las Ciencias Jurídicas en la casa de la nueva Academia. Y para concluir frente al idealismo u optimismo de sus palabras, Gil Fortoul concluyó diciendo: “Dejadme concluir al amparo de la generosa atención con que habéis acogido mis pobres palabras. Cada cual lleva en las luchas de la vida un lema, y el mío fue siempre, que el lamento pesimista y la desesperanza son una abdicación y una cobardía. Porque creo en la existencia del derecho y en la eficacia de la justicia; porque ni el hombre, ni las sociedades, ni la especie humana hubieran perdurado bajo el predominio de la fuerza y de la iniquidad. Para nosotros, los hijos del Libertador, no se ha eclipsado el noble ideal que nos legó su genio, y ha de ser siempre norte de nuestro destino, resplandeciente como el

sol, incorruptible como el oro, sonoro como el bronce.”<sup>497</sup> Así cerró su discurso Gil Fortoul.

Tras los aplausos de rigor se escucharon las notas del Triunfo de las Academias del maestro Pedro Elías Gutiérrez, quien probablemente compuso la pieza musical para la sesión inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.<sup>498</sup>

<sup>497</sup> El Universal, No. 2.824, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1; El Nuevo Diario, No. 1.544, 20 de abril de 1917, Caracas, p. 1, 2 y 3. También apareció publicado en José Gil Fortoul, Obras Completas, Volumen VII, La esgrima moderna. Sinfonía inacabada. Epistolario Inédito, Ministerio de Educación, Caracas, 1957, p. 311-316, y en Federico Pacanins y Carlos Fernández Cuesta (Prólogo y selección de notas), Selección de Discursos Venezolanos del Siglo XX, Colección Econoinvest, Caracas, No. 5, 2001, p. 39-44. El texto del discurso se reproduce en el anexo de este ensayo

<sup>498</sup> Oscar Yanes dijo que el maestro Gutiérrez “tenía lo que hoy algún pedante profesor de comunicación social llamaría “sentido de los factores de valorización de la vida cotidiana”. Hablando en criollo, le sacaba musicalmente el jugo a lo que le gustaba a la gente.” Ver Oscar Yanes, “Así son las cosas. Noches de la Plaza Bolívar”, El Universal, 4 de enero de 2013, Caracas, <http://www.eluniversal.com/caracas/130104/asi-son-las-cosas> Hemos revisado la obra de Mariano Hernández Laue y Pedro R. Arcila Ponte, Catálogo general de las principales obras musicales del maestro Pedro Elías Gutiérrez, Director de la Banda Marcial del Distrito Federal e Inspector de Bandas Marciales, recopiladas en sus diversos estilos, 2a. edición aumentada, s.n., Caracas, 1940, esp. p. 17-19 (Himnos) y no encontramos referencia alguna al Triunfo de las Academias. Sin embargo, allí se refieren como de la autoría del maestro Gutiérrez el Himno al Colegio de La Salle (p. 18) y el Himno del Colegio San Ignacio (Caracas) (p. 19). Tampoco hay mención del Triunfo de las Academias bajo la voz “Gutiérrez Hart, Pedro Elías”, Diccionario Biográfico de Venezuela (Editores Garrido Mezquita y Compañía), Primera Edición 1953, Talleres de “Blass, S.A., Tipográfica”, Madrid, España, p. 497. En esta última obra, sin embargo, se expresa que la obra del maestro Gutiérrez “fue prodigiosamente exuberante y variada” y que fue autor de “... innumerables composiciones que pasan del millar ...”, y en la reseña de Jorge Maldonado Parilli, “Pedro Elías Gutiérrez”, Gente de Venezuela. 500 Años, 585 Venezolanos, Miguel Ángel García e hijo, S.R.L., Caracas, 1992, Volumen I, p. 703-706 se lee: “Su producción es de la más variada índole y verdaderamente vasta” (p. 706). Las anteriores afirmaciones no se compadecen con la cantidad de títulos de obras listadas en el Catálogo general antes citado, el cual tan solo consta de 28 páginas, en un formato de 16 cm. El maestro Pedro Elías Gutiérrez, a quien Andrés Eloy Blanco llamó “el General de la Música”, fue hermano de Jacinto Gutiérrez Coll (1835-1901), uno de los miembros fundadores de la Academia Nacional de la Historia, ver Luis Correa, “Jacinto Gutiérrez Coll, su vida y su obra”, Rafael Fernández Heres (coordinación y prólogo), Los fundadores, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Colección Centenario, No. 1, Caracas, 1988, p. 185-194) y padre del doctor Tito Gutiérrez Alfaro (1900-1977), quien a su vez fue Individuo de Número y Presidente (1971-1973) de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ver “Gutiérrez Coll, Jacinto” y “Gutiérrez Alfaro, Tito”, Diccionario de Historia de Venezuela, Fundación Empresas Polar, Caracas, primera reimpresión de la 2a. edición, Tomo II, 2010, p. 619. Uno

Luego del receso musical, correspondió clausurar el acto al doctor Pedro Manuel Arcaya, Presidente de la Academia.<sup>499</sup> Arcaya, para ese entonces Ministro de Relaciones Interiores, comenzó por destacar que “(l)a creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales será siempre timbre de honor para la Causa política que preside el Benermérito General Juan Vicente Gómez y para la administración del honorable ciudadano Doctor Victorino Márquez Bustillos.” A continuación expuso Arcaya que el “(p)incipal resultado de (las) labores (de la Academia) será, en efecto, el de ampliar las nociones reinantes entre nosotros acerca de los estudios jurídicos, vistos hasta ahora por lo común, tan sólo como una preparación para el ejercicio profesional de la Abogacía, con lamentable desdén de los aspectos más interesantes de la ciencia del derecho: los que miran a los dominios de la sociología, la filosofía y la historia, y con prescindencia de las otras ciencias políticas que no toquen a los asuntos del foro.” Y en este mismo sentido añadió que: “El estudio del derecho desde el punto de vista sociológico comunica singular interés hasta las más áridas disposiciones de los códigos, y aunque no se trate de rastrear el origen de las instituciones jurídicas, la sola comparación de la existentes en los pueblos cultos de nuestro tiempo, es por demás conveniente al jurista, dándole más amplitud a sus miras y una mejor comprensión de los problemas del derecho. Sucede a veces que ciertas ideas parecen raras y aun chocantes á quienes no están familiarizados sino con aquellas que inspiraron a los legisladores de su país ó de los pueblos cuyos Códigos tomaron ellos de modelo, cuando en verdad nada tienen de antijurídicas y se hallan acogidas en las leyes de otros pueblos, sin haber producido trastornos ni inconvenientes. Respecto de otras instituciones, al contrario, como sucede con la del jurado, el estudio comparativo de su funcionamiento en diversos países

---

de los pasodobles compuestos por el maestro Gutiérrez lleva el título de “Tito”, ver “Gutiérrez Hart, Pedro Elías”, Diccionario Biográfico de Venezuela, op. cit. Andrés Eloy Blanco también reclamó algún parentesco con Pedro Elías Gutiérrez, ver Andrés Eloy Blanco, “La Banda Marcial de Don Pedro Elías”, Obras Completas, Tomo II, Volumen I, Periodismo, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1973, p. 191-193. El texto corresponde a un artículo de la columna “Reloj de Piedra”, que el poeta mantuvo en El Nacional entre 1943 y 1944, y fue publicado el 24 de octubre de 1943.

<sup>499</sup> Acta de la sesión extraordinaria de 19 de abril de 1917, Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917- 1937, p. 10.

enseñándonos que en algunos de ellos originaron funestos resultados, es bastante para calmar el entusiasmo que despierta la historia de sus beneficios donde tales instituciones tienen raigambre en las tradiciones y costumbres del pueblo. Toca a esta Corporación dilucidar problemas importantes para la vida nacional, todos los cuales están en el radio de su Instituto. Procuremos profundizarlos con la atenta observación de nuestro medio, porque ninguna solución que no se conforme a sus exigencias y necesidades prosperaría en la práctica.”

También destacó la función de difusión del Derecho que se le encomendaba a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales señalando; “Afanémonos también porque se propaguen las nociones fundamentales del derecho, de modo que se les dé cabida en los programas de la enseñanza y se generalicen en el público, echando así las bases necesarias para el verdadero progreso en el país de las ciencias políticas y sociales. Estas decaen donde sólo son objeto de estudio para raros especialistas, ni es fecundo el derecho sino cuando sus principios son conocidos y respetados por las masas, entrando a formar parte del acervo común de sus ideas e íntimas tendencias y dándose cuenta los ciudadanos de lo que deben y se les debe en las varias situaciones de la vida. Grande obra de educación sería ésta, y su iniciativa corresponde a Corporaciones de la índole de la que hoy instalamos.”

Y luego del obligado agradecimiento a los asistentes al acto, Arcaya declaró “clausurada la sesión inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”.<sup>500</sup>

<sup>500</sup> El Universal, No. 2.824, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1 y 2; El Nuevo Diario, No. 1.544, 20 de abril de 1917, Caracas, p. 1, 2 y 3. El texto del discurso se reproduce en el anexo de este ensayo. Llama la atención que la fundación y la instalación solemne de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales no ocupen espacio en las Memorias del doctor Pedro Manuel Arcaya, Ediciones Librería Historia, Caracas, 1983. Tampoco hay referencias importantes en las reseñas o biografías de Arcaya escritas por Pedro M. Arcaya Urrutia, Pedro Manuel Arcaya, Biblioteca Biográfica Venezolana, Volumen 38, El Nacional, Banco del Caribe, Caracas, 2006, p. 55, por Tomás Polanco Alcántara, “Pedro Manuel Arcaya”, Venezuela y sus personajes, Italgráfica, Caracas, 1997, p. 21-234 (221), por Jorge Maldonado Parilli, “Pedro Manuel Arcaya”, Gente de Venezuela. 500 Años, 585 Venezolanos, Miguel Angel García e hijo, S.R.L., Caracas, 1992, Volumen I, p. 590-593 o por Carlos Felice Cardot, Pedro M. Arcaya, Italgráfica, S.R.L., Caracas, 1972, p. 8: “Trabajos, informes, discursos, constituyen el testimonio de su paso por esa Corporación”, ni en el “Discurso del Dr. Héctor Parra Márquez, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el acto

Sin duda alguna, los cuatro hitos históricos más importantes de la fundación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales corresponden a las fechas de la Ley de su creación (16 de junio de 1915), de nombramiento de los 30 académicos fundadores (19 de diciembre de 1916), de su instalación y elección de su primera junta directiva (19 de marzo de 1917) y la fecha de su sesión inaugural (19 de abril de 1917), fechas que esta Academia tiene el deber de recordar.

**ANEXOS DEL ENSAYO EL CENTENARIO DE LA SESIÓN INAUGURAL  
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES ESCRITO  
POR EL DOCTOR EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN**

**DISCURSO DE APERTURA DEL DOCTOR CARLOS ARISTIMUÑO COLL,  
MINISTRO DE INSTRUCCIÓN PÚBLICA, EN LA SESIÓN INAUGURAL  
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES,  
19 DE ABRIL DE 1917<sup>501</sup>**

Señor Presidente Provisional de la República: Señor Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: El cumplimiento de un ineludible deber oficial justicia que sea yo el primero en dirigiros la palabra. Mis ideas sólo tendrán el mérito de la sinceridad, con la que pretendo escudarme y moveros a ser indulgentes. Señores: Esta Academia entra en el programa del Gobierno que se vale de la más sabia y

---

de colocación del retrato del Dr. Pedro M. Arcaya en el salón de sesiones de la Corporación el día 9 de julio de 1965”, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 31, Abril-Julio 1965, Caracas, p. 201-216 (214). Tampoco hay mayores datos en las biografías de Gil Fortoul escritas por Lucía Raynero, José Gil Fortoul, Biblioteca Biográfica Venezolana, Volumen 103, El Nacional, Banco del Caribe, Caracas, 2009; Juan Penzini Hernández, Vida y obra de José Gil Fortoul (1861- 1943), Ediciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas, 1972; ni en Tomás Polanco Alcántara, Gil Fortoul: una luz en la sombra, Editorial Arte, Caracas, 1979, ni en Jorge Maldonado Parilli, “José Gil Fortoul”, op. cit., p. 759-761. La misma situación se puede afirmar en relación con la Aproximación a una biografía de Juan Vicente Gómez de Tomás Polanco Alcántara, 7a. Edición, Editorial Melvin, Caracas, 1995 y con la obra de Jorge Olavarría, Gómez un enigma histórico, Fundación Olavarría, Caracas, 2007.

<sup>501</sup> Publicado en El Universal, No. 2.831, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1 y 2; El Nuevo Diario, No. 1.544, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1, 2 y 3. Estos materiales fueron ubicados por el Dr. Eugenio Hernández-Bretón.

fecunda de las fórmulas de política, al aprovechar todas las actividades para el progreso y fundar en la paz la prosperidad de lo presente y la grandeza futura de la Patria. Hace apenas algunos días el Benemérito General Juan Vicente Gómez pidió a las buenas voluntades multiplicaran las energías y la capacidad productiva de la República. La reunión de esta Academia es también un llamamiento a otro género de provechosa labor: ella agrupa a los hombres que por su obra darán lustre a la Ciencia. Así se realiza, en las distintas esferas de la vida del país, el noble propósito del Jefe de la Rehabilitación, quien busca elevar por el trabajo el nivel de nuestro adelanto material e intelectual.

Ese lema de paz por el trabajo escrito en la bandera de la Causa, nos ha señalado el más digno ministerio: el que purifica la conciencia, fortalece el carácter y aviva el fuego de las ideas; el que abre los caminos por los cuales se llega a consumir admirables empresas y ayuda a subir las cumbres de donde se divisa la gloria en toda su magnificencia.

El Gobierno ha venido efectuando una metódica reorganización en cada rama de la cultura nacional. De este modo vemos en actividad desde la escuela primaria hasta el instituto de alta educación científica, y el país semeja un vasto taller donde se trabaja infatigablemente, para hacer surgir la luz de las ideas que será la aurora espiritual de la patria mañana.

La Academia y la Escuela de Ciencias Políticas responden al empeño del Gobierno por alentar el desenvolvimiento científico del Derecho. La tribuna de la Academia rivalizará en esta obra con la cátedra de la Escuela.

*Señores:*

Si el siglo pasado fue de las ciencias de la naturaleza, el nuestro será el de las ciencias del espíritu y entre ellas hacia las Ciencias Políticas se orientará la aspiración de todas las almas que anhelan la paz, irrealizable sin la justicia, y la libertad, jamás lograda sino por el Derecho.

El Derecho da la impresión de plenitud de vida: es la expresión más pura del ingenio de las razas y por él se conocen los períodos de la evolución de una sociedad y el continuo desarrollo de su pensamiento.

Así un Derecho es la historia moral de un pueblo y el conjunto de todos los Derechos es la historia moral del género humano. Además, las bases de la evolución jurídica corresponden a las de la evolución mental de la humanidad: la forma porque el hombre no podía concebir nada que trascendiera la apariencia de las cosas; la forma de Derecho en los pueblos civilizados es una idea, porque ya la mente puede descubrir bajo el aspecto de las formas efímeras de la materia, si el Derecho es la historia de todas las etapas de la vida moral lo es de igual modo de todas las etapas de la vida mental.

Señores:

Con las precedentes reflexiones he querido indicar la importancia que en el orden de los conocimientos tienen las Ciencias Jurídicas y las Ciencias Sociales y a la vez el trascendental papel de esta Academia que en nombre del ciudadano Presidente Provisional de la República, declaro solemnemente instalada.

**DISCURSO DE ORDEN DEL DOCTOR JOSÉ GIL FORTOUL,  
EN LA SESIÓN INAUGURAL DE LA ACADEMIA  
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, 19 DE ABRIL DE 1917<sup>502</sup>**

*Ciudadano Presidente Provisional de la República:*

*Señoras y Señores:*

Para dispensarme el honor de llevar la palabra en esta sesión inaugural, acaso recordaron mis generosos colegas, en 1912, durante la primera Administración del Presidente Gómez, expuse al Congreso Nacional, en la Memoria del Ministerio de Instrucción Pública, el deseo del Ejecutivo Federal de que se constituyese en breve plazo la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Pero aquel año, y los inmediatamente

---

<sup>502</sup> El Universal, No. 2.831, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1 y 2; El Nuevo Diario, No. 1.544, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1, 2 y 3. También aparece en José Gil Fortoul, Obras Completas, La esgrima moderna. Sinfonía inacabada. Epistolario Inédito, Volumen VII, Caracas, 1957, p. 311-316 y en Federico Pacanins y Carlos Fernández Cuesta (Prólogo y selección de notas), Selección de Discursos Venezolanos del Siglo XX, Colección Econoinvest, No. 5, 2001, p. 39-44. Estos materiales fueron ubicados por el Dr. Eugenio Hernández-Bretón.



siguientes, hubieron de consagrarse con preferencia a cimentar la entonces iniciada radical reforma de la instrucción primaria, que figura ya definitivamente entre las trascendentes obras de progreso intelectual realizadas por aquella administración. Por fin, 1915 dictó el Congreso la ley relativa a la creación de Academia, y gracias al interés que ha tomado el Gobierno actual en darle debido cumplimiento a esta ley, quedan hoy inauguradas las sesiones del nuevo instituto científico.

Entre sus atribuciones legales están: la de cooperar al progreso y mejora de la legislación patria; la de redactar y revisar los proyectos de códigos y demás leyes de carácter general que el Ejecutivo Federal someta a su estudio con el fin de presentarlos oportunamente a las Cámaras Legislativas, y la de redactar y revisar los proyectos de leyes de carácter local que el Ejecutivo de algún Estado sometiere a su estudio para presentarlos después a la respectiva Legislatura.

Con esta anotación quise encabezar mi discurso, para demostrar desde luego que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales nace al amparo de un propósito útil y patriótico.

No vayáis a creer, que por timidez o candorosa precaución de académico novicio quiera yo silenciar la circunstancia de que el mundo moderno suele mirar con alguna hostilidad y aún con cierta ironía la creación de Academias. Corno si éstas hubieran de ser, hasta por definición, solamente reunión de señores graves, solemnes, adustos, ancianos, siempre vestidos de negro, y sobre el negro vestido no más nota de soberbia, de petulancia o de escándalo, que los matices desleídos de alguna condecoración multicolor o los pétalos palidescientes de alguna flor que se marchita. No. Ni ha sido tampoco el propósito de quienes hemos contribuido al nacimiento de esta Academia, disfrazarnos a imagen y semejanza de otros países más antiguos, para imitar superficialmente la forma de sus institutos. Quisimos que naciera y aspiramos a que se desarrolle como organismo joven, vivaz, emprendedor, adecuado a nuestro medio, con el temperamento impulsivo, la sangre ardorosa y el espíritu reformador de nuestra adolescente democracia.

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– algún filósofo escéptico que desde su foro interno deseara preguntar con qué fundamento calificamos tan ca-

tegoricamente 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 de hipótesis o conjeturas más o menos plausibles. Aun así, la política y la sociología tienen el mismo 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 del hombre sobre las fuerzas naturales, para ponerlas a servicio de sus necesidades, de su vida mejor, de su mayor actividad orgánica e ideal.

Pero, aun así –podrá replicar el contradictor escéptico– vosotros, a diferencia del matemático, del químico, del astrónomo que caminan sobre evidentes realidades, vais caminando por entre simples abstracciones: el derecho, la ley, la libertad, la justicia, ideas o ideales que suelen cambiar de forma como las nubes y variar su 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.

¿Abstracciones? No es abstracción la entraña que en nuestro pecho palpita, sufre y goza, laboratorio del dolor y del amor; ni es abstracción el espíritu que al conmovir la masa cerebral y al golpear con sus alas los huesos del cráneo, propaga en todas direcciones la vibración intelectual que anima, alumbra y embellece al mundo. Sentimientos e ideas forman la sustancia y el tejido de nuestra vida individual y colectiva: forman también el lazo de simpatía y de solidaridad que nos abraza con todo el universo: sin ellos todo fuera no más que soledad, silencio e inercia: la piedra sin brillo, la planta sin flor, el pájaro sin canto, el niño sin sonrisa, la mujer sin hermosura, el hombre sin palabra armoniosa, el pueblo sin coraje para conquistar sus libertades y sin nobleza al fin para derramar sobre las heridas del combate el bálsamo de la piedad o hacer que sobre las ruinas de las catástrofes sociales retorne y resplandezca la primavera de paz y de concordia.

Como las ciencias llamadas exactas, la sociología y la política tienen también sus realidades: realidad el derecho, sin el cual fuera imposible la vida misma del organismo social; realidad el bien, realidad el mal, sin cuya coexistencia parece hasta inverosímil que hubiese concebido el hombre la imagen más alta de su sistema intelectual, la imagen de la justicia, con su venda sobre los ojos y la balanza en la mano... ¿metáforas?... sí, como toda expresión verbal; pero en su fondo realidades, la realidad más íntima y al mismo tiempo más evidente y comprensiva; realidad, porque es un irresistible impulso del corazón, la tendencia perenne del espíritu, más todavía, la diaria y eterna necesidad –mandato y consuelo– encarna en otra metáfora que comprende igualmente toda la realidad–, nuestro viaje de peregrinos a través del misterio atraídos día y noche por un incógnito destino.

Sin esas realidades –el sentimiento depurado, la idea ennoblecida– el hombre social o el “animal político” de Aristóteles, se hubiera paralizado en su evolución a poco de aparecer sobre la tierra, convirtiéndose en una de tantas especies fijas. Viene, al contrario, desde los comienzos de su historia, ampliando cada día el impulso de su corazón y el horizonte de su espíritu, para encadenar a una voluntad reflexiva las fuerzas de la naturaleza, o indiferentes u hostiles. En ello radica el progreso y, volviendo a referirnos a la sociología y a la política, ello justifica de nuevo el carácter que se atribuyen de ciencias positivas y prácticas, no menos que la física o la química, no menos que las ciencias biológicas, de las cuales resultan las nuestras, alto coronamiento y síntesis total.

Ved, si no, el propósito y el efecto inmediato de algunas leyes civiles y políticas. Las de higiene pública analizan el medio externo y lo dominan y transforman para asegurar la salud del individuo y de la ciudad. Las penales se pudieran también llamar de sanidad, saneamiento social. Las de instrucción van preparando en cada generación la mentalidad del porvenir. Las leyes constitucionales garantizan la libertad del ciudadano y el benéfico funcionamiento del Gobierno. Las leyes internacionales –tratados y convenciones– atan entre sí, con lazos de común interés, a los pueblos, a las nacionalidades, a las razas y los continentes... ¡Ah! No vayáis a creer tampoco que cierto ambiente académico esté ya invadiéndome con hálito soporífero para olvidar, en cándida ideología, la presente realidad, la angustia y tormentos de la hora que

pasa. Bien sabemos todos –se ve, se siente y se oye– que en estos días tristes, de guerra universal, suelen ponerse en duda, por observadores pesimistas, la fortaleza y la eficacia de los viejos ideales de paz, solidaridad y concordia entre los pueblos, ni faltan quienes anuncien en libros y en tribunas la definitiva bancarrota del derecho internacional. Ven mal y se engañan. Mirad, si no, como ciertos lazos jurídicos entre las naciones, aun en medio de las batallas, no pueden nunca desaparecer ni romperse: el deber de respetar la vida del niño, de la mujer, del prisionero, del enemigo indefenso, o la tácita mutua obligación de bajar el arma e inclinarse ante la enfermera, ante la hermana de caridad, dulces imágenes arrojadas de negro y de blanco –de negro como viudas, de blanco como novias– que andan ahora, entre el dolor y la muerte, derramando sobre todos los hombres, creyentes o incrédulos, sus ánforas de compasión y de consuelo, cual si de los santos altares estuviesen bajando otra vez las vírgenes y los ángeles...

Bien sabemos que aún eso, lo más santo, suele violarse durante las crisis de locura o crueldad; pero no olvidemos tampoco que cada beligerante, acusado de semejante violación, procura en seguida desmentir, defenderse o disculparse. Y es que, todos, todos, así los que ofenden como los que defienden, marchan con el oído atento al fallo inevitable y final de algo –autoridad o tribunal supremo– que en cada crisis de la historia sentencia, y resuena después al través de los siglos: el aplauso o el castigo de la conciencia universal. Decidme ahora si un derecho, como el que formulan los Estados en sus tratados y convenciones, puede desaparecer por falta de sanción, cuando la tiene tan alta, tremenda y perdurable. En esta primavera, o en la otra, o en la otra, habrá por fin de terminar el cataclismo, y sobre la devastación, sobre las ruinas, sobre las tumbas, volverá la vida, el trabajo, la industria, la ciencia, a vigorizar la inteligencia humana en su esfuerzo por civilizar y embellecer la tierra; y como tantas pasadas veces, después del pasajero conflicto volverán las leyes internacionales a estrechar más los vínculos que entrelazan y solidarizan a los Estados, a los pueblos y a los continentes.

¿Idealismo? ¿Optimismo? Dejadme concluir al amparo de la generosa atención con que habéis acogido mis pobres palabras. Cada cual lleva en las luchas de la vida un lema, y el mío fue siempre, que el lamento pesimista y la desesperanza son una abdicación y una cobardía.

Porque creo en la existencia del derecho y en la eficacia de la justicia; porque ni el hombre, ni las sociedades, ni la especie humana hubieran perdurado bajo el predominio de la fuerza y de la iniquidad.

Para nosotros, los hijos del Libertador, no se ha eclipsado el noble ideal que nos legó su genio, y ha de ser siempre norte de nuestro destino, resplandeciente como el sol, incorruptible como el oro, sonoro como el bronce.

**DISCURSO DE CLAUSURA DEL DOCTOR PEDRO MANUEL ARCAJA,  
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA, EN LA SESIÓN INAUGURAL  
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES,  
19 DE ABRIL DE 1917<sup>503</sup>**

*Señor Presidente Provisional de la República:  
Señoras y Señores:*

Ha quedado instalada solemnemente e inaugurado ahora sus tendidas, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Se me ha discernido la alta distinción de que sea yo su primer Presidente, acto de pura generosidad hacia mí por parte de mis ilustrados colegas. Aprovecho esta oportunidad para reiterarles la expresión de mi gratitud.

*Señores:*

La creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales será siempre timbre de honor para la Causa política que preside el Benemérito General Juan Vicente Gómez y para la administración del honorable ciudadano Doctor Victorino Márquez Bustillos. Con justa razón, pues, nos sentimos complacidos los que hemos recibido el honor de ser escogidos para constituir esta Corporación, y también deben estarlo todos aquellos que se interesen por el progreso intelectual de nuestra Patria, al cual habrá de contribuir ciertamente la nueva Academia.

---

<sup>503</sup> El Universal, No. 2.831, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1 y 2; El Nuevo Diario, No. 1.544, Caracas, 20 de abril de 1917, p. 1, 2 y 3. Estos materiales fueron ubicados por el Dr. Eugenio Hernández-Bretón.

Principal resultado de sus labores será, en efecto, el de ampliar las nociones reinantes entre nosotros acerca de los estudios jurídicos, vistos hasta ahora por lo común, tan sólo como una preparación para el ejercicio profesional de la Abogacía, con lamentable desdén de los aspectos más interesantes de la ciencia del derecho: los que miran a los dominios de la sociología, la filosofía y la historia, y con prescindencia de las otras ciencias políticas que no toquen a los asuntos del foro.

El derecho concreta en fórmulas que corresponden a las condiciones de la vida social el concepto de la justicia, instinto vago en las primeras edades de la humanidad, sentimiento poderoso después, y siempre el inspirador de los más nobles espíritus que han puesto sus empeños, unos en hacerlo triunfar sobre la tierra, otros –los fundadores de religiones– en convencer a los demás hombres que si no es esta vida, sí en las regiones de ultratumba la justicia habrá de reinar en absoluto, premiando y castigando según los méritos o culpas de cada uno.

Cómo se ha desarrollado el concepto de la justicia, aplicado a las relaciones de los hombres entre sí, es decir, cómo ha progresado el derecho, cuál es el fundamento racional y cuál ha sido el desenvolvimiento histórico de sus preceptos, he aquí temas bastantes a ocupar la actividad intelectual de los más sagaces investigadores quienes, puestos a la obra, han logrado dejar en claro los orígenes de las instituciones jurídicas, desde sus rudimentos en los pueblos primitivos.

Fecundos son estos trabajos porque muestran á lo vivo la constante evolución de esas instituciones y la diversidad de su funcionamiento, según sean los sentimientos, las ideas o los prejuicios, y las condiciones del medio en cada momento histórico, evitando así que nos aferremos a determinadas fórmulas, consideradas erróneamente como definitivas e intangibles por algunos juristas o publicistas, que a tales fórmulas transitorias les atribuyen la santidad de lo que no es discutible.

El estudio del derecho desde el punto de vista sociológico comunica singular interés hasta las más áridas disposiciones de los códigos, y aunque no se trate de rastrear el origen de las instituciones jurídicas, la sola comparación de las existentes en los pueblos cultos de nuestro tiempo, es por demás conveniente al jurista, dándole más amplitud a sus miras y una mejor comprensión de los problemas del derecho. Sucede a

veces que ciertas ideas parecen raras y aun chocantes á quienes no están familiarizados sino con aquellas que inspiraron a los legisladores de su país 19 ó de los pueblos cuyos Códigos tomaron ellos de modelo, cuando en verdad nada tienen de antijurídicas y se hallan acogidas en las leyes de otros pueblos, sin haber producido trastornos ni inconvenientes.

Respecto de otras instituciones, al contrario, como sucede con la del jurado, el estudio comparativo de su funcionamiento en diversos países enseñándonos que en algunos de ellos originaron funestos resultados, es bastante para calmar el entusiasmo que despierta la historia de sus beneficios donde tales instituciones tienen raigambre en las tradiciones y costumbres del pueblo.

### *Honorables colegas*

Vasto campo se abre á nuestra diligencia y debemos esforzarnos en que no se frustren las esperanzas que la creación de esta Academia ha despertado, y a este fin es menester que no la dejemos languidecer en la indiferencia dándole vida con nuestro entusiasmo, de modo que nuestras labores resulten de utilidad y conveniencia para la Patria. Toca á esta Corporación dilucidar problemas importantes para la vida nacional, todos los cuales están en el radio de su Instituto. Procuremos profundizarlos con la atenta observación de nuestro medio, porque ninguna solución que no se conforme á sus exigencias y necesidades prosperaría en la práctica.

Afanémonos también porque se propaguen las nociones fundamentales del derecho, de modo que se les dé cabida en los programas de la enseñanza y se generalicen en el público, echando así las bases necesarias para el verdadero progreso en el país de las ciencias políticas y sociales. Estas decaen donde sólo son objeto de estudio para raros especialistas, ni es fecundo el derecho sino cuando sus principios son conocidos y respetados por las masas, entrando a formar parte del acervo común de sus ideas e íntimas tendencias y dándose cuenta los ciudadanos de lo que deben y se les debe en las varias situaciones de la vida. Grande obra de educación sería ésta, y su iniciativa corresponde a Corporaciones de la índole de la que hoy instalamos.

*Señor Presidente de la República:*

La Academia se siente altamente honrada con vuestra presencia aquí y os da las más expresivas gracias, así como también a los demás Miembros del Ejecutivo Federal que os han acompañado, muy especialmente al señor Ministro de Instrucción Pública, quien tan buena voluntad ha demostrado en todo lo relativo a la fundación de este Cuerpo.

*Señores:*

Igual manifestación de reconocimiento dirijo en nombre de la Academia a los honorables Miembros del Cuerpo Diplomático aquí presentes, a los Cuerpos Académicos y docentes que han asistido al acto y a toda la distinguida concurrencia de damas y caballeros que nos han honrado a esta instalación.

Declaro clausurada la sesión inaugural de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.



**SESIÓN ORDINARIA CON OCASIÓN  
DE LA ENTREGA DEL PREMIO:  
"PEDRO MANUEL ARCAYA"  
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS  
POLÍTICAS Y SOCIALES 2016-2017.  
7 DE NOVIEMBRE DE 2017.**

**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 altísimo honor la entrega del premio a la obra que mejor haya descrito la vida y obra de su fundador y primer presidente, con el respaldo de la honorable familia Arcaya y la colaboración del ilustre jurado del premio. Por ello, es de rigor señalar en primer lugar el significado de este acto. Dice el artículo 10 de la Ley Sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales promulgada el 16 de junio de 1915: “La Academia honrará la memoria de los hombres prominentes de la república, que haya creado servicios notables en la creación y desempeño del Derecho patrio o de las ciencias políticas y sociales en general”. No hay duda que el doctor Pedro Manuel Arcaya ha estado siempre entre los personajes que han sido acreedores de esta honra de nuestra Academia, al igual que lo ha sido el doctor José Gil Fortoul, quien propuso su creación y fue el redactor de su ley de creación. Ambos constituyen las figuras estelares en la integración inicial de esta ilustre corporación.

Sin embargo, no deseo evadir el carácter polémico que siempre ha rodeado la figura del doctor Arcaya, para afirmar que su valor personal siempre ha estado por encima de esta circunstancia. En efecto, el hecho de haber sido el más conspicuo integrante del círculo de los llamados “doctores del general Juan Vicente Gómez” ha sido motivo para que los grupos ideológicos surgidos de la Generación del 28, hayan lanzado una verdadera lápida de naturaleza política sobre su nombre. Esta ha sido una de esas injusticias que tanto han disminuido la autoestima de los venezolanos y han buscado reducir su patrimonio humano y cultural a unas pocas figuras asociadas con la lucha por el poder y con ciertas ideas asumidas con sesgo dogmático. Pienso que ha llegado el momento de que los venezolanos apreciemos la pluralidad de nuestra sociedad y busquemos en todos los venezolanos de valor lo que muchos de ellos han aportado o podrán aportar a nuestra identidad y desarrollo como

nación, por encima de las divisiones mezquinas a que nos ha conducido la sinrazón de diatribas partidarias desviacionistas o superficiales.

El doctor Arcaya fue un gran intelectual y un culto y excelso jurista, pero por muchos años fue también un hombre de Estado, y esto, desde luego hace controversial la trayectoria de cualquier persona. Sirvió por 24 años al Poder Público, siendo uno de los artífices principales de las instituciones jurídicas y políticas de su tiempo. Fue legislador, magistrado judicial, ministro, procurador general, consultor ministerial y embajador. En el ejercicio de todos esos cargos tuvo un desempeño brillante y dejó frutos positivos trascendentes, recogidos todos en documentos, a pesar de las críticas lanzadas sobre ellos por los adversarios del gobierno al que sirvió con lealtad.

El hecho más emblemático de su vida fue la creación de su biblioteca, la mayor que haya reunido cualquier particular en Venezuela, a cuya colección se dedicó desde su infancia en la Provincia de Coro, la cual comprendía 147.119 ejemplares, consistentes en libros, revistas, periódicos y folletos, adecuadamente compilados y cuidados con esmero. Hoy en día, este acervo bibliográfico se encuentra en la Biblioteca Nacional, ocupando un espacio importante. Posiblemente, este hecho representa la mayor justificación del premio.

El doctor Arcaya dejó una extensa obra escrita, aunque sus tareas de Estado y de abogado hayan hecho difícil la elaboración de una obra sistemática, como la de su colega Gil Fortoul. Destacamos los trabajos históricos, antropológicos y etnológicos de su juventud, entre los cuales señalamos sus estudios de las lenguas indígenas del occidente del país y sus estudios de Bolívar y de Páez, caracterizados por un enfoque analítico científico y realista, totalmente diferente al que habían dado a estas figuras la generalidad de los escritores de la “historia patria” en Venezuela. En su madurez, se destacan sus múltiples trabajos de sociología y derecho. En su obra jurídica, compuesta por leyes, dictámenes y sus célebres defensas de su persona y del régimen al que sirvió con lealtad, es particularmente importante su trabajo como legislador y reformador del ordenamiento jurídico, plasmados en las reformas del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil de 1916, así como también en la del Código de Enjuiciamiento Criminal; sin olvidar la redacción de

la Constitución de 1925, posiblemente la más técnica y elaborada del régimen gomecista, con seguimiento de las innovaciones principales del Derecho Público de la época, no obstante haber tenido como objetivo principal la derogación de las Vicepresidencias de la Constitución “dinástica” de 1922.

En su obra legislativa, cabe señalar la redacción de la mayor parte de la legislación y los reglamentos de la industria de los hidrocarburos en la década de los veinte. Tocó a Arcaya poner en blanco y negro las ideas políticas y técnicas de su gran amigo el doctor Gumersindo Torres, ministro de fomento del mismo régimen, a quien los seguidores de la izquierda política venezolana siempre han profesado admiración por su defensa de los recursos naturales de la nación. Sin embargo, irónicamente, Arcaya siempre ha sido el blanco de sus ataques contra la legislación petrolera del período.

En su obra sociológica y jurídica influyó decisivamente el pensamiento de la Escuela Positivista de la época, al cual adhirió con pasión. Dicho pensamiento caracterizado por una orientación que perseguía aplicar el método de las ciencias naturales al estudio de la sociedad, lo cual incluía a las instituciones jurídicas y políticas. Esta corriente de pensamiento predominó en Venezuela desde la segunda mitad del siglo XIX y hasta la primera parte del siglo XX, enfocándose principalmente en el análisis de la historia del país como realmente era y no como debía ser, razón por la cual todos los positivistas fueron tan críticos de la filosofía liberal. Posiblemente buscando una explicación para el fracaso del Estado venezolano y una solución para la anarquía con la cual finalizaba el siglo XIX. Sin embargo, los detractores del positivismo, tanto liberales como marxistas, han reducido de modo anacrónico la existencia de esta corriente de pensamiento a servir de justificación ideológica al régimen gomecista, sin dar mayor importancia al contexto histórico del período, con lo cual incurrían probablemente en el mismo abuso ideológico que criticaban.

En fin, consideramos que todos estos aspectos de la rica y sorprendente personalidad del doctor Pedro Manuel Arcaya han sido recogidos con excelencia en la obra biográfica del doctor **Eduardo Meier García**, ganador del premio especial que se entrega el día de hoy, con la

presencia y el apoyo de la familia Arcaya, descendientes del personaje, a quienes agradecemos su concurrencia. Obra que lleva por título “Pedro Manuel Arcaya. La Vocación del Jurista”, la cual ha sido examinada y evaluada por un jurado muy calificado, al cual agradecemos también su atinado veredicto, que será leído en este acto. Felicitamos al doctor Meier García por tan encomiable trabajo, que lo llevó a profundizar con paciencia y perseverancia en las bibliotecas y en los documentos relativos al biografiado, con el empeño de rescatar para las nuevas generaciones el ejemplo de la figura del doctor Arcaya, más allá de los prejuicios ideológicos.

Muchas gracias por su atención.

Caracas, 7 de noviembre de 2017.

**LECTURA DEL VEREDICTO,  
POR EL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI,  
PRIMER VICEPRESIDENTE DE LA ACADEMIA  
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

## ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

### VEREDICTO

Quienes suscriben, Inés Quintero Montiel, Gabriel Ruan Santos, Rafael Badell Madrid, Pedro Mezquita Arcaya y Pedro Antonio Arcaya, integrantes del jurado especial designado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y por la Familia del Dr. Pedro Manuel Arcaya, para decidir sobre el otorgamiento del “PREMIO DR. PEDRO MANUEL ARCAYA”, instituido en el contexto del año centenario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, con el objeto de valorar el mejor libro inédito escrito sobre la obra jurídica, sociológica o histórica del Dr. Pedro Manuel Arcaya, quien fuera miembro fundador y primer Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Siendo la oportunidad para emitir el correspondiente veredicto, se hace previas las consideraciones siguientes:

I. En atención a las Bases del Certamen para optar al referido Premio, fueron sometidos a la consideración del jurado los siguientes trabajos:

<b>PREMIO DR. PEDRO MANUEL ARCAYA</b>	
<b>OBRA</b>	<b>SEUDÓNIMO</b>
LA MURALLA DE LIBROS	O. ROGER
ANIVERSARIO DE UN SIGLO	BELISA 1977
CARA Y SELLO	ALBERTINA ZAPATA
DIPLOMÁTICO	KONRAD KEMAL BEN GURIÓN
LA VOCACIÓN DEL JURISTA	FRANCISCO DE LA VELA



II. Después de constatar los requisitos formales para la admisión de las cinco (5) obras referidas y luego de la lectura por parte de los integrantes del jurado de cada una de las mismas, de debatir con amplitud sobre sus méritos individuales y sin menoscabo de la cualidad de las otras obras, decidió, por unanimidad, otorgar el Premio Dr. Pedro Manuel Arcaya, al trabajo **“Pedro Manuel Arcaya: la vocación del jurista”**, cuyo autor aparece identificado bajo el seudónimo Francisco De La Vela.

El Jurado considera que el trabajo galardonado constituye un meritorio aporte para el conocimiento de la vida y obra del Dr. Pedro Manuel Arcaya, por haber abordado el tema desde una perspectiva multidisciplinaria, asumiendo con rigor crítico la interpretación y el análisis de la obra jurídica, histórica y sociológica del Dr. Arcaya. Además, en la obra premiada destaca el empleo de una escritura diáfana y fluida, de métodos críticos de historiografía, de fotografías y documentos relevantes sobre la vida del biografiado.

III. Develado el seudónimo del autor, resultó identificado como autor de la obra galardonada el Dr. Eduardo Meier García.

IV. De igual manera, el jurado quiere expresar su especial satisfacción por la labor de investigación y contenido de los otros 4 trabajos presentados al certamen, en la certeza de que cada uno de ellos constituye un aporte significativo al acervo bibliográfico sobre la vida y obra del Dr. Pedro Manuel Arcaya.

V. El autor galardonado con el Premio conservará sus derechos de autor sobre su obra, salvo por lo que respecta a una única edición que ordenare efectuar a su solo arbitrio la Academia, bien en texto separado, en cualquiera de las colecciones de obras de su fondo editorial. Dicha publicación contará con el auspicio económico de la Familia del Dr. Pedro Manuel Arcaya.

El Premio será entregado al autor galardonado en sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

En fe de lo anterior suscribimos el presente veredicto, en Caracas, el dieciocho (18) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Se firman 5 ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto.

Inés Quintero Montiel  
Individuo de Número  
y Directora de la Academia Nacional de la Historia.

Gabriel Ruan Santos  
Individuo de Número  
y Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Rafael Badell Madrid  
Individuo de Número  
y Tesorero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Pedro Mezquita Arcaya  
Nieto del Dr. Pedro Manuel Arcaya.

Pedro Antonio Arcaya  
Nieto del Dr. Pedro Manuel Arcaya.

**PALABRAS  
DEL ABOGADO PEDRO MEZQUITA ARCAYA,  
MIEMBRO DEL JURADO CALIFICADOR.**

Antes de empezar tengo que decirles que yo no puedo pasar esta ocasión única de estar en este podio sin tomarme una foto así que con su permiso me estoy inmortalizando en este “selfie”.

Muchísimas gracias a la Academia y cada uno de los Miembros por esta invitación y esta convocatoria a un Premiotan relevante para nosotros como familia, especialmente al Dr. Gabriel Ruan, Rafael Badelly Humberto Romero Mucci y a los otros Miembros del Jurado Inés Quintero y Pedro Antonio Arcaya Febres Cordero.

Para preparar estas palabras me leí cuidadosamente los discursos que dieron ante esta misma Academia el Dr. Héctor Parra Márquez el 9 de julio de 1965, el Dr. Oscar Beaujon en 1974, el Dr. Tomas Polanco Alcántara el 29 de junio de 1993 y en la Academia de la Historia, el Dr. Blas BruniCelli junto a mi tío Pedro Manuel Arcaya el 21 de marzo de 1997. Por cierto que hoy me puse la corbata de mi tío Pedro Manuel Arcaya en su memoria.

Luego de leer las palabras de estos eminentes venezolanos decidí que lo mejor que podría hacer ante ustedes era quedarme callado, lo que para los que me conocen saben que es misión imposible y mientras en la calle se celebra el Centenario de la Revolución Bolchevique aquí se celebra el Centenario de una cruzada de civilización e inteligencia intelectual, así que algo tengo que decir.

La Academia es parte esencial de mi historia, mi casa estaba llena de libros y publicaciones de la Academia (bueno estaba llena de libros y punto, porque la Biblioteca de mi abuelo quedaba en mi casa de El Paraíso y mi mamá era la Directora) pero es que yo soy probablemente una de las personas más jóvenes en asistir a una sesión de la Academia y oír un discurso entero cuando a los 18 meses de edad vine el 19 de julio de 1965 en brazos de mi mamá al acto de colocación del retrato de mi abuelo y ahí hay otra cosa que me une para siempre a la Academia la única foto de mi papá en Venezuela es ésta que les muestro aquí

donde sale sentado debajo del Dr. Héctor Parra Márquez (al lado de mi tía Alicia Arcaya y de mi primo Ignacio Julio Andrade). Volví en el 74, en el 93, en el 97 y en muchas otras ocasiones donde se recordaba a mi abuelo o se me ha invitado, la última vez para la incorporación del Dr. Rafael Badell.

No voy a hablar de mi abuelo. La obra premiada del Dr. Eduardo Meier García es extraordinaria y revela aspectos muy interesantes de su vida y de su obra que yo desconocía como la defensa que hizo de Fernando Bustamante, el conductor que atropelló al Dr. José Gregorio Hernández (quien por cierto fue el partero de mi abuela cuando nació mi tío Mariano Arcaya).

En esa línea de las historias menos conocidas de mi abuelo recuerdo que mi mamá contaba que en la ciudad de Washington en los años 30 era inconcebible para ninguna de sus compañeras del prestigioso Colegio Madeira tener un sirviente (y muchísimo menos un mesonero) de color. No era racismo, era casi repugnancia. Mi abuelo se dio cuenta de la imposibilidad de luchar contra todo un sistema solo con ideas y a partir de ese momento todos los meses invitaba a algún embajador del África o del Caribe a almorzar en la casa en el puesto de honor y para mi mamá y sus hermanos (que realmente idolatraban a su padre) eso les bastó para saber que si él lo hacía; eso era lo correcto y que todo un país estaba equivocado. Que ellos eran venezolanos y distintos a ese país donde los negros no tenían cabida. Como verán mi abuelo fue un hombre muy avanzado a su tiempo y el progreso intelectual y legal de Venezuela fue un importante objetivo en su vida y para entender sus ideas hay que ubicarse en la época que él vivió. De las 5 obras presentadas al concurso, todas muy meritorias, la obra premiada de Eduardo Meier García lo logra de una manera extraordinaria.

La memoria de mi abuelo perdura. Su Biblioteca, labor y orgullo de su vida se donó a la Nación y es hoy parte fundamental de la Biblioteca Nacional. Su casa de Coro, El Balcón de los Arcaya también fue donado y hoy en día es el Museo de la Cerámica de Coro. Su casa de El Paraíso es el Colegio Teresiano donde miles de niñas (y ahora también niños) se han educado en los últimos 60 años. Los terrenos de Coro han sido donados en su mayoría, pero lo más importante es su legado familiar e intelectual que aquí recordamos con este Concurso del Centenario y la obra ganadora

**PALABRAS  
DEL DR. EDUARDO MEIER GARCÍA\*,  
GANADOR DEL PREMIO, POR SU TRABAJO  
"PEDRO MANUEL ARCAYA:  
LA VOCACIÓN DEL JURISTA".**

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster Oficial, Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido profesor en el Doctorado en Ciencias, Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011-2012.

Sr. Dr. Gabriel Ruan Santos  
Presidente y demás miembros de la Junta Directiva  
de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales  
Individuos de Número de esta Corporación,  
Individuos de Número de otras Corporaciones Académicas  
Distinguido Rector de la Universidad Monteávila,  
Dr. Francisco Febres-Cordero  
Autoridades y profesores  
de las Universidades Central de Venezuela,  
Católica Andrés Bello y Monteávila.  
Honorables miembros de la familia del Dr. Pedro Manuel Arcaya  
Funcionarios y amigos de la “Sala Pedro Manuel Arcaya”  
de la Biblioteca Nacional de Venezuela,  
Queridos familiares y amigos  
Señoras, Señores,

El 28 de octubre de 1917 en sesión solemne de esta ilustre Academia de Ciencias Políticas y Sociales, su Presidente clausuraba el acto de entrega del “Premio Aranda”: Primer premio de investigación patrocinado por esta Academia, denominado así en homenaje al ilustre doctor Francisco Aranda, por su contribución al desarrollo patrio de las Ciencias Políticas y Sociales.

100 años después, estamos aquí recibiendo el premio, que lleva el nombre de ese primer Presidente y miembro fundador de esta ilustre Corporación, el Dr. Pedro Manuel Arcaya. Esto no es mera casualidad, porque Arcaya fue un hombre de su siglo y de muchos otros y es comprensible que todavía hoy su vida y obra despierte especial interés. No sólo por la avidez de conocimiento y la lucidez en reflejarlo, sino por el permanente empeño edificador y el espíritu fundacional, que trascendió y contrastó notablemente con sus posiciones políticas.

Además, el interés en difundir su vida y obra, no sólo radica en la curiosidad que despierta cualquier personalidad extraordinaria, sino que es una oportunidad para contrarrestar a los personajes sin mensaje, sin densidad, sin formación; pero populares. Esos personajes, que incluso han asumido la primera magistratura de la República, promoviendo desde allí el relativismo, la permisividad y la destrucción de la sociedad, y que amparados en una *nomenklatura* se creen dueños del poder. Nada que sea digno de emular.

Abordar la vida y obra de un jurista destacado de nuestra historia, es también un ejercicio muy oportuno hoy, cuando en los discursos y en la realidad sobre la capacidad del Derecho para transformar la sociedad, para moderar y racionalizar su relación con el poder, subyace una demoleadora visión cada día más escéptica, por ende, urge pensar en la renovación de la lucha incansable de someter el poder al Derecho.

Hoy revivimos los sentimientos de honor y enorme satisfacción, que expresamos al recibir el Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales correspondiente a la convocatoria 2011-2012. En aquel entonces declaramos nuestro compromiso, que venimos a cumplir y a reafirmar con este nuevo galardón, que recibimos con la misma humildad, pero con mayor responsabilidad por la singularidad de este premio, por el acierto y la generosidad de la familia Arcaya y de esta ilustre Corporación, que hicieron propicio el homenaje que hacemos al insigne jurista y humanista, a esta centenaria Academia y a sus Individuos de Número.

En aquella ocasión sellamos nuestro compromiso con una especie de retribución o modesto aporte al análisis crítico y a las rigurosas reflexiones presentadas al país por esta Corporación, que se había pronunciado y lo sigue haciendo oportunamente, frente a los sistemáticos desafueros políticos, jurídicos y sociales de los órganos del poder público, llamando la atención ante el desmantelamiento del Estado de Derecho y de la democracia, advirtiendo en numerosas ocasiones sobre las nefastas consecuencias de la deriva autoritaria del poder.

Estas líneas serán igualmente, una sentida reivindicación del esfuerzo de esos hombres y mujeres anónimos que siguen luchando heroicamente por no sucumbir al deterioro social, económico, cultural y político que nos avasalla, impuesto desde el Estado como forma de



control social y aniquilación de la disidencia y de la alternancia del poder. A los que luchan toda la vida, los imprescindibles diría Bertolt Brecht, a quienes resisten dignamente y luchan por reivindicar la ciudadanía desde el estatuto de derechos y deberes, desde la composición de una sociedad democrática, en esa larga marcha hacia el Estado Liberal Democrático que, en palabras de Carrera Damas, hoy retrocede frente a la descomposición general que sufrimos todos los venezolanos, que hemos sobrestimado la capacidad de conducción social de los partidos políticos a la vez que nos hemos replegado esperando detrás de la barreira, que otros desafíen esas fuerzas que nos conducen al conformismo, a la servidumbre voluntaria.

La democracia no es sólo un sistema político, sino una forma de oposición a los poderes arbitrarios. Una lucha permanente e incansable, que debe servirse del Derecho y de la ética para remover las trampas puestas por sus enemigos, y rescatar a nuestra Nación del letargo, la sumisión y la ignorancia. Estamos en el punto cero, urge convocar a las voluntades reflexivas y auténticas que nos ayuden repensar un proyecto de país donde la sociedad civil deje de ser el eterno convidado de piedra.

Debo confesar que este premio es más querido y apreciado que ningún otro porque, parafraseando a Aristóteles, lo hemos conseguido con más fatiga.

“La vocación del Jurista”, así hemos subtitulado nuestro trabajo, y no podía ser de otro modo al hablar del Dr. Pedro Manuel Arcaya, porque la vida de Arcaya fue la del abogado, la del científico social, el sociólogo, el historiador, la del lingüista y etnógrafo, la del americanista e indigenista, en fin, la del bibliófilo. También fue la del político, la del servidor público, la del juez y diplomático. Sin dudas fue un humanista, un intelectual, pero su vocación fundamental fue la de jurista. La impronta del Derecho se verá en cada una de sus actuaciones públicas y privadas.

Arcaya fue siempre responsable de sus propias convicciones, que fue lo que en realidad defendió. En todo caso, no cometió los pecados capitales de la política, advertidos por Max Weber<sup>504</sup>, porque siempre

---

<sup>504</sup> WEBER, Max. *El político y el científico*, Introducción de Raymond Aron, 5ª edición, Alianza Editorial, Madrid, 1979, p-173-174

estuvo consciente de las finalidades que perseguía con su paso por el poder y fue siempre responsable de sus posiciones y de sus acciones, asumiendo como un jurista sus consecuencias, incluyendo su propia defensa en los estrados. De los que no sólo salió victorioso, sino que puso en tela de juicio a sus acusadores.

No hemos pretendido en nuestro trabajo ser jueces de las pasiones o razones políticas de Arcaya, ni sacarlo del contexto, y no porque intentemos rehuirle al tema del gomecismo, sino porque siguiendo a Marc Bloch, “a fuerza de juzgar se acaba casi fatalmente por perder hasta el gusto de explicar”<sup>505</sup>

De lo que sí no cabe duda es del espíritu civilizatorio de Arcaya, el mismo que caracterizó a los publicistas americanos del siglo XIX, luego de la emancipación de España. Como era lógico en una patria en la que casi todo estaba por hacerse, en ese devenir habría también algunos desaciertos. El mérito estará -sin dudas- en el proyecto, porque como afirmara el maestro Simón Rodríguez, “alborotar a un pueblo o seducirlo con promesas es fácil, constituirlo es muy difícil”.

Tras la muerte de Gómez Venezuela entró en el Siglo XX<sup>506</sup>. Con el advenimiento del denominado Socialismo del Siglo XXI el país retrocedió al siglo XIX, con la demolición de la República y la aniquilación del Estado. Buena parte de ese proceso de preparación para la institucionalidad democrática -que hoy resiste los embates de la barbarie en el poder- fue obra de Arcaya<sup>507</sup>.

<sup>505</sup> BLOCH, Marc, *Apología de la historia o el oficio del historiador*, 1era edición, Colección de textos clásicos, Nº 1, Fondo Editorial Lola de Fuenmayor-Fondo Editorial Buría, Caracas, 1986, p.p.148-149.

<sup>506</sup> Señala Manuel Caballero que en 1936 Venezuela era un Estado único y centralizado, y una nación consolidada que después no hizo más que desarrollarse y avanzar. Vid. CABALLERO, Manuel, *Gómez, El tirano Liberal (vida y muerte del Siglo XIX)*, Ilustraciones de Pedro León Zapata, Monte Avila Editores Latinoamericana, Caracas, 1994, p.354.

<sup>507</sup> Como señala Elías Pino Iturrieta, será Arcaya, junto a Gumersindo Torres, Ramón Cárdenas, y otros pocos, pieza fundamental de lo rescatable y laudable en este período, al tratarse de un grupo de funcionarios del gobierno de Gómez que “...genera de manera autónoma importantes líneas de trabajo, sugiere planes y se atreve a discutir sobre detalles administrativos” Vid. PINO ITURRIETA, Elías. *Los hombres del benemérito. Epistolario Inédito*, Estudio Preliminar, Coordinación: Yolanda Segnini, América Cordero V. e Inés Quintero, Supervisión de la Edición: Yolanda Segnini, Tomo I, Fondo Editorial Acta Científica Venezolana, Instituto de Estudios Hispanoamericanos, Facultad de Humanidades y Educación, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1985, p.p.19-20.

Con la legislación sobre hidrocarburos, las leyes especiales, la codificación en materia civil, penal y procesal civil y penal, las regulaciones sobre registro y archivos públicos, control de armas, hacienda pública, y en especial, con la Constitución Nacional de 1925, que inaugura el control de legalidad de la Administración Pública; Arcaya fraguó los cimientos del Estado moderno, aunque éste no contará en ese momento con una democracia formal y sustancial para mostrar su eficacia.

Se puede decir que Arcaya fue el arquitecto de una moderna ciudadela del Derecho, cuya estructura levantó meticulosa y paulatinamente, debajo de la desgastada utilería de la dictadura gomecista<sup>508</sup>; para que emergiera en su momento. Fue preparando conscientemente el terreno jurídico-político para una transición a la democracia, hilvanando un conjunto de principios orgánicos y sustanciales, que no se correspondían para nada con la *realpolitik* de Juan Vicente Gómez. De modo que es fácil concluir, que se trataba de una actividad programática, de una actitud regulativa y *pro futuro*, que tenía la intención de levantar una parte del andamiaje jurídico para transitar del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes.

Por más remotas que se vean estas circunstancias, cubiertas e imantadas además por la larga sombra del gomecismo y su razonable connotación negativa, nadie puede negar que Arcaya coadyuvó a sentar las bases del Estado moderno, tal y como lo conocemos hoy y lamentablemente pretende ser desmontado por una facción en el poder, mediante la falaz e impostada convocaría a una asamblea constituyente, entre otros desaguisados.

Así como la civilización de la isla de Pascua desapareció consecuencia del anhelo de poder de sus jefes que aceleraron la deforestación en lugar de impedirla, porque su prestigio dependía de que fueran capaces de levantar estatuas y monumentos mayores que los de sus rivales; en Venezuela está en riesgo la República y el Estado, que se han

---

<sup>508</sup> Sobre este particular Arráiz Lucca señala la muy particular labor codificadora de Arcaya, que fue de excepcional significación para la futura modernidad del sistema jurídico nacional, para concluir que no todo fue oprobio en el régimen de Gómez, como señalaban sus sucesores políticos; ni todo fue orden y progreso como pregonaban sus seguidores. Vid. ARRÁIZ LUCCA, Rafael, *Venezuela: 1830 a nuestros días*, Editorial Alfa, Caracas, 2014, p. 125

desarticulado deliberadamente, y su institucionalidad suplantada por fotografías de cartón en tamaño natural, que representan la más oprobiosa figura épica jamás vista, un comandante eterno que es garantía de impunidad para sus herederos políticos, igualmente personajes sin mensaje, sin densidad, sin formación; y sin la popularidad de aquel.

En contraste, Arcaya fue además un bibliófilo altruista que entregó a la Nación su gran obra póstuma: Su Biblioteca, hoy la "Sala Pedro Manuel Arcaya" de la Biblioteca Nacional. Pedro Manuel hijo narra con elocuencia el episodio en que Arcaya -muy joven aún-, recibe de un tío un gallo de pelea, pero no tarda en cambiarlo por un diccionario latín-español<sup>509</sup>.

Lo que comenzó siendo una afición infantil -como reafirmación anímica de los recuerdos familiares- por juntar los libros, esos objetos de interés inmediato relacionados con sus antepasados, que también lo veneraban, se convierte en la biblioteca de una humanista, paulatinamente acumulada por Arcaya con un fin determinado, servir de flama intelectual e inspiración para futuros investigadores. Sin dudas, el símbolo externo más loable y permanente de la obra de Arcaya.

Tomás Polanco Alcántara en su libro *Venezuela y sus personajes*, finaliza su recorrido por la vida de Arcaya, con un testimonio muy propicio. Dice Polanco que: "Cuando nuestros hijos tengan la edad que actualmente tenemos nosotros y cuando nuestros nietos tengan la edad que actualmente tienen nuestros hijos, el Dr. Pedro Manuel Arcaya quizá no será recordado por haber redactado Constituciones y Códigos, ni por sus dictámenes jurídicos y sus estudios históricos sino por haber creado esa Biblioteca que tantos servicios ha prestado y seguirá prestando a la cultura nacional"<sup>510</sup>

Por mi parte, solo espero que cuando mis hijos (Arturo Enrique, Eduardo José, sí, es con ustedes) tengan edad -para leer y comprender-, podamos recorrer la Biblioteca Arcaya. Deseo que sean testigos, como lo ha sido su papá durante estos años de investigación, de la fabulosa

<sup>509</sup> ARCAJA URRUTIA, Pedro Manuel. *Pedro Manuel Arcaya*, Biblioteca Biográfica Venezolana, V. N° 38, Dirigida por Simón Alberto Consalvi, C.A. Editora El Nacional, Caracas, 2006, p.p. 11-12

<sup>510</sup> POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, *Venezuela y sus personajes*, Ediciones GE, Caracas, 1997, p. 234

impronta cultural que nos dejó Arcaya. Ojalá puedan disfrutar y palpar la doble dimensión del libro, se dejen atrapar por su materialidad, pero especialmente, se dejen conquistar por el influjo intangible del conocimiento reflexivo, que en muchas ocasiones brota del libro. Que el libro esté entre los instrumentos que les permitan convertirse en hombres despiertos y dueños de sí mismo. ¡Que Dios los bendiga!

Mi reconocimiento y gratitud especial al propio Arcaya y a sus familiares por dejar al servicio de todos, este universo babilónico que es la Biblioteca que, como el mundo, nos trascenderá, “perdurará: iluminada, solitaria, infinita, perfectamente inmóvil, armada de volúmenes preciosos, inútil, incorruptible, secreta”, como metafóricamente la presenta Jorge Luis Borges en *Ficciones*. Agradezco igualmente a los bibliotecarios de la Biblioteca Nacional, así como a mi familia por su paciencia infinita y a Dios por permitirme seguir buscando ese libro que cifra y es compendio perfecto de todo lo demás.

No puedo finalizar sin dedicar este premio a esa parte de mi familia en la diáspora, a mis hermanos, sobrinos, tíos y primos y a mi padre, todos sufriendo o dejándonos ese desarraigo que te golpea y hace crujir el corazón.

A la familia de mi esposa, siempre tan generosa. Reciban desde esta tribuna mi más profundo afecto. A la memoria de mi muy amada madre. Siempre recordando la justicia de tu amor.

Gracias a todos los que han permitido que estemos aquí. A mis compañeros y amigos de D’Empaire Reyna Abogados. A todos mis amigos que, a pesar de las dificultades, han hecho un esfuerzo para acompañarnos hoy.

Mención aparte de mi expresión de gratitud merecen los Dres. Gabriel Ruan Santos y Rafael Badell Madrid y la Profesora Inés Quintero, Directora de la Academia Nacional de la Historia, y por supuesto los Dres. Pedro Mezquita Arcaya y Pedro Antonio Arcaya, integrantes del jurado especial designado por la Academia y por la Familia Arcaya para el premio que hoy me otorgan. Así como, el Dr. Humberto Romero-Muci, coordinador del Premio, por la encomiable organización y difusión del mismo.

Pedro Mezquita Arcaya y Pedro Antonio Arcaya, son la muestra palpitante de que los hijos y nietos siguen rindiendo tributo permanente

a la memoria del Dr. Arcaya. Destacamos además a sus hijos Carlos Ignacio y Pedro Manuel por las extraordinarias presentaciones, compilaciones y estudios biográficos sobre su padre.

En la Biblioteca Nacional todavía recuerdan con afecto a María Teresa Arcaya de Mezquita, quien estudió en Madrid para encargarse por más de veinte años de la biblioteca de su padre. No sólo organizó el catálogo, sino que se esmeró en difundir y conservar la gran obra póstuma de su padre.

Por ello, no es casualidad que Coro, la familia, la biblioteca y la función pública, sean los puntos cardinales que guiarán a Arcaya. En torno a ellos hará gravitar todo lo demás.

A decir de Ortega y Gasset las últimas palabras siempre serán más recordadas que las primeras, por eso deben ser particularmente ponderadas. Razón suficiente para dejar lo mejor para el final. Todo este esfuerzo en común se lo debo a mi esposa y extraordinaria compañera. Thai: Siempre estaré en gratitud por tu apoyo permanente, por compartir mis angustias y mis alegrías, mis dudas y mis certezas, por recordarme invariablemente el camino correcto hacia el triunfo de la razón y la libertad, advirtiéndome los atajos del error y la violencia.

Ya para terminar. En "Alexis Zorba El Griego", NikosKazantzakis señala "que hay tres distintos ídoles de hombres: los que fijan como objeto de su vida el vivir la vida, como dicen, con lo que entienden comer, beber, amar, enriquecerse, cobrar fama. Luego, los que tienen por fin no su propia vida, sino la de todos los hombres; los que consideran que los hombres todos son como uno solo, y se esfuerzan por ilustrarlos, por amarlos tanto como puedan, por brindarle todo el bien de que son capaces. Por último, hay aquellos cuyo fin es el de vivir la vida del universo entero: hombres, animales, plantas, astros, para ellos somos una sola cosa, la misma sustancia que está empeñada en el mismo terrible combate"

Nuestro ilustre y apreciado auditorio podrá ubicarse libremente en el grupo que desee. Podrá conocer o recordar a varios abogados contemporáneos que han hecho fama, han accedido al poder político o económico, o se han enriquecido lícita o ilícitamente con el ejercicio de su profesión. Ubíquelos entonces en el primer grupo, y olvídelos. También podrá recordar como juristas entrañables de nuestra historia a Andrés

Bello, Juan Germán Roscio, Miguel José Sanz, Cristóbal Mendoza, Francisco Aranda o Cecilio Acosta, entre otros. Seres que, como Pedro Manuel Arcaya, han trascendido al tener por fin no sólo su propia vida, sino la de todos los hombres, esforzándose por ilustrarlos, por brindarle todo el bien de que son capaces. He allí la vocación primera del jurista: edificar, iluminar y trascender.

Muchas gracias

# **DISCURSOS DE INCORPORACIÓN**



**SESIÓN SOLEMNE CON MOTIVO  
DE LA INCORPORACIÓN  
DEL DR. CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE  
COMO INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N° 12  
JUEVES 23 DE MARZO DE 2017.**

**DISCURSO DE INCORPORACIÓN  
DEL DR. CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE  
A LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS  
Y SOCIALES.**

Señor doctor  
Gabriel Ruan Santos,  
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,  
Señores Directores e Individuos de Número de esta Academia,  
Señores miembros de la familia  
del doctor Tomás Enrique Carrillo Batalla,  
Doctor Salvador Yanuzzi, decano de la Facultad de Derecho  
de la Universidad Católica Andrés Bello,  
Señoras y señores:

El 7 de junio de 2016, los individuos de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales me eligieron para compartir responsabilidades con ellos. Les agradezco muchísimo, a todos los académicos, que me hayan escogido para formar parte de un grupo tan destacado de estudiosos del Derecho y sus disciplinas afines. Les doy las gracias de manera especial al académico Ramón Escovar León, quien fue el principal promotor de mi candidatura y preparó la correspondiente carta de postulación; a los académicos Luis Henrique Farías Mata, Henrique Iribarren, Luciano Lupini y Humberto Romero-Muci, quienes participaron con entusiasmo en ese esfuerzo; a los académicos Enrique Lagrange, James Otis Rodner y Julio Rodríguez Berrizbeitia, quienes también firmaron mi postulación; y a los académicos Román José Duque Corredor y Alfredo Morles Hernández, quienes, no estando en el país en esos días, solicitaron por correo electrónico ser incluidos entre los postulantes. Les doy las gracias también a los académicos Alberto Arteaga Sánchez, Carlos Ayala Corao, Rafael Badell Madrid, Alberto Baumeister Toledo, Luis Cova Arria y Enrique Urdaneta Fontiveros, por sus palabras de aliento. Por otro lado, agradezco la orientación de

corte institucional suministrada por los doctores Eugenio Hernández-Bretón y Gabriel Ruan Santos, entonces presidente y primer vicepresidente de la Academia, respectivamente. Para mí será un honor, un placer y un gran reto formar parte de esta corporación.

En un correo que me envió el académico Alfredo Morles Hernández, el día siguiente a mi elección, éste definió la Academia “como núcleo moral de la República, como bastión de defensa de la democracia y del estado de derecho y como centro de producción y difusión de la cultura jurídica”. Sobran las palabras.

Pertenecer a la Academia tiene para mí una significación muy especial, pues, en primer lugar, a los dieciocho años de edad comencé a trabajar como pasante con los luego académicos Leopoldo Borjas, Enrique Lagrange y Carlos Mendoza Goiticoa, en Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar y Cía., establecido en 1945, pero con orígenes en el Escritorio Bance, del siglo XIX, fundado por quien después fue académico, Juan Bautista Bance. En dicho escritorio, del que ahora soy socio, trabajé casi cuatro décadas con el académico Enrique Lagrange, donde fui beneficiario de su erudición en Derecho de Obligaciones, su rigor lógico y su generosidad compartiendo conocimientos, por lo que le tengo la más honda gratitud. También tuve la fortuna de formarme profesionalmente con el académico Leopoldo Borjas, de grata memoria, durante casi treinta años, cuya calidez y dominio del Derecho Mercantil son admirables. En segundo lugar, recibí clases en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello de varios excelentes profesores: el académico Gonzalo Parra Aranguren, recientemente desaparecido, y los luego académicos José Guillermo Andueza, Luis Henrique Farías Mata, James Otis Rodner, Julio Rodríguez Berrizbeitia y Enrique Urdaneta Fontiveros. En tercer lugar, tuve la oportunidad de ser abogado auxiliar durante cuatro años del académico Luis Henrique Farías Mata en la lamentablemente extinta Corte Suprema de Justicia. Este académico ha sido siempre un referente importante en mi vida. En cuarto lugar, compartí mucho con el académico Alberto Baumeister Toledo en numerosos eventos sobre Derecho de Seguros. En quinto lugar, a partir de hoy tendré el privilegio de ocupar el sillón en la Academia de Tomás Enrique Carrillo Batalla, fallecido el 13 de octubre de 2015, viejo amigo de mi padre, Manuel Acedo Mendoza.

Ellos dos fueron compañeros de colegio y universidad, igual que su hijo Vicente y yo. Cuando murió mi padre, en 1990, el doctor Carrillo Batalla dio un discurso en su memoria en la Academia,<sup>511</sup> que me permite contar algunos datos de su juventud: se graduaron de bachilleres en Caracas en 1941, con, entre otros, el luego académico Andrés Aguilar. Los tres estudiaron después leyes en la Universidad Central de Venezuela, donde hicieron amistad con Benito Raúl Losada. En palabras del doctor Carrillo Batalla, “era un curso en el que... siempre mantuvimos una elevada cordialidad, una constructiva camaradería... Manuel Acedo Mendoza... y yo... estudiábamos juntos siempre... Tuvimos la suerte... de contar con brillantes profesores... Se trataba de verdaderos maestros del Derecho... Después de concluida la carrera algunos de nosotros nos fuimos a seguir cursos de post-grado en el exterior... Manuel Acedo Mendoza y yo nos marchamos a la Universidad de Michigan en los Estados Unidos, a seguir cursos de inglés y luego a incorporarnos a los regulares de Economía Política”. Allí, el doctor Carrillo Batalla obtuvo un máster en Economía en 1946.

Cuando Tomás Enrique Carrillo Batalla entró en esta Academia, el discurso de contestación lo dio el académico Luis Villalba-Villalba.<sup>512</sup> En palabras de éste, el doctor Carrillo Batalla “–al volver a Caracas... y hasta 1952– se dedicó al ejercicio de la profesión de Abogado y Economista..., sin descuidar... su cátedra universitaria.”

En la dictadura de Pérez Jiménez, el doctor Carrillo Batalla asumió una posición valiente, que pagó cara, lo cual lo enaltece. En efecto, según Vicente Carrillo-Batalla, habiéndose su padre desempeñado como agricultor y ganadero, y como presidente de la Cámara Agrícola de Venezuela, el General Pérez Jiménez le propuso ser Ministro de Agricultura y Cría, cargo que rechazó; y, poco después, suscribió un manifiesto contra el régimen. Al respecto, Villalba-Villalba narra que “En el año 1952 le fue ofrecida una alta posición política y no sólo no la aceptó,

<sup>511</sup> Carrillo Batalla, Tomás Enrique: Homenaje al Dr. Manuel Acedo Mendoza, disponible en: [http://acienpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/1994/BolACPS\\_1994\\_76\\_128\\_115-142.pdf](http://acienpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/1994/BolACPS_1994_76_128_115-142.pdf)

<sup>512</sup> Contestación del doctor Luis Villalba-Villalba al discurso de incorporación a la Academia del doctor Tomás Enrique Carrillo Batalla, disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cma-cienpol/Resources/IndividuosDocs//158/sillon%2012-2.pdf>

sino que con patriótica entereza expresó al gobierno usurpador que se debían respetar los resultados electorales; y ya se sabe cuál fue la respuesta: año y medio de cárcel y cinco de ostracismo.” El doctor Carrillo Batalla se tuvo que ir de Venezuela. En palabras de Villalba-Villalba, fue “un exilio activo, serio”, coronado con un “doctorado en Economía de la Universidad de Columbia, en Nueva York.”

El doctor Carrillo Batalla fue instrumental en la recuperación de la democracia venezolana en 1958, pues, según Manuel Felipe Sierra, facilitó un pacto entre los rivales Rómulo Betancourt y Eleazar López Contreras, en los últimos días de la dictadura.<sup>513</sup>

El doctor Villalba-Villalba comenta que el doctor Carrillo Batalla, “De vuelta a la Patria, a mediados de 1958, promovió... y orientó múltiples empresas, entre ellas un Banco..., del cual hubo de separarse en 1960 para aceptar la Cartera de Hacienda que le fuera ofrecida por el Presidente Betancourt.” Previamente, José Antonio Mayobre, nombrado por Wolfgang Larrazábal y ratificado por Rómulo Betancourt, ocupó dicha cartera.

El Presidente Betancourt y sus Ministros Mayobre y Carrillo Batalla heredaron una crisis económica del dictador, que tuvieron que afrontar. Andrés Germán Otero sucedió al doctor Carrillo Batalla como Ministro de Hacienda de Rómulo Betancourt. El doctor Carrillo Batalla narra que, “cuando me retiré del despacho... y al haber aceptado el Dr. Otero su desempeño, éste me preguntó qué profesional le recomendaba para que fuera su asesor... Yo le recomendé a Manuel” Acedo Mendoza.<sup>514</sup> Respecto del manejo económico de la Presidencia de Betancourt, interesa resaltar que los Ministros de Hacienda Mayobre, Carrillo Batalla y Otero lograron, alcanzar un equilibrio fiscal y obtener cifras de crecimiento significativas. Benito Raúl Losada, gran amigo del doctor Carrillo Batalla y de mi padre, fue Ministro de Hacienda después de Andrés Germán Otero, durante el período presidencial de Raúl Leoni.

<sup>513</sup> Artículo sobre el 23 de enero escrito por Manuel Felipe Sierra en ABC de la Semana, disponible en: <http://www.abcdelasemana.com/2010/01/23/perez-jimenez-%E2%80%9Cprefiero-irme-antes-que-matar-cadetes%E2%80%9D/>

<sup>514</sup> Andrés Germán Otero no sólo conocía al doctor Carrillo Batalla, sino que tenía relación con Rómulo Betancourt, desde que estudiaron juntos en los años 20, y con mi padre, pues, en los años 50, ambos le prestaban servicios al Grupo Mendoza (Acedo de Lepervanche, Luisa: Semblanza Andrés Germán Otero, Caracas, 1997).

La convicción democrática y la valentía desplegadas por el doctor Carrillo Batalla, primero al enfrentar al perezjimenismo y luego al aceptar ser ministro de Rómulo Betancourt, cuyo gobierno estuvo muy amenazado por los extremismos de derecha e izquierda,<sup>515</sup> es una manifestación admirable de los valores civiles que necesitamos prevalezcan en nuestro país.

Muchos tienen una imagen edulcorada del perezjimenismo, en razón de sus obras de infraestructura, pero no hay que olvidar los padecimientos de demócratas como Tomás Enrique Carrillo Batalla, ni el mal estado en que estaba la economía cuando el dictador fue derrocado, la cual fue reconstruida, en medio de la inestabilidad política, gracias a profesionales dedicados como él. Algo parecido sucede en nuestra época, en la que, por efecto de la bonanza aparente generada por los exorbitantes ingresos petroleros que obtuvo Venezuela durante el régimen de Hugo Chávez, muchos no recuerdan que éste es la causa del caos económico y la represión exacerbada del gobierno de Nicolás Maduro. El papel de militares como el General Marcos Pérez Jiménez y el Teniente Coronel Hugo Chávez, y la exaltación de Simón Bolívar como hombre de armas, han sido muy dañinos para el país. El Libertador fue un político y un pensador, más que un militar.<sup>516</sup>

Cuando Tomás Enrique Carrillo Batalla se incorporó a esta Academia el 7 de diciembre de 1972, su trabajo de incorporación fue una *Historia Crítica del Concepto de la Democracia*.<sup>517</sup> Uno de sus aportes fue realizar un análisis de los escritos del Libertador,<sup>518</sup> y hacerse la

---

<sup>515</sup> Narra el doctor Carrillo que, al principio del período democrático que se inició con la caída de Pérez Jiménez, la izquierda “radical” le apostó “a una insurrección general armada en contra del sistema”, pero luego terminó orientándose “hacia una lucha más compatible con sus posibilidades reales”, encuadrada “en el campo puramente cívico y en el marco de la ley”. (Carrillo Batalla, Tomás Enrique: *Historia Crítica del Concepto de la Democracia*, Caracas, 1972, tomo I, p. 44, y tomo II, p. 64).

<sup>516</sup> La exaltación de Bolívar como hombre de armas distorsiona la realidad, pues obviar al Bolívar civil equivale a catalogar a Churchill como militar porque de joven fue soldado británico y mucho más tarde lideró al Reino Unido en la Segunda Guerra Mundial. Bolívar y Churchill fueron políticos y pensadores. Ambos fueron aristócratas, pero con convicciones democráticas.

<sup>517</sup> Carrillo Batalla, Tomás Enrique: *Historia Crítica del Concepto de la Democracia*, Caracas, 1972.

<sup>518</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, pp. 357 a 411.

siguiente pregunta: “Bolívar, ¿era partidario de un gobierno democrático o de un sistema autocrático?”<sup>519</sup> Esta interrogante es pertinente, pues el Libertador fue un hombre de su época, en la que los valores democráticos estaban lejos de ser generalmente aceptados; tenía gran admiración por el sistema político de Inglaterra, que era una monarquía apoyada en una aristocracia, en la que el voto estaba limitado a los hombres acomodados; y llegó a ser partidario de que, en nuestros países, la presidencia de la república fuera vitalicia; además, en un momento histórico en el cual el sufragio universal no se había impuesto en el mundo, él no lo promovió en la América Hispana. A pesar de todo esto, el doctor Carrillo Batalla llega a la conclusión de que “Bolívar *sitúa la soberanía en el pueblo*. Tanto en sus constituciones, como en sus cartas y mensajes, se afirma en ese principio, el cual a través de toda su vida, forma una constante de su ideario político... se puede afirmar con propiedad, que Bolívar era sinceramente demócrata”;<sup>520</sup> “las ideas del Libertador sobre... la igualdad y la libertad, encuadran dentro del concepto de democracia”;<sup>521</sup> “Bolívar... quería un concierto democrático de naciones... que... erradicase... la esclavitud”.<sup>522</sup>

En esa misma obra, Tomás Enrique Carrillo Batalla expresa que, desde los inicios de la República hasta 1958, faltó “concordancia entre la constitución escrita y la realidad de los gobiernos”, pues éstos “no se conformaban” con “los cánones de la democracia”;<sup>523</sup> es decir, hubo una “antinomía constitución escrita - autocracia”.<sup>524</sup> Esta contradicción se terminó cuando se acabó la dictadura perezjimenista, pues, en palabras del doctor Carrillo Batalla, hubo “un año de transición, de... liquidación del predominio militar..., y la nueva combinación de fuerzas... habría de desembocar en el encuadramiento de un sistema, en que la democracia formal va a operar, no sólo en la letra escrita de la constitución, sino en la conformidad institucional del gobierno”.<sup>525</sup> Según él,

<sup>519</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 379.

<sup>520</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 382.

<sup>521</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 399.

<sup>522</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 411.

<sup>523</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 45, y tomo II, p. 65.

<sup>524</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo II, p. 56.

<sup>525</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 43 y 44, y tomo II, p. 64.



“la democracia formal ha funcionado efectivamente en Venezuela”,<sup>526</sup> y “a partir de 1958 concuerdan la ley y los hechos”,<sup>527</sup> o sea, coinciden “la ley y el funcionamiento institucional”,<sup>528</sup> con lo cual se produjo “la consagración de un sistema democrático formal”.<sup>529</sup> Entonces, “el largo debate de cien años de duración”, que confrontó “el gobierno de la constitución escrita y el gobierno real cerró sus páginas históricas, con la apertura, en 1958, del nuevo ciclo de la democracia”.<sup>530</sup>

Pero la democratización se comenzó a revertir desde los dos intentos de golpe de estado del Teniente Coronel Chávez y otros militares en 1992, veinte años después de que el doctor Carrillo Batalla escribiera lo anterior. Una advertencia de que la democracia venezolana podía ser destruida fue formulada en 1972 por éste, en su misma obra, al señalar que, si bien había cesado “la confrontación de la ley y de su cumplimiento”, era necesaria “la realización de los objetivos democráticos de la libertad y de la igualdad, no en su sentido formal, sino en su significado esencial y de fondo”;<sup>531</sup> o sea, había que convertir “las consagraciones teóricas... en realidades concretas de la vida cotidiana”,<sup>532</sup> y se debía manejar “la cosa pública con ajuste a cánones de eficiencia y de recta aplicación de los caudales del Estado en fines identificados con el progreso económico y con el bienestar colectivo”.<sup>533</sup> Esto, en palabras del doctor Carrillo Batalla, era un “reto de la historia”.<sup>534</sup> “La única manera de superarlo” era con fundamento “en la eficiencia”, como “sola forma efectiva de combatir y derrotar las manifestaciones de la anti-democracia”; “una conducta intachable... puede salvar la democracia”; “sostenemos la tesis de la austeridad, de la imparcialidad y de la estricta sujeción al estado de derecho como requisitos indispensables, para la supervivencia... del presente ensayo democrático”.<sup>535</sup>

<sup>526</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 44.

<sup>527</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 44.

<sup>528</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo II, p. 65.

<sup>529</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 44, y tomo II, p. 65.

<sup>530</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 44 y 45, y tomo II, p. 65.

<sup>531</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo II, p. 66.

<sup>532</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo II, pp. 65 y 66.

<sup>533</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo II, p. 66.

<sup>534</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 76, y tomo II, pp. 65 y 66.

<sup>535</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, pp. 76 y 77.

“De la respuesta a ese reto de la historia, depende el futuro de la democracia”.<sup>536</sup>

Ese reto lamentablemente no fue superado; y, veintisiete años más tarde, en 1999, comenzó un régimen autoritario, que devastó las instituciones, la convivencia social y la economía. La pérdida de la democracia tiene raíces, además de políticas, económicas.<sup>537</sup>

Enrique Urdaneta Fontiveros comenta lo siguiente, en relación con una reunión que tuvo con Tomás Enrique Carrillo Batalla poco antes de su muerte: “Se despidió diciéndome que tenía la satisfacción de haber contribuido en alguna medida con sus iniciativas y realizaciones a la construcción del país, pero que le embargaba la tristeza de ver ahora el derrumbe de todo lo que había contribuido a levantar”.<sup>538</sup>

Sin embargo, las virtudes ciudadanas sembradas por personas como el doctor Carrillo Batalla contribuyeron a que Venezuela no se doblegara en estos dieciocho años de autoritarismo.

La advertencia del doctor Carrillo Batalla, en 1972, de que nuestra democracia podía morir, como de hecho murió, vino acompañada del siguiente mensaje: “Su muerte... no significaría el fin del anhelo de los pueblos... Vendría por el contrario a abrirles un cauce de realización

<sup>536</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo II, pp. 65 y 66.

<sup>537</sup> En los veinte años que precedieron las elecciones presidenciales de 1998, que ganó Hugo Chávez, los precios mundiales del petróleo bajaron de 29,19 a 12,28 dólares de los Estados Unidos por barril; además, dada la inflación en los Estados Unidos, lo que antes costaba un dólar pasó a costar dos dólares y veinticinco centavos; finalmente, la población venezolana subió de 14,93 a 23,52 millones de personas. De manera que, entre 1979 y 1998, es decir, en la segunda mitad del período democrático, hubo un deterioro paulatino en la situación económica del país y de su gente, no compensado por un aumento relevante de la producción petrolera, ni por una diversificación de la economía. Los datos anteriores tienen las siguientes fuentes:

Precio promedio OPEP del barril de petróleo en US\$ tomado de:

<https://www.statista.com/statistics/262858/change-in-opec-crude-oil-prices-since-1960/>

Inflación en los Estados Unidos tomada del calculador de la Oficina de Estadísticas Laborales de los Estados Unidos:

[http://www.bls.gov/data/inflation\\_calculator.htm](http://www.bls.gov/data/inflation_calculator.htm)

Población venezolana en millones de personas según el Banco Mundial tomada de:

<http://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL?locations=VE>

<sup>538</sup> A la memoria de Tomás Enrique Carrillo Batalla, por Enrique Urdaneta Fontiveros, disponible en: [http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Noticias/A%20LA%20MEMORIA%20DE%20TOM%C3%81S%20ENRIQUE%20CARRILLO%20BATALLA%20\(1\)%20\(1\).pdf](http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Noticias/A%20LA%20MEMORIA%20DE%20TOM%C3%81S%20ENRIQUE%20CARRILLO%20BATALLA%20(1)%20(1).pdf)

mucho más recio... a cuyo término brillaría... una nueva vida... de pleno disfrute de las esencias democráticas”.<sup>539</sup>

Éste es el reto de la historia que ahora tenemos enfrente.

Por su importante obra como profesor universitario y autor de numerosos libros y artículos sobre temas jurídicos, históricos, económicos y políticos, el doctor Carrillo Batalla no sólo perteneció a esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales, sino también a la Academia Nacional de Ciencias Económicas y a la Academia Nacional de la Historia, presidiendo las dos primeras.<sup>540</sup> De hecho, Benito Raúl Losada califica al doctor Carrillo Batalla como un “espíritu universal”,<sup>541</sup> lo cual explica su pasión por los libros, que se manifestó de dos maneras: fue autor de más de trescientas publicaciones, y coleccionó más de cincuenta mil volúmenes, que generosamente donó a la Biblioteca Nacional.<sup>542</sup>

El doctor Carrillo Batalla se destacó en numerosas actividades adicionales. La más importante de todas fue que fundó, con su esposa Agatha Lucas de Carrillo Batalla, madre y compañera ejemplar, una gran familia de personas honestas, trabajadoras e interesadas en su país, formada por sus hijos Vicente, casado con Emily Mattar; Edelmira (cariñosamente Chichita), casada con Carlos Reyna Parés; Agatha, casada con Alfredo Larrazábal Delgado; María del Rosario, casada con Humberto Romero-Muci, primer vicepresidente de esta Academia; Corina, casada con Juan Carlos Corbán; Virginia, casada con Humberto D’Ascoli; Beatriz, casada con Jorge Kew; y Tomás Enrique, casado con María Ignacia Quintero; y sus numerosos nietos Carrillo-Batalla Matar, Reyna Carrillo, Larrazábal Carrillo, Romero Carrillo, Corbán Carrillo, D’Ascoli Carrillo, Kew Carrillo y Carrillo-Batalla Quintero. Quienes estudiamos ininterrumpidamente con Vicente Carrillo-Batalla los dieciséis años de colegio y universidad –Armando Carmona, Henrique

<sup>539</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, pp. 79 y 80.

<sup>540</sup> La señora Evelyin Barboza, colaboradora, desde hace décadas, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, cuenta que el doctor Carrillo Batalla, durante su presidencia, llegaba a las seis de la mañana y salía a las seis de la tarde. Era un gran trabajador.

<sup>541</sup> Entrevista de Macky Arenas a Benito Raúl Losada en su programa Biografías, en Globovisión, del 17 de enero de 2016, sobre Tomás Enrique Carrillo Batalla.

<sup>542</sup> Entrevista de Macky Arenas a Vicente Carrillo-Batalla Lucas, en su programa Biografías, en Globovisión, del 17 de enero de 2016, sobre Tomás Enrique Carrillo Batalla.

Iribarren, Gonzalo Giménez, Oscar Torres y yo— damos fe del calor de la familia Carrillo Lucas, presente en su casa de Chulavista y su finca de Aguafría, donde pasamos momentos inolvidables. Retomando las palabras del académico Urdaneta Fontiveros, “el Dr. Carrillo Batalla fue un patriarca del hogar. Tuvo con su adorada Agatha un matrimonio feliz en el que reinaron siempre el afecto, la comprensión y la comunidad de propósitos para edificar un hogar honorable y levantar dignamente una familia. Fue un modelo de virtudes para sus hijos y sus nietos. Ellos llevan con honor y dignidad su nombre.”

Estoy seguro que, a las numerosas familias con valores cívicos que hay en Venezuela, como los Carrillo Lucas, les tocará desempeñar un papel relevante en la reconstrucción de nuestro país, con lo que honrarán la memoria de Tomás Enrique Carrillo Batalla.

En 1972, el doctor Carrillo Batalla escribe, en relación con los sistemas democráticos como el que imperaba en esa época en Venezuela, que los “arquetipos teóricos, el soberano, el representante, el ciudadano”, son “productos de ingeniosas elaboraciones intelectuales, pero... no expresan la variedad y diferencias de la vida real”.<sup>543</sup> Obviamente, cuando Venezuela recupere su democracia, estas variedades y diferencias, que son muchas y dramáticas, deben ser tomadas en cuenta, para que la reimplantación de esos arquetipos teóricos incida más positivamente en la vida real y se evite otra regresión. Aunque comparativamente hablando parezca irrelevante, me parece que una de estas diferencias, que debe ser tomada en cuenta, es la que existe entre quienes suministran bienes o servicios y quienes los reciben. Décadas antes, en 1944, el doctor Carrillo Batalla pronuncia un discurso en el que resalta la dicotomía entre “el derecho del Estado a intervenir en la vida económica” y el “derecho de los particulares para entrar en... la vida económica según la medida de sus intereses personales”; y afirma la necesidad de atender “los intereses de la totalidad del pueblo venezolano, como productor **y como consumidor**”.<sup>544</sup> Este comentario, hecho hace más de setenta

<sup>543</sup> Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 64.

<sup>544</sup> Conferencia dictada por José Tomás Carrillo Batalla el 5 de septiembre de 1944 en un evento del partido P.D.V. (el resaltado es mío), disponible en: <http://ance.msinfo.info/bases/biblo/texto/libros/CT.1990.ANEXO.a.4.pdf>

años, me llamó la atención, pues, por una parte, antecede el desarrollo de la protección al consumidor; y, por otra parte, se suele hablar mucho de los derechos de éste, pero no tanto de los del productor. Pienso que los derechos de los suplidores de bienes o servicios y los consumidores o usuarios de los mismos no son incompatibles, y que es necesario conciliar los intereses de ambos grupos. De hecho, casi todas las relaciones económicas están fundamentadas en contratos, la mayoría de los cuales son impuestos por dichos suplidores y por otras personas en posición de dominio, mediante un clausulado preestablecido, al que se someten los consumidores o usuarios y otros adherentes, lo cual es legítimo, siempre y cuando no haya abusos.

En este orden de ideas, hoy me toca presentar mi trabajo de incorporación a la Academia, sobre cláusulas abusivas y contratos de adhesión. Esto incluye la contratación en masa, como herramienta para el desarrollo económico, y la protección del Estado para cualquier persona natural o jurídica que se adhiera a contratos pre-redactados. Esta protección se justifica porque el proponente del contrato puede haber incurrido en la tentación de incorporar una cláusula abusiva, que el adherente tiene que aceptar para contratar.

Esta materia forma parte del Derecho de Obligaciones, que versa sobre las relaciones económicas entre los particulares. La existencia de contratos de adhesión y cláusulas abusivas constituye un desafío para los estudiosos del Derecho de Obligaciones, pues éste fue concebido sobre la base de que las partes negocian las relaciones que las rigen, debiendo cada una de ellas velar por sus propios intereses. Sin embargo, existen acuerdos que no son negociados, que a veces incluyen disposiciones inequitativas redactadas por el proponente y aceptadas por el adherente junto con el resto del contrato entre ambos, bien sea porque no le quedó más remedio que consentirlas para acceder a un bien o servicio, porque tenía interés en hacer negocios con una organización en capacidad de imponer sus reglas de juego, o porque no leyó o no entendió el texto contractual.

Nunca ha existido en Venezuela una normativa legal en materia de contratos de adhesión, que salvaguarde a los adherentes, cualquiera que sea su condición, contra las cláusulas abusivas incluidas en este tipo de

contrato. La única legislación promulgada en relación con este tema fue para proteger a los adquirentes de bienes y servicios ofrecidos al público. Pero este esfuerzo legislativo, de limitado alcance y con varias carencias, fue destruido por el régimen que se instauró a partir de 1999.

En efecto, en 1992 fue publicada, por primera vez en nuestro país, una Ley de Protección al Consumidor que regulara los contratos de adhesión, la cual fue reformada en 1995.<sup>545</sup> Esta ley protegía a los consumidores contra las cláusulas abusivas; sin embargo, tenía defectos. A título ilustrativo, establecía que “No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión” que estén redactadas “en términos vagos o imprecisos”;<sup>546</sup> pero, en vez de anular las disposiciones contractuales mal redactadas, lo apropiado hubiera sido interpretarlas a favor del adherente. Esta ley fue derogada en 2004 por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario,<sup>547</sup> que a su vez fue sustituida en 2008 por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.<sup>548</sup> Ambas leyes regulaban los contratos de adhesión y las correspondientes cláusulas abusivas, pero introdujeron disposiciones absurdas. Por ejemplo, disponían que, si un proveedor quería actualizar sus contratos, para adaptarlos a los cambios en el entorno legal o económico, o para mejorar su oferta de bienes o servicios, debía notificar a los adherentes, y, si éstos no respondían, la propuesta de modificación se consideraba denegada y terminaba la relación contractual;<sup>549</sup> es decir, el legislador estableció un sistema de silencio negativo, que desembocaba en privar al adherente de los beneficios del contrato. La regulación legal de los contratos de adhesión y las correspondientes cláusulas abusivas desapareció en 2014, con la Ley Orgánica de Precios Justos.<sup>550</sup>

<sup>545</sup> Ley de Protección al Consumidor publicada el 24 de marzo de 1992 y reformada según publicación del 17 de mayo de 1995.

<sup>546</sup> Artículo 21, número 5, de la Ley de Protección al Consumidor de 1992, reformada en 1995.

<sup>547</sup> Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004.

<sup>548</sup> Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada el 31 de julio de 2008, luego reformada.

<sup>549</sup> Artículo 83 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y artículo 72 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008.

<sup>550</sup> La Ley de Orgánica de Precios Justos publicada el 23 de enero de 2014 derogó la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

La última versión de esta ley, de 2015,<sup>551</sup> 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”,<sup>552</sup> e impone una sanción pecuniaria a quienes violen este derecho.<sup>553</sup> 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 adhesión.<sup>554</sup> Dicha ley no tiene una lista de cláusulas abusivas, como las anteriores.<sup>555</sup>

<sup>551</sup> Ley Orgánica de Precios Justos publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpressa el 12 del mismo mes.

<sup>552</sup> Artículo 7, número 10, de la Ley Orgánica de Precios Justos de 2015.

<sup>553</sup> Artículo 47, número 7, de la Ley Orgánica de Precios Justos de 2015.

<sup>554</sup> 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).

<sup>555</sup> A partir de los años 1992, 2004 y 2008, respectivamente, la Ley de Protección al Consumidor, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, hasta la derogación de ésta por la Ley de Orgánica de Precios Justos en el 2014, regularon los contratos de adhesión y las correspondientes cláusulas abusivas. Las tres leyes sucesivas derogadas incluían 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 decir, si el predisponente no desvirtúa la presunción de abuso con respecto a una cláusula del listado legal, ésta es nula (cláusulas grises). Este planteamiento es compatible con la apreciación de José Melich Orsini, según la cual ciertas disposiciones contractuales son “Cláusulas sospechosas de ser abusivas” o “cláusulas que se prestan a abuso por parte del predisponente de ‘condiciones generales de contratación’” (Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, publicado en el libro con el mismo nombre, bajo

La normativa sobre el contrato de seguro tampoco escapó a esta destrucción. En efecto, las pólizas estaban reguladas por el Código de Comercio. Dado que esa regulación devino obsoleta, fue derogada, en 2001, por la Ley del Contrato de Seguro.<sup>556</sup> No obstante, en 2015, la Ley de la Actividad Aseguradora<sup>557</sup> abrogó la Ley del Contrato de Seguro. En ese momento, dejó de existir la normativa legal sobre contratos de seguro.<sup>558</sup> Ahora bien, la Ley de la Actividad Aseguradora prevé que la Superintendencia de la Actividad Aseguradora dicte las reglas aplicables a las pólizas; pero normar esta actividad es competencia exclusiva de la Asamblea Nacional, ya que forma parte de la reserva legal prevista en la Constitución.<sup>559</sup> Sin embargo, dicha superintendencia emitió, en 2016, unas Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora,<sup>560</sup> que tienen los mismos defectos que la ley derogada.<sup>561</sup> Estas normas son tan groseramente inconstitucionales, que el académico Alfredo Morles Hernández expresa que se trata de “Una burla constitucional más”.<sup>562</sup>

---

la ponencia general de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1996, p. 180), y “Las circunstancias singulares del contrato en que se la haya insertado juegan un papel preponderante en la determinación de si una de esas cláusulas sospechosas debe o no reputarse de ‘abusiva’ en el contexto de dicho contrato” (Las Particularidades del Contrato con Consumidores, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, p. 104). Coincido con que es preferible un listado de cláusulas grises, que un listado de cláusulas negras. También me parece preferible una lista enunciativa o abierta, que una lista taxativa o cerrada. La ley de 1992 contenía una lista cerrada, mientras que las leyes de 2004 y 2008 contenían una lista abierta.

<sup>556</sup> Ley del Contrato de Seguro publicada el 12 de noviembre de 2001.

<sup>557</sup> Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 30 de diciembre de 2015 y reimpressa el 15 de marzo de 2016.

<sup>558</sup> Como la normativa aplicable a las pólizas que se encontraba en el Código de Comercio había sido derogada por la Ley del Contrato de Seguro, las pólizas pasaron a regirse por las disposiciones generales sobre los contratos del Código Civil, inapropiadas para regular un contrato tan particular como las pólizas.

<sup>559</sup> El número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución establecen, respectivamente, que “Corresponde a la Asamblea Nacional: ... Legislar en las materias de la competencia nacional...”, y que “Es de la competencia del Poder Público Nacional: ... La legislación en materia... de seguros...”

<sup>560</sup> Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora dictadas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y publicadas el 24 de agosto de 2016.

<sup>561</sup> Acedo Sucre, Carlos Eduardo: El Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, en Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2004, tomo II, pp. 1057 y ss.

<sup>562</sup> Morles Hernández, Alfredo: La reforma del contrato de seguro. Una burla constitucional más, disponible en:



En el mismo sentido, en 2015, la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dictó unas Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros.<sup>563</sup> Estas normas pretenden restablecer el silencio negativo y la terminación contractual,<sup>564</sup> que estaban previstos en las leyes abrogadas.<sup>565</sup> Esta resurrección del rechazo tácito y de la privación de los beneficios del contrato no tiene validez, porque dichos mecanismos ya habían sido derogados; además, regular de esta forma los contratos bancarios contraría la reserva legal.<sup>566</sup>

---

[http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Noticias/06092016193411\\_La%20reforma%20del%20contrato%20de%20seguro.pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Noticias/06092016193411_La%20reforma%20del%20contrato%20de%20seguro.pdf)

En el trabajo precedente el doctor Morles expone, entre otras cosas, las numerosas razones por las que dichas normas son inconstitucionales, tema que abordó también en su trabajo sobre La Deslegalización de la Materia del Contrato de Seguro, que tuvo la gentileza de enviarme y que entiendo todavía no ha sido publicado. Ambos, además de ser estudios relevantes para el Derecho de Seguros, abordan materias cruciales de Derecho Constitucional, por lo que son muy útiles en relación con cualquier área de la actividad económica en la que los presidentes Chávez o Maduro hayan legislado habilitados por la Asamblea Nacional o hayan modificado normas mediante reimpresiones en la Gaceta Oficial.

<sup>563</sup> Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros dictadas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y publicadas el 14 de diciembre de 2015.

<sup>564</sup> Artículo 24 de las Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros.

<sup>565</sup> Artículos 83 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y 72 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008.

<sup>566</sup> El número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución establecen, respectivamente, que “Corresponde a la Asamblea Nacional:... Legislar en las materias de la competencia nacional...”, y que “Es de la competencia del Poder Público Nacional... La legislación en materia... civil, mercantil,... de bancos...”. Si bien la Ley de Instituciones del Sector Bancario del 8 de diciembre de 2014, en su artículo 172, número 13, dispone que, entre las “atribuciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario”, se encuentra la de “Establecer las normas generales que regulen los contratos e instrumentos de las operaciones de intermediación y servicios conexos permitidas a las instituciones del sector bancario”, esta facultad no es ilimitada. La misma no puede ser entendida como una autorización para mantener vivas normas legales derogadas (los citados artículo 83 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y 72 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, antes citados), ni para contradecir principios reflejados en normas legales vigentes. Lo único que la Superintendencia puede hacer, con base en dicha atribución, es dictar normas que reglamenten los contratos del sector bancario, de manera en un todo compatible con las disposiciones legales vigentes en materia de contratos en general y de contratos bancarios en particular, sin afectar su espíritu, propósito ni razón (principio reflejado en el número 10 del artículo 236 de la Constitución). Y, ciertamente, éste no es el caso del silencio negativo o rechazo tácito.

Los problemas creados por la desaparición de la normativa legal sobre los contratos de adhesión y las correspondientes cláusulas abusivas pueden ser parcialmente atendidos acudiendo al derecho común. En efecto, existen principios básicos, que se desprenden de nuestro Código Civil, que permiten proteger a quienes se adhieren a contratos pre-redactados.

Si bien ciertas normas legales aplicables a los bancos y a las aseguradoras buscan proteger a los usuarios de servicios bancarios y de seguros, muchas de esas normas son, más bien, una traba al desenvolvimiento dinámico, flexible y eficiente de la actividad bancaria y aseguradora. Me refiero a la exigencia legal de que algunos contratos bancarios<sup>567</sup> y todas las pólizas de seguros<sup>568</sup> sean previamente aprobadas de manera

<sup>567</sup> La Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico publicada el 22 de septiembre de 2008, establece, en su artículo 1, que el “Contrato de afiliación de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico” es “autorizado por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN)”. La Ley de Instituciones del Sector Bancario publicada el 8 de diciembre de 2014, establece, en su artículo 72, número 6, que “Las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarios están obligadas... a... Presentar para su aprobación ante la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario los modelos de contratos de fideicomiso, mandato, comisión u otros encargos de confianza”. Esta última ley además establece, en su artículo 172, número 13, que “Son atribuciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario... las siguientes:... aprobar las cláusulas generales de contratación que le sean sometidas por las instituciones sujetas a su competencia, en la forma contemplada en los artículos pertinentes del Código Civil”. Pero ningún artículo de dicha ley ni de ningún otro texto legal obliga a los entes del sector bancario a someter al regulador correspondiente los contratos de adhesión que deseen utilizar en las relaciones con su clientela. Además, no hay ni una sola disposición en el Código Civil que prevea que las cláusulas de estos contratos sean presentadas a ningún órgano gubernamental. En consecuencia, la norma anterior sólo es aplicable (i) para el caso, por lo demás improbable, de que algún banco o institución financiera quiera, sin estar obligado a ello, presentarle a la Superintendencia correspondiente sus modelos de contratos; y (ii) para el caso de los fideicomisos, mandatos, comisiones y otros encargos de confianza, y las afiliaciones de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, cuyos modelos de contratos han de tener el beneplácito de Sudeban.

<sup>568</sup> La Ley de la Actividad Aseguradora, publicada el 30 de diciembre de 2015 y reimpresa el 15 de marzo de 2016, establece, en su artículo 8, número 9, que “Son atribuciones del o la Superintendente de la Actividad Aseguradora:... Autorizar previamente... los modelos de pólizas, contratos, condiciones generales y particulares, cuadros póliza o cuadros recibo, solicitudes, finiquitos o documentos de indemnización, notificaciones..., anexos y cualquier otro documento utilizado con ocasión de la actividad aseguradora, y... las tarifas que utilicen los sujetos regulados, así como establecer mediante acto administrativo general los

expresa por las superintendencias correspondientes.<sup>569</sup> Esto, sobre todo en el caso de las pólizas, retrasa cualquier innovación y uniformiza los textos contractuales, afectando adversamente a los tomadores de seguros, asegurados y beneficiarios, pues las aseguradoras se ven impedidas de competir para suministrarles nuevas coberturas o mejoras en las existentes, dado que su regulador no está abierto a innovaciones, se demora en atender solicitudes, es proclive a hacer exigencias absurdas e impone clausulados idénticos en ciertos ramos.

Los contratos de adhesión se dan, no sólo en las relaciones entre los proveedores y consumidores o usuarios, sino también cuando una organización tiene interés en celebrar un contrato igual o parecido con muchas personas. Ejemplo de ello son los contratos de distribución celebrados entre quien controla globalmente los bienes de una marca y quienes distribuyen tales bienes en sus respectivos territorios, pues usualmente aquél, como proponente, les somete a éstos, como adherentes, un clausulado que tienen que acoger. Lo mismo sucede con los contratos

---

modelos y tarifas que deben mantener carácter general y uniforme, cuando el interés general o el interés social así lo requiera, dentro del marco del procedimiento administrativo correspondiente”; en su artículo 42, que “Los modelos de pólizas, cuadros recibos o cuadros pólizas, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos utilizados con ocasión de los contratos de seguros y las tarifas que las empresas de seguros utilicen en sus relaciones con el público, deben ser aprobados previamente por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, quien decidirá en un lapso no mayor de cuarenta y cinco días hábiles”; y, en su artículo 154, número 5, que “Serán sancionados con multa los sujetos regulados con personalidad jurídica, según corresponda, que incurran en los siguientes supuestos:... De tres mil Unidades Tributarias (3.000 U.T.) a treinta y seis mil Unidades Tributarias (36.000 U.T.), cuando utilicen pólizas, documentos, tarifas... sin la aprobación previa de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora”.

<sup>569</sup> Respecto de ciertos contratos bancarios y de todos los contratos de seguro, que se encuentran sometidos al control previo de las superintendencias respectivas, ocurre que tales contratos están sujetos la normativa especial relativa a dichos contratos, cuyas disposiciones son, casi todas, imperativas. Respecto de muchas de estas disposiciones, cabe la siguiente afirmación de nuestra doctrina: existe “una combinación nefasta del orden público y las normas imperativas”, que se manifiesta en que “algunas leyes, la mayoría sobre protección de débiles jurídicos, que se autocalifican como imperativas”, limitan “considerablemente el juego de la autonomía de la voluntad” (Madrid Martínez, Claudia: La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo, en Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Melich Orsini, Caracas, 2012, pp. 105 y ss. Disponible en: <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/LA%20LIBERTAD%20CONTRACTUAL.pdf>).

de franquicia, en los que el franquiciante les exige a todos sus franquiciados aceptar normas convencionales uniformes.<sup>570</sup> De manera que los contratos de adhesión tienen un ámbito más amplio que las relaciones entre proveedores y consumidores o usuarios.<sup>571</sup> El que, en casos tales como el del convenio de distribución o el de franquicia, algunas cláusulas sean discutidas, no le quita al texto contractual su carácter de contrato de adhesión, pues el grueso del articulado consiste de disposiciones pre-redactadas.<sup>572</sup> En efecto, para que haya un contrato de adhesión, hacen falta, primero, una oferta hecha en términos tales que la discusión esté en principio excluida, y, segundo, la correspondiente aceptación o una contraoferta aceptada luego por el oferente primigenio, la cual no acarree una modificación **sustancial** del texto inicialmente propuesto.<sup>573</sup>

<sup>570</sup> Contra: laudo dictado por los árbitros Irene Loreto González, Román Duque Corredor y Henrique Iribarren Monteverde en fecha 31 de agosto de 2012, citado en la Memoria Arbitral II, Compendio de Laudos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, bajo la coordinación de Hernando Díaz-Candia, Caracas, 2014, pp. 194 y 195.

<sup>571</sup> Melich Orsini, José: La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo, publicado en Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, bajo la coordinación de Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia, Volumen I, Temas Generales de Derecho Mercantil, Caracas, 2012, pp. 769 y 772.

<sup>572</sup> De hecho, el 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 lo siguiente: “La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita del contrato de adhesión”. Esto es congruente con la siguiente redacción, de la primera parte del mencionado artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004: “Se entenderá como contrato de adhesión... aquel cuyas cláusulas han sido... establecidas unilateralmente por el proveedor... sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”. De manera casi idéntica, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, en su referido artículo 70, incluía, en su definición de “contrato de adhesión” o “contratos tipos”, lo siguiente: “aquellos cuyas cláusulas han sido... establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor... sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”. El uso de la palabra “sustancialmente” logra el mismo efecto que los textos anteriores, según los cuales el que se insertasen cláusulas no establecidas unilateralmente por el proveedor no resultaba en que el texto contractual propuesto dejase de calificarse como contrato de adhesión.

<sup>573</sup> Laudo dictado por los árbitros José Antonio Elíaz y Carlos Eduardo Acedo Sucre en fecha 9 de septiembre de 2013, con el voto salvado de Mario Bariona, citado en la Memoria Arbitral II, Compendio de Laudos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, bajo la coordinación de Hernando Díaz-Candia, Caracas, 2014, pp. 10, 11 y 311 a 320. Una parte no citada allí de dicho laudo expresa lo siguiente, que es muy relevante:

De hecho, la doctrina<sup>574</sup> y jurisprudencia<sup>575</sup> prácticamente unánimes consideran que los contratos que las instituciones bancarias y aseguradoras celebran con sus clientes son de adhesión, a pesar de que a veces estos últimos pueden determinar el contenido de alguna regla

---

“el artículo 70 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios... exige, para que un contrato califique como de adhesión, que sus cláusulas sean *“establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.”* / Ahora bien, es un asunto de hecho el que una parte reciba de la otra un texto contractual cuyo contenido no se le permite discutir, ni modificar substancialmente, al momento de contratar. / En efecto, es posible, y de hecho ocurre con frecuencia, que una de las partes proponga un contrato y la otra dé su conformidad, sin modificar sus cláusulas sustancialmente. Tan es así, que oferta y aceptación son el mecanismo normal de formación de cualquier contrato. Por ello, no bastan una oferta y aceptación, sin modificación sustancial, para que el contrato correspondiente califique como de adhesión. Hace falta, además, para esa calificación, que la oferta sea hecha en términos tales que toda discusión esté de plano excluida, al punto de que las únicas modificaciones posibles toquen sólo aspectos no sustanciales. Por consiguiente, [EL DEMANDANTE], para acreditar su afirmación de que *“El compromiso de Compra-Venta para la adquisición del local comercial”* califica como *“un CONTRATO DE ADHESIÓN”*, debió probar su alegato de que éste *“fue elaborado y redactado, en todo y cada una de sus partes”* por [EL DEMANDADO] y de que *“todas sus cláusulas fueron establecidas unilateralmente”* por [EL DEMANDADO], como *“proveedor de bienes y servicios”*, sin que [EL DEMANDANTE] pudiera *“discutir o modificar su contenido al momento de contratar”*. / [EL DEMANDANTE], que tenía la carga de probar su alegato anterior, no cumplió con dicha carga, puesto que no promovió ninguna prueba para demostrar ningún elemento fáctico susceptible de hacer que dicho contrato fuese calificado como de adhesión. En efecto, en la oportunidad de promover pruebas, [EL DEMANDANTE] no promovió ninguna.” No se trata, como expresó el doctor Hernando Díaz Candía, en su prólogo a dicha Memoria Arbitral, de un laudo que refleja “una clara tendencia a limitar los que se consideran contratos de adhesión, al menos a efectos de la viabilidad jurídica de arbitraje”. Por el contrario, se trata, simplemente, de aplicar dicha definición legal, que es muy amplia y que **coincide con la aportada por la doctrina** (Melich: obra citada, p. 770).

<sup>574</sup> Por ejemplo, Luis Corsi se refiere a los “contratos por adhesión... en los sectores bancario y de seguros” (Corsi, Luis: Contribución al Estudio de las Cláusulas de Exoneración y Limitación de la Responsabilidad Contractual, separata de la Revista de Derecho 7 del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, p. 27).

<sup>575</sup> Por ejemplo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia del 24 de enero de 2002, calificó los contratos de crédito celebrados por los bancos con sus clientes como contratos de adhesión. Dicha sentencia está disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm> Similarmente y a título ilustrativo, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia del 29 de julio de 2015, calificó las pólizas de seguro como contratos de adhesión. Dicha sentencia de casación está disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/julio/180182-00912-30715-2015-2013-1668.html&palabras=contrato%20adhesion>

contractual, ya que lo relevante es que la mayor parte del clausulado permanece invariable.<sup>576</sup>

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. Esto es porque las cláusulas abusivas pueden dar lugar a cuestionamientos en cuanto a la validez de éstas y de todo el contrato, así como a dudas en cuanto a su ejecución, lo cual arroja incertidumbre sobre la relación contractual. Además, este tipo de abuso puede deteriorar la imagen del proponente ante adherentes actuales y potenciales. Estos problemas de incertidumbre y de imagen son contrarios a los intereses de cualquier comerciante, quien necesita tener estabilidad en su actividad empresarial, así como un buen nombre. Estos problemas se agravan si los contratos son, como ocurre con frecuencia, oscuros o ambiguos, pues, en estos casos, está generalmente aceptado que el articulado se interpreta a favor del adherente, puesto que los defectos de redacción son enteramente imputables al proponente.<sup>577</sup> De modo que 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.

<sup>576</sup> Los bancos utilizan modelos de contratos de crédito cada vez que van a otorgar un préstamo, los cuales adaptan a cada situación particular, de manera que los contratos en definitiva celebrados por éstos se apartan un poco de esos modelos, en razón de las circunstancias del prestatario, del tipo de crédito, del plazo, de si hay o no garantía y de otras particularidades. Ahora bien, el banco es quien redacta el contrato y siempre incluye sus cláusulas estándar, que todos sus clientes deben aceptar, pues, de lo contrario, no son elegibles para recibir préstamos. Salvo casos especialísimos, el clausulado del contrato bancario no está sujeto a negociación, sino que la discusión se concentra en ciertas condiciones económicas, tales como las tasas de interés, sin tocar el articulado contractual. La generalidad de los contratos de crédito otorgados por los bancos son, entonces, contratos de adhesión, porque cada institución bancaria incluye sus propias cláusulas, que no son negociables y que regulan las relaciones entre ésta y la globalidad de sus prestatarios. En consecuencia, éstos merecen la protección que corresponde a quien suscriba cualquier otro contrato de adhesión. Asimismo, cuando una persona natural o jurídica toma un seguro en Venezuela, puede negociar algunos puntos con la aseguradora, tales como la suma asegurada y el deducible, reflejados en el cuadro de la póliza, pero las condiciones generales y particulares permanecen inmutables, por lo que el contrato de seguro califica como un contrato de adhesión, en el que el tomador es acreedor de dicha protección.

<sup>577</sup> Lo mismo ocurre cuando caben dos interpretaciones; es decir, aunque un contrato, a primera vista, esté bien redactado, puede ser ambivalente, en cuyo caso se debe escoger la interpretación más beneficiosa para el adherente.

Aunque muchos proponentes establecen relaciones contractuales equitativas con los adherentes, a veces sucede lo contrario. Para prevenir y corregir esto, es importante que el Estado intervenga de manera racional, para proteger a los consumidores o usuarios y a los demás débiles jurídicos contra posibles imprecisiones o abusos. Esta protección se puede realizar efectivamente 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 legales que rigen para ciertos contratos son normas imperativas o irrenunciables, o prever que ciertos contratos deben ser aprobados por una autoridad.

El reto que tenemos ahora en Venezuela, con la desaparición de la regulación legal sobre contratos de adhesión y cláusulas abusivas, es encontrar, en los principios generales del derecho reflejados en el Código Civil, mecanismos de protección para los adherentes. Este código contempla al menos tres mecanismos: la exigencia de **buena fe** y el respeto a la **equidad**, como elementos que informan las relaciones entre los particulares; y el **orden público**, como límite a lo que éstos pueden pactar. La buena fe, la equidad y el orden público son tres fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico privado, con rango de principios generales del derecho, que reciben aplicación en numerosas disposiciones de dicho código:

En primer lugar, los artículos 1146<sup>578</sup> y 1154<sup>579</sup> exigen que quienes proyectan celebrar un contrato actúen sin dolo, es decir, sin mala fe. Adicionalmente, los artículos 1160<sup>580</sup> y 1270<sup>581</sup> establecen que el

<sup>578</sup> El artículo 1146 del Código Civil dispone: “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.”

<sup>579</sup> El artículo 1154 del Código Civil dispone: “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.”

<sup>580</sup> El artículo 1160 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.”

<sup>581</sup> El artículo 1270 del Código Civil dispone: “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...”

contrato debe cumplirse de buena fe y que los contratantes deben comportarse como un buen padre de familia, lo que excluye la mala fe; y el artículo 1274<sup>582</sup> 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 artículo 1185<sup>583</sup> expresa que es antijurídico ejercer un derecho –que puede ser un derecho contractual– excediendo los límites impuestos por la buena fe. Por otra parte, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil<sup>584</sup> ordena interpretar los contratos conforme a la buena fe. El requisito de buena fe es tan importante, que desborda el ámbito contractual, para derramarse en el campo extracontractual, pues la primera parte del citado artículo 1185<sup>585</sup> señala que quien intencionalmente, es decir, de mala fe, cause daños, debe repararlos. La culpa es, como regla general, el fundamento de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y es el caso que la mala fe califica como culpa.

En segundo lugar, 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<sup>586</sup>).

<sup>582</sup> El artículo 1274 del Código Civil dispone: “El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han sido 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.”

<sup>583</sup> La segunda parte del artículo 1185 del Código Civil dispone: “Debe... 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.”

<sup>584</sup> La segunda parte del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dispone: “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.”

<sup>585</sup> El encabezado del artículo 1185 del Código Civil expresa: “El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.”

<sup>586</sup> El artículo 1184 del Código Civil dispone: “Aquél que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido.”



En tercer lugar, el artículo 6 del Código Civil<sup>587</sup> expresa que los contratos no pueden violar el orden público ni las buenas costumbres.

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 a cada momento, particularmente en el ámbito de los contratos de adhesión:

Primero, la inclusión de una cláusula abusiva en un contrato puede generar dudas en cuanto al consentimiento del adherente, pues éste pudo haber incurrido en error, inducido por el dolo del proponente. Si el vicio del consentimiento versa sobre una cláusula esencial del contrato, éste es anulable. Y se puede sostener que, en caso de que el vicio afecte una cláusula no esencial, esta última es anulable y el contrato se mantiene.<sup>588</sup>

Segundo, aunque el adherente, al aceptar el contrato, haya tenido que consentir una cláusula abusiva, éste no debe ser perjudicado por dicha cláusula, pues la misma es contraria a los parámetros de buena fe y equidad, y, por ende, violenta el orden público. En consecuencia, la cláusula abusiva es nula, y, si ella es esencial al contrato, este último también es nulo.<sup>589</sup>

<sup>587</sup> El artículo 6 del Código Civil dispone: “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres.”

<sup>588</sup> Sin embargo, es difícil argumentar que un vicio del consentimiento afecta sólo una porción del contrato, salvo (i) que se alegue, respecto de una cláusula en particular, que un contratante engañó a su contraparte contractual, en cuyo caso podría existir dolo restringido a la misma, y ésta sería por ende anulable; o (ii) que se alegue que, en razón de las circunstancias del caso concreto, ciertas cláusulas no podían razonablemente ser conocidas por el adherente y, por ende, no fueron aceptadas por éste, como ocurriría (a) si una disposición pretendidamente contractual está escrita en un documento al que se hace referencia en el contrato de adhesión, pero que es imposible de consultar, o (b) si se trata de una cláusula insólita o sorpresiva, o sea, una cláusula que normalmente uno no se espera encontrar allí y que perjudica al adherente.

<sup>589</sup> Los artículos del Código Civil antes citados, que reflejan el principio de que la buena fe y la equidad son el norte de toda relación contractual, no prevén que el contrato sea total o parcialmente nulo si el proponente incluye y el adherente acepta una cláusula contraria a la buena fe y la equidad. Sin embargo, nos parece razonable sostener que, en el ámbito de los contratos de adhesión, no tienen cabida las cláusulas contrarias a la buena fe y la equidad, que deben ser calificadas como contrarias al orden público. En estos casos procede entonces aplicar el citado artículo 6, el cual, al decir que “No pueden renunciarse ni relajarse por

Y tercero, las cláusulas deben ser interpretadas, en la medida de lo posible, de manera que no se produzca ningún abuso, ya que la buena fe es un parámetro para la interpretación contractual.

El estudio, desde la óptica del Código Civil, de los problemas generados por las cláusulas abusivas, debe realizarse tomando en cuenta que dichos problemas surgen con respecto a los contratos de adhesión, cuyo ámbito natural son, tanto las relaciones entre los proveedores y los consumidores o usuarios, como las demás vinculaciones en las que una parte tiene el poder de imponer a la otra todo o casi todo un texto contractual preestablecido. En efecto, fuera del contexto de una posición de dominio no tiene sentido hablar de cláusulas abusivas, puesto que, cuando existe un acuerdo entre iguales, que es objeto de negociación, las correspondientes disposiciones contractuales no pueden ser vistas de manera aislada. En estos casos, de contratos paritarios que permiten discusión, la noción misma de cláusula abusiva no debería tener cabida, ya que, por un lado, cada contratante debe velar por sus propios intereses, y, por otro lado, hay que mirar el contrato en bloque, y no sólo sus cláusulas particulares, pues una disposición contractual que luce muy favorable para una de las partes puede hallar su contrapeso en una disposición contractual que considerada individualmente le es muy perjudicial.

La buena fe, la equidad y el orden público, presentes en el Código Civil, deben mirarse a la luz de los artículos 113, 117 y 281 de la Constitución de 1999, 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 el usuario... tiene rango constitucional”,<sup>590</sup> 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

---

convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”, deja claro que lo que está en juego es la validez de lo convenido. Por ende, si la cláusula abusiva por adhesión es esencial, es razonable considerar que el contrato es nulo; en cambio, si esta cláusula es prescindible, lo razonable es considerar que la misma es nula y que el contrato de adhesión subsiste.

<sup>590</sup> Sala Constitucional, sentencia del 24 de enero de 2002, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm>

ejerza sus derechos de manera abusiva en detrimento de los intereses económicos de los consumidores y usuarios”.<sup>591</sup> Los contratos de adhesión suelen presentarse cuando existe una posición de dominio, y el citado artículo 113 establece que “es contrario” a “los principios fundamentales de esta Constitución” el “abuso de la posición de dominio”, que “el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos” del “abuso de la posición de dominio” y que se tendrá “como finalidad la protección del público consumidor”;<sup>592</sup> y el Tribunal Supremo de Justicia dictaminó que “conductas

<sup>591</sup> Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de febrero de 2015, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174458-00101-19215-2015-2014-0547.HTML>

<sup>592</sup> El artículo 113 de la Constitución trata sobre los monopolios y otros elementos contrarios al buen funcionamiento del mercado, por lo que sus referencias al “abuso de la posición de dominio” en realidad aluden a las situaciones en las que se distorsiona la libre competencia. Sin embargo, es evidente que el abuso de la posición de dominio también puede darse en otros campos, particularmente en las relaciones contractuales en las que una de las partes está en una situación de debilidad frente a la otra, como sucede en el caso de los contratos de adhesión, especialmente en los impuestos por proveedores a consumidores o usuarios. En consecuencia, pensamos que dicha disposición constitucional puede servir de base para atacar el “abuso de la posición de dominio” de los proponentes de contratos de adhesión, pues impedir o sancionar las cláusulas abusivas también obra en “protección del público consumidor”, que es uno de los fines de este artículo. Esto resulta más claro si la citada disposición constitucional es mirada a la luz del artículo 117 y del número 6 del artículo 281 de la Constitución, los cuales, similarmente, hablan de “la defensa del público consumidor” y de “los derechos del público consumidor y usuario”, respectivamente, y están orientados al ámbito de las relaciones entre proveedores y consumidores o usuarios. Entonces, todas las normas constitucionales mencionadas, unas más dirigidas hacia el Derecho de la Competencia (artículo 113) y otras más dirigidas hacia el Derecho del Consumo (artículo 117 y número 6 del artículo 281), pueden ser vistas en conjunto. De hecho, en una sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual ésta consideró que unos contratos de adhesión tenían cláusulas abusivas, que declaró ineficaces, ésta hizo referencia al artículo 113 de la Constitución, conjuntamente con otras normas constitucionales, en los siguientes términos: “...de la vigente Constitución, los artículos... 113..., se encuentran ligados a lo social, y sirven de referencia para establecer el concepto del Estado Social de Derecho y sus alcances... / ...la Sala considera que conductas constitucionalmente prohibidas, tales como... las que abusan de la posición de dominio (artículo 113...)..., no pueden ser desconocidas o relegadas, mediante acuerdos de voluntades. De ello suceder, tales convenios no surtirán efectos... /...es un Estado que... tiende en toda forma a evitar... los abusos de la posición de dominio... artículo 113 constitucional... / ...el Estado y los entes que lo conforman pueden permitir a particulares... la prestación de servicios de naturaleza pública, pero estas concesiones no pueden ejercerse sino adecuándolas al interés público, como lo señala el artículo 113 constitucional... El Estado, y los concesionarios que

constitucionalmente prohibidas, tales como... las que abusan de la posición de dominio..., no pueden ser desconocidas o relegadas, mediante acuerdos de voluntades. De ello suceder, tales convenios no surtirán efectos”.<sup>593</sup>

Va a ser necesario, cuando recuperemos nuestra democracia y llegue el momento de reconstruir y reinstitucionalizar al país, legislar sobre esta materia. En efecto, acudir a los principios reflejados en el Código Civil, reforzados por la Constitución, no soluciona todos los problemas. La Ley sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales establece que sus atribuciones incluyen cooperar al progreso y mejora de la legislación venezolana y redactar proyectos de ley.<sup>594</sup> En mi criterio, se necesitará una Ley del Contrato de Adhesión, que proteja a los adherentes contra las cláusulas abusivas. Propongo los siguientes lineamientos para esta ley:

Primero, convendría que la nueva ley se aplicase a todos los contratos de adhesión, y no sólo a los contratos de adhesión entre proveedores y consumidores o usuarios.<sup>595</sup>

---

actúan en su nombre, tienen que adaptarse a las prohibiciones de los artículos 113...”. Nos referimos a la sentencia de la Sala Constitucional fechada 24 de enero de 2002, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM>

<sup>593</sup> Sala Constitucional, sentencia del 24 de enero de 2002, disponible en:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM>

<sup>594</sup> Esto está previsto en el artículo 3º, números 2 y 3, de la Ley sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales; pero esta norma, que es muy antigua, pues dicha ley data del 13 de agosto de 1924, parece vincular la atribución de cooperar al progreso y mejora de la legislación venezolana, a que se produzcan estudios sobre puntos determinados, que se publicarán en el órgano oficial de la Corporación, o se promuevan certámenes de acuerdo con sus Estatutos; y parece vincular la atribución de redactar proyectos de leyes a la circunstancia de que el Ejecutivo Federal, hoy Ejecutivo Nacional, le haya sometido su estudio con el fin de presentarlos oportunamente a las Cámaras Legislativas, hoy Asamblea Nacional. Pero esto no puede ser limitante para que la Academia cumpla con las funciones que le son propias.

<sup>595</sup> La protección legal al adherente debería existir con respecto a cualquier contrato de adhesión, por ejemplo, el contrato de franquicia o de distribución, en los que puede haber abusos, pues una de las partes tiene una posición de dominio sobre la otra. Un autor mexicano comentó que la solución legal española es dar protección en relación con todos los contratos de adhesión, lo que contrasta con la solución legal del resto de Europa, donde la protección existe sólo en cuanto concierne al contrato de adhesión entre el proveedor y el consumidor o usuario. Dicho autor señaló que la solución legal española tiene vocación de imponerse en la América Hispana (Bravo Amado, Arturo: Las Cláusulas Abusivas y la Protección del Asegurado, disponible en: [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/57/ucab\\_2002\\_57\\_452-441.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/57/ucab_2002_57_452-441.pdf)).

Segundo, esta ley habría de contemplar que, en los supuestos en los que alguna norma requiera que una autoridad apruebe un modelo de contrato, tal requisito se considerará cumplido en caso de que ésta no emita objeciones a la solicitud correspondiente en un plazo determinado: silencio positivo. La misma debería prohibir la imposición de contratos uniformes por la autoridad, ya que rigidizan la actividad regulada y eliminan la competencia.

Tercero, es recomendable que la nueva legislación prevea mecanismos de divulgación o acceso a los contratos de adhesión, para facilitar que los adherentes que lo deseen den su aceptación con conocimiento de causa. También debería disponer que, en ausencia de estos mecanismos, el proponente tiene la carga de la prueba de que su contraparte tuvo acceso al clausulado.

Cuarto, esta ley debería ordenar que cierto tipo de cláusulas, relativas a contratos de adhesión, no sean incluidas en el documento en el que se encuentran sus condiciones generales, sino en otro instrumento, para que dichas cláusulas puedan ser aceptadas o rechazadas al momento de celebrar el contrato. Esto podría aplicarse, por ejemplo, a las cláusulas de sometimiento a los tribunales de una determinada jurisdicción o a arbitraje.

Quinto, me parece que la nueva ley tiene que establecer procedimientos para actualizar y mejorar el texto de cualquier contrato de adhesión ya celebrado, que faciliten la obtención del consentimiento tácito de los adherentes. Además, tiene sentido especificar que, en defecto de la tramitación correspondiente, el proponente tiene la carga de probar la aceptación de su contraparte.

Sexto, el legislador debería dejar claro que la cláusula oscura o ambigua no es nula, sino que dicha cláusula se ha de interpretar contra su redactor.<sup>596</sup>

Séptimo, esta ley debería definir muy bien las cláusulas abusivas. Debería precisar que la cláusula abusiva no surte efectos, y que el contrato que la contiene es válido, salvo que se trate de una cláusula esencial a dicho contrato, en cuyo caso éste es anulable. Debería

---

<sup>596</sup> Entonces, si el proponente incluye un texto que puede ser entendido de dos o más maneras, priva la solución que más favorezca al adherente.

reconocerle expresamente validez a las cláusulas de terminación unilateral en los casos de contrato a tiempo indeterminado, de cambio en el entorno legal o económico o de incumplimiento.<sup>597</sup> No debería prohibir las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad del proponente, sino solamente privarlas de efectos si éste incurrió en culpa grave o dolo, o si éste pretendiera que el adherente no fuera indemnizado por el daño emergente.<sup>598</sup>

Octavo, debería retomarse la definición legal derogada, según la cual los contratos de adhesión son aquellos cuyas cláusulas son establecidas unilateralmente por el proponente, sin que el adherente pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.<sup>599</sup> Esta definición, que coincide con la prevaleciente en la doctrina,<sup>600</sup> deja claro que un contrato de adhesión puede contener, además de las cláusulas impuestas que lo caracterizan, alguna cláusula negociada. Entonces, sólo respecto de las cláusulas impuestas cabrá la protección a ser otorgada por la nueva legislación al adherente.

Noveno, la nueva ley, en vez de incluir un listado de cláusulas *a priori* abusivas si se encuentran en un contrato de adhesión y que, por ende, son de entrada nulas, podría incluir un listado de cláusulas sospechosas de ser abusivas si se encuentran en un contrato de adhesión,

<sup>597</sup> O sea, lo único que no se puede incluir en el contrato es que el proponente puede terminarlo caprichosamente

<sup>598</sup> Me parece que no se debe excluir, *a priori*, la posibilidad de que el contrato de adhesión estipule que el adherente no tiene derecho a lucro cesante ni daños morales, cuando sólo pueda achacarle culpa leve al predisponente que lo incumplió.

<sup>599</sup> El 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”, agregando que “La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita del contrato de adhesión”. Luego, la primera parte del artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 preveía que “Se entenderá como contrato de adhesión... aquel cuyas cláusulas han sido... establecidas unilateralmente por el proveedor... sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”. Finalmente, de manera casi idéntica, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, en su artículo 70, definía a los contratos de adhesión como “aquellos cuyas cláusulas han sido... establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor... sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”.

<sup>600</sup> Melich: obra citada, p. 770.

respecto de las cuales se presume su carácter abusivo, salvo prueba en contrario; es decir, si el predisponente no desvirtúa la presunción de abuso, la cláusula es nula. En efecto, los contratos son distintos, y cierto tipo de cláusula puede ser abusiva en una relación contractual y razonable en otra, por lo que puede ser necesaria una valoración de posibles abusos caso por caso.

Dar una buena solución legal a los problemas de los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas debe, en mi opinión, acarrear el rechazo de las teorías de la rescisión por lesión y la imprevisión. En efecto, 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 sólo 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 posibles novedades perjudiciales para ella, pues debió ser más cuidadosa al discutir el contrato y no dar su consentimiento a la ligera.<sup>601</sup> En las relaciones entre iguales, que conversan y contratan como pares, sólo una causa extraña que no les sea imputable, tal como un caso fortuito o de fuerza mayor, debería ser susceptible de excusar al contratante que no cumple, conforme al derecho común.<sup>602</sup>

---

<sup>601</sup> Ni la rescisión por lesión, ni la teoría de la imprevisión, se han impuesto en Venezuela, porque nuestro ordenamiento jurídico tiende a privilegiar lo convenido sobre lo no convenido. Sin embargo, muchos estudiosos, como los doctores Luis Felipe Urbaneja, Eloy Maduro Luyando, Alfredo Morles Hernández y James Otis Rodner, son o han sido partidarios de la teoría de la imprevisión. Al respecto, véase Rodner, James Otis: *El Dinero*, Caracas, 2005, pp. 708 y ss.

<sup>602</sup> Como regla general, se considera que solamente un evento imprevisible e irresistible, es decir, un caso fortuito o evento de fuerza mayor, libera al deudor del contrato, o, visto desde otra óptica, se necesita una causa extraña no imputable al obligado para excusarlo del cumplimiento de su obligación contractual. En efecto, el Código Civil dispone que “El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inexecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inexecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe” (artículo 1271), y que “El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido (artículo 1272).

La obra que presento hoy le debe mucho a Gert Kummerow, que fue el primero que escribió sobre el tema en Venezuela,<sup>603</sup> a los académicos José Melich Orsini<sup>604</sup> y Alfredo Morles Hernández<sup>605</sup> y a otros destacados autores venezolanos.<sup>606</sup>

Mi interés en el Derecho de Obligaciones y los Derechos Bancario y de Seguros se lo debo a mi padre, Manuel Acedo Mendoza, cuyas enseñanzas y ejemplo me llevaron a estudiar leyes, a trabajar junto a él como abogado y a escribir con él un libro;<sup>607</sup> al académico Enrique Lagrange, quien me enseñó Obligaciones durante mi ejercicio profesional, y a mis demás socios, que complementaron mi formación;<sup>608</sup> al académico James Otis Rodner y a Eloy Anzola, mis profesores de

<sup>603</sup> Kummerow, Gert: *Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado*, Caracas, 1981; y *Esquema del Daño Contractual Resarcible según el Sistema Normativo Venezolano*, Caracas, 1964.

<sup>604</sup> Melich Orsini, José: *Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas*, obra citada; *Las Particularidades del Contrato con Consumidores*, obra citada; *La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo*, obra citada; *Doctrina General del Contrato*, Caracas, 1997; *Estudios de Derecho Civil*, tomo 2, Caracas, 1975; y *La Prescripción Extintiva y la Caducidad*, Caracas, 2002.

<sup>605</sup> Morles Hernández, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil*, Tomos I y IV, Caracas, 2004; *El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI y su reflejo en el contrato de adhesión*, *Revista de Derecho Público* número 111, julio-septiembre 2008; *La Total Desaparición del Contenido Dispositivo del Contrato en los Contratos de Adhesión*, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV* número 132, año 2008; y *La reforma del contrato de seguro. Una burla constitucional más*, obra citada.

<sup>606</sup> El doctor Kummerow publicó hace más de treinta años su obra sobre los contratos de adhesión; en mi libro, yo relaciono este tema con el problema de las cláusulas abusivas, aprovechando los aportes mucho más recientes de los académicos Melich y Morles, y de otros distinguidos juristas, tales como Eloy Maduro Luyando y el académico Emilio Pittier Sucre, María Candelaria Domínguez Guillén, Luis Corsi, Sheraldine Pinto Oliveros, Claudia Madrid Martínez y José Ignacio Hernández G.

<sup>607</sup> Acedo Mendoza, Manuel, y Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Temas sobre Derecho de Seguros*, Caracas, 1999, p. 126. Este libro, en cuanto concierne a mi padre, fue publicado póstumamente.

<sup>608</sup> Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía. ha sido para mí una escuela. Aprendí mucho de todos los socios. Aparte de los prenombrados Leopoldo Borjas, Enrique Lagrange y Carlos Mendoza, merecen mención especial Alejandro Graterol, ya fallecido, y Oswaldo Páez Pumar, de quien todavía aprendo mucho. Los socios de mi generación incluyen, entre otros, a mis dos hermanos abogados, Manuel Acedo Sucre y Luisa Acedo de Lepervanche. Con esta última tengo una deuda de agradecimiento, pues se leyó los borradores sucesivos de mi trabajo de incorporación a la Academia, me corrigió varios errores y me dio algunos consejos. Las equivocaciones que quedan en mi libro son mías, no de ella.



Obligaciones y de Responsabilidad Civil, respectivamente, en la Universidad Católica Andrés Bello; a Christian Larroumet, mi profesor de Obligaciones en la Universidad de París 2; a Denis Talon, tutor de mi tesis doctoral en esta universidad;<sup>609</sup> y al académico Alberto Baumeister Toledo, quien me motivó para estudiar las cláusulas abusivas.<sup>610</sup>

Este libro está dedicado a mi esposa, Teresita Betancourt de Acedo, y a nuestros tres hijos, Teresita, Eduardo y Luisa Elena Acedo Betancourt. Ellos cuatro son lo mejor que me ha pasado en la vida.

Para terminar, deseo repetir unas palabras de quien fue nuestro presidente hasta antier, el académico Eugenio Hernández-Bretón: “La Academia de Ciencias Políticas y Sociales está al servicio del país, y servir al país es un honor”.<sup>611</sup>

Muchas gracias.

Caracas, 23 de marzo de 2017.

---

<sup>609</sup> Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *La Función de la Culpa en la Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito en el Derecho Venezolano, Comparado con los Derechos Francés e Italiano*, Caracas, 1993, p. 409.

<sup>610</sup> El doctor Baumeister promovió mi participación en el VI Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros, sobre *Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio*, efectuado en Cartagena de Indias, Colombia, del 24 al 27 de mayo de 2000, en el cual me correspondió desempeñarme como relator respecto del tema *Evolución y Perspectivas de la Protección del Asegurado*. En dicho evento me tocó comentar los trabajos de dos profesores colombianos, a saber: Venegas Franco, Alejandro: *Evolución y Perspectivas de la Protección del Asegurado*, en *Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio*, Memorias del Sexto Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros, Cartagena de Indias, mayo de 2000, pp. 55 y ss.; y Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio: *La Protección del Consumidor y sus Principales Manifestaciones en el Derecho de Seguros Contemporáneo: Examen Descriptivo*, en *Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio*, obra citada, pp. 110 y ss.; y en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros* N° 15, Bogotá, 2000, pp. 129 y ss. Con motivo de dicho evento, publiqué el siguiente artículo, que fue mi primer trabajo sobre el tema: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Protección del Asegurado y Cláusulas Abusivas*, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros* N° 15, Bogotá, 2000, pp. 147 y ss.

<sup>611</sup> Hernández-Bretón, Eugenio: *La Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el contexto venezolano, colaboración de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela para el IX Congreso de Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales*, celebrada en Asunción, Paraguay, los días 22 a 24 de septiembre de 2016.

**DISCURSO DE CONTESTACIÓN  
DEL ACADÉMICO DR. JAMES OTIS RODNER,  
INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN.**

Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre, individuo de número electo;  
Presidente y demás miembros de la junta directiva  
de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales;  
Señores Académicos;  
Señores Presidentes de otras academias;  
Sra. Teresita Betancourt de Acedo; Teresita,  
Eduardo y Luisa Elena Acedo Betancourt,  
Niní Sucre de Acedo y demás miembros de la familia Acedo Sucre;  
Miembros de la familia del Dr. Tomás Enrique Carrillo Batalla;  
Invitados especiales;  
Señoras, señores:

El Dr. Tomás E. Carrillo Batalla combinó su formación como abogado con un doctorado en economía, logrando una mezcla insuperable de ambas ciencias, la cual se refleja claramente en su obra escrita así como en su vida pública. Conversar con el Dr. Carrillo Batalla fue para mí siempre una experiencia valiosa y amena. A pesar de todos los logros de su vida, era una persona sencilla y accesible que compartía sus conocimientos con generosidad y sin mezquindades. Su formación en varias ciencias siempre le daba una visión completa de los problemas. Era, de acuerdo con la expresión del famoso pensador y jurista británico Jeremy Bentham, un “ciudadano del mundo”. Corresponde hoy a mi buen amigo y alumno Carlos Eduardo Acedo, sustituir al Dr. Carrillo Batalla en el sillón no. 12. Para mi constituye una especial distinción que Carlos Eduardo me haya escogido para dar contestación a su discurso de incorporación, lo que fue ratificado por mis colegas académicos, a quienes también agradezco este gesto.

Conozco a Carlos Eduardo Acedo desde hace más de 35 años. En 1980 fue uno de mis mejores alumnos en el curso de obligaciones

en la Universidad Católica Andrés Bello. Como estudiante demostraba una curiosidad por indagar y analizar problemas jurídicos nuevos en el campo de las obligaciones con una rigurosidad sorprendente. Esta inclinación y capacidad analítica en el campo de las obligaciones se refleja en su interés en la investigación jurídica, la cual aparece en su obra comprendida en tres libros y más de 46 artículos sobre temas jurídicos. Además del campo de las obligaciones y los contratos donde está concentrada la obra de Carlos Eduardo Acedo, el nuevo académico tiene obras de especial relevancia en el campo de los seguros. Este interés en la materia de seguros se refleja en el hecho de ocupar múltiples cargos directivos en empresas de seguros, así como director de la Asociación de Derecho de Seguros por más de 14 años. También tiene obras el nuevo académico en el derecho bancario, así como sobre temas de arbitraje que tanto se han desarrollado en Venezuela después de la aparición de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998.

Carlos Eduardo tiene una educación con una influencia de los jesuitas como egresado del Colegio San Ignacio y luego de la Universidad Católica Andrés Bello, de donde se gradúa en 1982 con la mención Cum Laude, pero no se limita a una formación de pregrado. En 1982 toma unos cursos breves en Derecho Comercial, Créditos y Garantía en la conocida Queen's Mary College de la Universidad de Londres. Más tarde, en 1985, se traslada a Francia y cursa en la Universidad de París 2 y obtiene en 1986 el diploma superior de la Universidad en Derecho Civil con mención de distinción. Luego cursa el doctorado en la misma Universidad de París 2, obteniendo en 1988 el diploma de Estudios Doctorales igualmente con mención de honor. Es para su doctorado que Carlos Eduardo prepara su estudio sobre la *Función de la culpa en la Responsabilidad por Hecho Ilícito* (“*La place de la faute dans la responsabilité délictuelle en droit vénézuélien, comparé au droit français et au droit italien*”) con un jurado que incluyó a los conocidos juristas franceses André Tunc y Denis Tallon. Esta obra, originalmente en idioma francés, la traduce al castellano y publica en 1993 su obra titulada *La Función de la Culpa en la Responsabilidad por Hecho Ilícito* en el derecho venezolano comparado con los derechos francés e italiano. En Francia, Carlos Eduardo Acedo solidifica su interés en el campo de las

obligaciones y los contratos como alumno, entre otros muchos, de los conocidos juristas Christian Larroumet y Gérard Cornu.

En 1989 después de su retorno a Venezuela y por varios años, Carlos Eduardo Acedo dicta cursos en el postgrado de la Universidad Central de Venezuela sobre Responsabilidad Civil, Incumplimiento Contractual e Ilícito Civil como hechos generadores de Responsabilidad y La Relación de Causalidad y Reparación del Daño.

## PERFIL FAMILIAR

Carlos Eduardo Acedo viene de una familia donde lo jurídico así como la literatura forman una parte integrante del quehacer diario. Tanto su abuelo como su padre y dos de sus hermanos tienen una formación jurídica. Más aún, en su familia también existe una devoción a la escritura. Su abuelo, Carlos Acedo Toro, fue presidente de la Sala de Casación Civil y luego presidente de la Corte Suprema de Justicia. Civilista por convicción, su jurisprudencia se encuentra publicada y forma parte de la historia de nuestro Derecho civil.

El padre de Carlos Eduardo Acedo, Manuel Acedo Mendoza, fue una combinación de abogado, jurista y empresario, quien tuvo una participación fundamental en la etapa de industrialización de Venezuela. Fue la mano derecha de Eugenio Mendoza y luego coordinador de las empresas Mendoza. Antes de la promulgación de la primera Ley de Mercado de Capitales de Venezuela en 1975, Manuel Acedo Mendoza diseñaba la colocación de acciones y bonos por oferta pública. Las emisiones del Grupo Mendoza ya eran un paradigma de las emisiones de acciones y obligaciones por oferta pública para el momento de la aparición de la Ley de Mercado de Capitales.

Como señala Benito Raúl Losada en su prólogo de *Una semblanza de Manuel Acedo Mendoza*<sup>612</sup>, éste no fue un superhombre o un héroe, sino un hombre normal, sencillo, pero con virtudes que todos podemos tratar de igualar. Virtudes que como escribía Benito Raúl Losada

---

<sup>612</sup> Una semblanza de Manuel Acedo Mendoza, por Adán Celis y Luisa Teresa Acedo de Lepervanche, Caracas (1991). Las referencias a Manuel Acedo Mendoza están tomadas básicamente de esta obra, así como de conversaciones con el nuevo académico.

en 1990, son importantes para los momentos actuales. Manuel Acedo Mendoza tuvo una vida política, pero no partidista. Se afirma en su biografía que se iba a inscribir en Acción Democrática, pero después del golpe de 1945 decidió no hacerlo. Por ello, posiblemente fue durante un período largo después de la democracia en 1959, un intermediador entre las posiciones de Acción Democrática y el partido Copei. En 1962 fue asesor ad honorem del entonces Ministro de Hacienda, Andrés Germán Otero, con la tarea difícil de reestructurar la hacienda pública venezolana y luego vicepresidente del Consejo Supremo Electoral en la primera transición democrática entre un gobierno de Acción Democrática y un gobierno de Copei (el primer gobierno de Rafael Caldera).

Al igual que su hijo, que hoy se incorpora a esta Academia, Manuel Acedo Mendoza quiso siempre compartir sus experiencias y conocimientos, para lo cual desarrolló una obra escrita. Su libro más importante, el cual sigue siendo una referencia obligatoria en el derecho mercantil, fue el de *La Sociedad Anónima*, publicado originalmente en 1976<sup>613</sup>, con una segunda edición preparada conjuntamente con su hija Luisa Acedo de Lepervanche.<sup>614</sup>

El antecedente de este libro fueron los apuntes sobre sociedades anónimas que preparó Manuel Acedo Mendoza para impartir sus cursos en la Universidad Central de Venezuela.

Nuestro nuevo académico vive y se desarrolla en una familia de escritores. Su abuelo, con la publicación de la jurisprudencia (recopilación de sus sentencias), su padre con sus varias obras, incluyendo la ya mencionada *La Sociedad Anónima*, así como sus hermanos, incluyendo su hermana Luisa Acedo de Lepervanche, quien además de ser coautora en la segunda edición de la obra de su padre sobre sociedades anónimas, tiene varios artículos de derecho societario, derecho de seguros y otros. Su hermano, Manuel Acedo Sucre es abogado en ejercicio y además actualmente se dedica al género de la novela, siendo sus obras más recientes *Nosotros todos*, *La misa* y *La otra cara*. Recientemente leí su obra *Nosotros todos*, la cual recomiendo sin vacilar.

<sup>613</sup> Acedo Mendoza, Manuel, *Temas sobre la sociedad anónima*, Caracas (1976).

<sup>614</sup> Manuel Acedo Mendoza y Luisa Teresa Acedo de Lepervanche, *La sociedad anónima*, Caracas (1985).

Esta novela descubre lo profundamente artificial de una parte importante de nuestra sociedad actual, donde algunos gozan de una riqueza fácil que nace de una falta absoluta de ética y donde la inercia es producto de la falta de coraje. La historia estudia los eventos viendo su individualidad propia y no como eventos que pertenecen a una clase o categoría.<sup>615</sup> Para conocer y juzgar un hecho, nos decía el conocido filósofo italiano Benedetto Croce, hay que pensarlo en su propia esencia, en su carácter propio en la esfera del hacer humano.<sup>616</sup> La obra de Manuel Acedo Sucre, hermano de nuestro nuevo académico, nos ayuda a conocer la naturaleza propia de la experiencia, por la cual estamos atravesando, el hacer humano de esta experiencia, cosa que es más importante que tratar de encuadrarla en una clase o categoría.

El perfil de la familia de nuestro nuevo académico explica la inclinación de Carlos Eduardo Acedo para producir obras novedosas en el campo del derecho, donde a pesar de que ya tiene una bibliografía importante, estoy seguro que se seguirá expandiendo después de su incorporación a esta Academia.

## EL CONTRATO DE ADHESIÓN

El discurso que acabamos de disfrutar del nuevo miembro de la Academia nos introduce al tema difícil del derecho civil moderno relativo a las Cláusulas Abusivas y el Contrato de Adhesión. El contrato de adhesión es un tema en el derecho de las obligaciones aún en un proceso de evolución. A pesar de que apareció en la doctrina francesa en 1901<sup>617</sup>, adquiere su importancia en el desarrollo de la economía del consumidor de la segunda mitad del siglo XX.<sup>618</sup> El discurso del nuevo académico sobre los contratos de adhesión es un sumario de un trabajo más extenso que se materializa en su nuevo libro *Las cláusulas*

<sup>615</sup> Patrick Gardiner, *The nature of historical explanations*, Oxford (1952), p. 40.

<sup>616</sup> Benedetto Croce, *La storia como pensiero e come azione*, Nápoles (2003), pp. 45 y 299.

<sup>617</sup> R. Salleilles, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Allemand*, 1901, G. Dereux, *De la nature juridique des contrats d'adhésion*, RT DCIV, 1910, 593, citas tomadas de F. Terré, P. Stimler e Y. Lequette, *Droit des obligations*, 9a. Ed., París (2005), sec. 196, p. 202.

<sup>618</sup> Jacques Ghestin, Grégoire Loisseau e Yves Marie Serinet, *La formation du contrat*, Tomo 1, 4a. Ed., París (2013), sec. 385, p. 290.

*abusivas y el contrato de adhesión* que preparó para su incorporación en esta Academia y el cual está en proceso de publicación (por cierto, lo recomiendo como pieza importante en la biblioteca de cualquier abogado en ejercicio, especialmente los que están dedicados a la redacción y revisión de contratos y los que deban defender a sus clientes contra cláusulas abusivas).

A pesar de que en los últimos años notables juristas en Venezuela han publicado artículos y comentarios sobre diferentes aspectos del contrato de adhesión<sup>619</sup>, la obra de Carlos Eduardo Acedo, nuestro nuevo académico, es la primera obra completa sobre el tema, desde la aparición en 1981 del conocido trabajo *El contrato de adhesión*<sup>620</sup> del hoy desaparecido jurista Gert Kummerow. Con licencia de Carlos Eduardo Acedo, voy a dar una muy breve reseña sobre Gert Kummerow. Gert Kummerow nació en Valencia en 1930. Descendía de una familia alemana originaria de Hamburgo. Constituyó uno de los mejores investigadores del derecho en Venezuela en la segunda mitad del siglo XX, además de un docente dedicado. Fue profesor de la Universidad Central de Venezuela por más de 30 años. Gert Kummerow fue abogado compilador del Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia, participando en la extraordinaria obra en la jurisprudencia de los tribunales de instancia, lamentablemente discontinuada a partir de 1978 y que es la mejor compilación de jurisprudencia en Venezuela. También fue secretario de la conocida biblioteca de los

<sup>619</sup> Entre los cuales se destacan, Alfredo Morles Hernández, La total desaparición del contenido dispositivo en los contratos de adhesión, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, No. 132 (2008), pp. 131 et seq; Sheraldine Pinto Olivera, Notas sobre la protección (contractual) del consumidor en América del Sur, publicado en Sistema Jurídico Romanista y Subsistema Latinoamericano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (2013), pp. 421 et seq; La protección del consumidor en el derecho venezolano, Revista de Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Año 21, Vol. 81 (2012), pp. 79 et seq; Luis Corsi, Contribución al estudio de las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad contractual, Revista de Derecho TSJ (2002), Vol. 7; José Melich Orsini; La naturaleza del contrato de adhesión considerado en las leyes que lo regulan, en el libro homenaje a Alfredo Morles Hernández, UCAB, Caracas (2010), Vol. 1, Capítulo 19, pp. 761 et seq y Doctrina general del contrato, 4ª Ed., ACPS, Serie Estudios No. 61, 2006, secciones 344 B y C, p. 539, 539 et seq.

<sup>620</sup> Kummerow, Gert, Algunos problemas fundamentales del contrato por adhesión en el derecho privado, Caracas (1981), correspondiente a la tesis de Gert Kummerow a la Universidad Central de Venezuela en 1956.



tribunales del Distrito Federal (conocida como la Biblioteca Rojas Astudillo).

Su obra jurídica fue extensa e incluye los contratos de adhesión, tema que retoma nuestro académico hoy. Igualmente, entre muchas otras obras, se puede mencionar *La dimensión del débito pecuniario*, *El daño contractual resarcible* y *Bienes y derechos reales*.

Estoy seguro que el Dr. Gert Kummerow apreciaría mucho la iniciativa de nuestro nuevo académico, de retomar el tema de los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas y colocarlos en su contexto posmoderno con la visión nueva y más amplia que usa Carlos Eduardo Acedo, ajustando su trabajo a la realidad económica y comercial actual. Más aún, en el nuevo libro de Carlos Eduardo Acedo se tratan en forma conjunta las cláusulas abusivas y el contrato de adhesión, presentando por primera vez un estudio en Venezuela en detalle sobre las cláusulas abusivas.

No existe una definición única sobre el contrato de adhesión. El nuevo académico, en su nuevo libro (capítulo 1) hace un análisis exhaustivo de las diferentes definiciones que han aparecido, inclusive en las normas de protección al consumidor en Venezuela, muchas de las cuales se contradicen, así como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (capítulo 1). Simplificando estas definiciones y buscando los elementos esenciales para la identificación de un contrato de adhesión, éste se puede entender como el contrato con cláusulas establecidas unilateralmente por uno de los contratantes sin que el adherente pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido.<sup>621</sup> Una definición simplificada aparece en el nuevo Código Civil francés de 2016, donde el contrato de adhesión se define como aquel “donde las condiciones generales del contrato, las cuales no se pueden negociar, están

---

<sup>621</sup> Definición tomada del Proyecto de Ley No. 6.960/2002, hoy PLN. 699/2011 de Brasil, tomado de María Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, 32a. Ed., Sao Paulo (2016), p. 107. La definición completa del Proyecto de Ley se refiere a cláusulas aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por una de las partes. El problema de los contratos aprobados e inclusive impuestos por una autoridad es tratado por Carlos Eduardo Acedo en su libro Cláusulas abusivas y contratos de adhesión, capítulo III, sección 2 y presenta otra colección de problemas.

determinadas anticipadamente por una de las partes” (CC.Fr, art. 1110, primer aparte).<sup>622</sup>

Las disposiciones se imponen a la contraparte por alguna forma de dominación o posición superior que tiene el redactor de las cláusulas y el mismo contrato, por lo que a veces contienen cláusulas abusivas. Entonces, en el contrato de adhesión tenemos: cláusulas no negociadas y no negociables que están preestablecidas por una de las partes. Si las cláusulas tienen un carácter abusivo, o sea, en alguna forma lesionan o constituyen una desproporción en beneficio de la persona que las impone y son aceptadas por la otra parte por la condición débil que tiene frente a contraparte en el contrato, es necesario proteger al adherente contra los efectos de estas cláusulas abusivas sin afectar la relación jurídica. El contrato es el producto del consentimiento.

Carlos Eduardo Acedo nos señala correctamente que los contratos de adhesión aparecen no solamente en contratos de consumidores de bienes y servicios. También hay contratos de adhesión en los contratos de franquicia, los famosos contratos deportivos, contratos de venta o importación de tecnología. El co-contratante que acepta el contrato de adhesión no necesariamente es un débil jurídico en el sentido de una persona de poco patrimonio. Existen casos donde grandes empresas se ven obligadas a aceptar términos y condiciones preestablecidas en contratos para los efectos de poder realizar una actividad económica.

Del discurso que nos acaba de presentar Carlos Eduardo Acedo hay cuatro puntos importantes que más resaltan y los cuales son de gran importancia para entender el contrato de adhesión en Venezuela:

(a) En primer lugar, no existen en Venezuela en este momento normas de derecho positivo que regulen el contrato de adhesión, principalmente por efecto de la derogación de las normas en materia de contratos de adhesión contenidas originalmente en la Ley de Protección al Consumidor (1992). Por ello es necesario, como nos señala Carlos

<sup>622</sup> Traducción libre del texto en francés “le contrat d’adhésion es celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l’avance par l’une des parties”. La referencia a las condiciones generales es a los términos del contrato que no se refieren al negocio en particular. Así, en un contrato de venta de un automóvil, el precio en particular, el color del carro, número de seriales, no son condiciones generales, sino términos particulares del contrato específico.

Eduardo Acedo, desarrollar una doctrina sobre los contratos de adhesión y específicamente sobre el contenido de las cláusulas abusivas utilizando principios generales de derecho, especialmente los contenidos en el Código Civil.

(b) La protección frente a un contrato de adhesión debe extenderse más allá del consumidor de bienes y servicios. Tradicionalmente los contratos de adhesión se estudiaban como una parte integral de la protección al consumidor, visto éste como el paradigma del débil jurídico. El nuevo académico nos enseña que los contratos de adhesión se presentan hoy en día en una cantidad enorme de negocios modernos, incluyendo las franquicias, los contratos predeterminados en materia de seguros y los contratos bancarios, una serie de contratos de venta de tecnología. El débil en una relación contractual no es únicamente un consumidor parado al final de una cadena en la vida de un producto o un servicio, sino todo adherente en una relación contractual que se enfrenta a su contraparte que tiene una posición de dominio que le permita insistir que las cláusulas predeterminadas no se pueden negociar.

(c) Las cláusulas abusivas no son de la esencia de los contratos de adhesión; sin embargo, se presentan con frecuencia y cuando aparecen se deben identificar y proteger al adherente. Lo difícil de determinar es cuándo una cláusula es abusiva. El contenido abusivo de una cláusula se puede descubrir acudiendo a la equidad y la buena fe.

(d) Carlos Eduardo Acedo nos propone, para resolver el problema de la ausencia de normas positivas, que se promueva una ley especial que regule los contratos de adhesión. La ley establecería normas sobre los contratos de adhesión en general y se incorporaría a las reglas del derecho de los contratos en general. Esta propuesta es especialmente importante porque el problema no solo se presenta en los contratos con consumidores, sino, como ya lo ha señalado Acedo Sucre, en una multitud de nuevos contratos que se presentan en el comercio contemporáneo.

## **VACÍO LEGISLATIVO RELATIVO AL CONTRATO DE ADHESIÓN**

Como nos señala el nuevo académico en su discurso, la derogación de las normas sobre los contratos de adhesión se produjo en 2014 con la

adopción de la Ley Orgánica de Precios Justos (LOPJ-2014)<sup>623</sup> que deroga las Leyes de Protección al Consumidor.<sup>624</sup> En efecto, la LOPJ-2014 no contiene un capítulo sobre los contratos de adhesión, limitándose a establecer que las personas tienen como derecho individual, *inter alea*, el derecho a la protección en los contratos de adhesión que sean “desventajosos” (LOPJ-2014, artículo 10, De los derechos individuales, No. 10). No define qué es un contrato de adhesión, no define qué es abusivo, y no define los efectos de una cláusula abusiva, a diferencia de lo que hacían las leyes anteriores.<sup>625</sup> Esta derogación fue acompañada por la derogación de las normas sobre contratos de adhesión en la Ley del Contrato de Seguro.<sup>626</sup> El efecto de esta reforma en 2014 es que parece que en Venezuela, en contratos de adhesión con una cláusula abusiva, la cláusula abusiva no es nula, o sea que es vinculante, resultado que a todas luces no se corresponde con el derecho contemporáneo.

La primera pregunta que queda abierta, además del problema que presenta este vacío legislativo creado por la reforma de 2014, es por qué el legislador optó por eliminar las protecciones al consumidor en los contratos de adhesión que tenía la ley desde 1992.<sup>627</sup> Una de las razones parece ser que recientemente en la legislación venezolana el individuo no tiene importancia. La ley está dirigida a regular las actividades de los particulares, pero no a proteger a los particulares. La protección de una persona parecería que ya no es importante para la ley. Lo importante es la regulación de la actividad privada y la imposición de sanciones.

<sup>623</sup> Ley Orgánica de Precios Justos, G.O. 39.715 del 18 de junio de 2014, reformada parcialmente por Decreto No. 1467, G.O. 6.156 del 18 de noviembre de 2014 (LOPJ-2014) y por la nueva Ley Orgánica de Precios Justos del 8 de noviembre de 2015, G.O. 40.787 del 12 de noviembre de 2015 (LOPJ-2015).

<sup>624</sup> La última de las leyes de Protección al Consumidor tiene un nombre distinto: Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

<sup>625</sup> Por ejemplo, la Ley de Protección al Consumidor de 1992 afirmaba que las cláusulas abusivas (para lo cual daba una definición) “no producían efecto alguno” (LPC-1992, art. 15, encabezamiento). En la LPCU de 2004, las cláusulas abusivas “se consideraban cláusulas nulas de pleno derecho” (LPCU-2004, art. 87, encabezamiento).

<sup>626</sup> La Ley del Contrato de Seguro publicada el 12 de noviembre de 2001 fue derogada por la Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 30 de diciembre de 2015, reimpressa el 15 de marzo de 2016.

<sup>627</sup> En 1992 se promulga la Ley de Protección al Consumidor (LPC-1992), G.O. 4.403 del 24 de mayo de 1992.

## PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO

Para llenar el vacío generado por la ausencia a partir de 2014 de norma positiva que anule o deje sin efecto una cláusula abusiva, Carlos Eduardo Acedo nos propone aplicar los principios generales del derecho, los cuales nos llevan a la protección del débil jurídico en la relación de adhesión, mediante el desarrollo de los principios relativos a la equidad, la buena fe y el orden público, ya contenidos en el Código Civil.

Fundamentalmente, de las normas en el Código Civil sobre buena fe y equidad se generan principios generales del derecho, de los cuales se deriva la necesaria protección del débil jurídico frente a las cláusulas abusivas impuestas en un contrato de adhesión. Fundamentalmente, de los principios generales de derecho, Carlos Eduardo Acedo identifica la naturaleza abusiva de una cláusula en un contrato de adhesión.

Los principios generales del derecho son una fuente de derecho (CC, art. 4). Por principios generales de derecho se entienden las reglas generales abstractas que se obtienen mediante la apreciación de las reglas particulares, específicas o circunstanciales, contenidas en el código y llevándolas a un contenido más amplio.<sup>628</sup> Como lo define la jurisprudencia mexicana, los principios generales constituyen verdades jurídicas notorias, de modo que el juez puede dar una solución que el mismo legislador hubiera pronunciado si hubiera previsto el caso.<sup>629</sup> Con la creación de principios generales de derecho se puede regular situaciones jurídicas no previstas expresamente por el legislador.<sup>630</sup>

No hay duda que si tomamos la buena fe, la equidad y el orden público, se identifica la naturaleza abusiva de una cláusula predispuesta por una de las partes, la cual no ha sido materia de negociación sino que

<sup>628</sup> Guido Alpa, I principi generali, Milán (1993), p. 9. Igualmente citado en mí trabajo Los contratos enlazados, el subcontrato, 2ª. Ed., Caracas (2013).

<sup>629</sup> La jurisprudencia mexicana contenía una sentencia de marzo de 1938 en el amparo promovido por Catalina Mesa de Díaz y coagraviado, jurisprudencia citada en el Tomo 5, pp. 26 y 41 del Seminario de la Federación 1938, cita tomada de Eduardo García Maines, Introducción al estudio del derecho, 1ª Ed. 1940, reimpresión México (1980), p. 384.

<sup>630</sup> Francesco Carnelutti, Teoría general del derecho, traducción de Francisco Javier Osset, Madrid (1955), p. 117.

es impuesta por la parte fuerte del contrato al débil de la relación jurídica. Más aún, de la norma del abuso de derecho (CC, art. 1185) una persona no puede celebrar un contrato (que es el ejercicio de un derecho) excediendo los límites fijados por la buena fe, imponiendo cláusulas abusivas nacidas de su condición fuerte en el proceso de negociación.

## EL RECURSO DE CASACIÓN

Por cuanto la protección de la parte débil en un contrato de adhesión en relación a las cláusulas abusivas nace de principios generales de derecho contenidos en el Código Civil, una sentencia de un tribunal de última instancia que no haya reconocido estos principios o no los haya aplicado para proteger a la parte débil en la relación contractual o los haya aplicado a una situación equivocada para los efectos de limitar el efecto de una cláusula abusiva, podría ser casada; el recurso que existiría contra esta sentencia es un recurso de casación por errores de juzgamiento (casación de fondo) ante la Sala de Casación Civil (CPC, art. 313 No. 2). En otras palabras, un principio general de derecho se puede infringir por errónea interpretación, por falsa aplicación y por falta de aplicación. El error acerca del contenido y alcance de un principio general de derecho que se desarrolla de normas del Código Civil es un error de interpretación o comprende la hipótesis de inobservancia de la norma de derecho positivo<sup>631</sup> que dará lugar a la declaratoria con lugar del recurso.

Un recurso, en el caso de un contrato de adhesión, cuando el tribunal de instancia no ha aplicado principios que limiten el uso de las cláusulas abusivas, no es un recurso contra una cuestión de hecho, la cual según nuestra jurisprudencia está reservada a los jueces de instancia que únicamente puede controlarse por la Sala de Casación de acuerdo con el artículo 320 del CC, cuando hay error en el establecimiento de los hechos, error en la valoración de los hechos, error en el establecimiento

<sup>631</sup> Ver Sentencia SCC, 13 de junio de 1988, ponente Aníbal Rueda, Capero vs. Cantera Catia La Mar, OPT. 1988 No. 7, p. 95; R&G Tomo CV No. 667-88. Igualmente, SCC, 6 de abril de 1994k Alirio Abreu ponente, Elisa Pinchel vs. Bar Restaurante Ñu-Ñu, Expt.. 92-0631, OPT. 1994 No. 4 Tomadas de Patrick Bausdin, *Código de Procedimiento Civil*, 3ª Ed. Caracas (2011), pp. 455-457.

de las pruebas, error en la valoración de las pruebas y especialmente cuando se incurre en suposición falsa. También hay casación, pero en este caso de derecho a secas, cuando el juez califique erróneamente el negocio jurídico y lo subsuma en una norma que no le es aplicable.<sup>632</sup>

Observando la jurisprudencia producto de la investigación de Carlos Eduardo Acedo en su obra más extensa en forma de libro, una parte importante viene de la Sala Político Administrativa. Esto se debe a que la jurisprudencia lo que hacía era principalmente analizar actuaciones de las Superintendencias de Bancos y Seguros relativas a contratos bancarios y pólizas, interpretando la Ley de Protección al Consumidor, pero no se dedicó a ver los efectos sobre la relación contractual que tenía la existencia de las referidas cláusulas; y no descubre la violación de los principios de derecho contenidos en el propio Código Civil. Si el carácter abusivo de una cláusula se define de un principio general de derecho que emana del texto de una norma expresa (buena fe y equidad), la falta de aplicación del principio es un supuesto de inobservancia de una norma de derecho.

## CONTENIDO DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

El estudio del contrato de adhesión es importante cuando en el mismo existe una cláusula abusiva o vejatoria.<sup>633</sup> En efecto, se pueden presentar tres supuestos con efectos diferentes. El primero, y el cual es la materia que trata hoy nuestro académico, es un contrato de adhesión, o sea, con cláusulas predispuestas donde una o más de las cláusulas son abusivas. El efecto es la nulidad de la cláusula o el de considerar la cláusula no escrita.<sup>634</sup> El segundo supuesto es un contrato de adhesión que no contenga una cláusula abusiva. En este caso porque se trata de

<sup>632</sup> Sentencia SCC 29 de noviembre de 1995, ponente magistrado Alirio Abreu Burelli, juicio Universidad Central de Venezuela contra Banco Provincial S.A.C.A., expediente 940703SN0569OPT (1995) No. 11, p. 440, cita tomada de Patrick Baudin.

<sup>633</sup> El término más usado hoy en día es el de cláusula abusiva. En la doctrina francesa de principios del siglo XX se usaba el término cláusula vejatoria, término que usó el Dr. Kummerow ídem pag.122.

<sup>634</sup> El nuevo Código Civil francés establece que en un contrato de adhesión toda cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en un contrato (cláusula abusiva) se reputa como no escrita, CC.Fr. 2016, art. 1171.

un contrato de adhesión, las cláusulas se interpretan a favor de la parte que las aceptó y no a favor de la parte que las redactó<sup>635</sup>, pero las cláusulas no son nulas ya que no son abusivas. Solo es relevante la cláusula abusiva. El tercer supuesto es un contrato paritario negociado, que contenga cláusulas abusivas. En este supuesto, como lo señala nuestro nuevo académico, la cláusula es válida ya que es el producto de la negociación entre las partes.<sup>636</sup>

De lo anterior es indispensable saber cómo identificar cuándo una cláusula es abusiva. La cláusula abusiva en general es la que produce un desequilibrio marcado entre las prestaciones de las partes. El método seguido para determinar que es una cláusula abusiva ha sido desarrollado por influencia del Código Civil italiano de 1942, el de elaborar una llamada lista negra<sup>637</sup> de cláusulas las cuales, si se incorporan en un contrato de adhesión, se consideran nulas. En el Código Civil italiano, entre otros, se consideran abusivas: las cláusulas que limitan la responsabilidad del proponente, la que le da la facultad de rescindir el contrato o de suspender su ejecución, entre otras (CC.Itl, artículo 1341, primer aparte).

Una lista de las cláusulas abusivas apareció en la Ley de Protección al Consumidor de 1992, y se mantuvo con variaciones hasta la Ley para Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (LDPABS).<sup>638</sup> Algunas, no todas, de estas llamadas listas negras están tomadas del Código Civil italiano de 1942, incluyendo la nulidad de la cláusula por la cual se imponga obligatoriamente el uso del arbitraje sobre la cual haré un comentario luego.

<sup>635</sup> Es el principio *contra profetentem*, según el cual, en caso de ambigüedad el contrato se interpreta contra la parte que redactó la cláusula. El principio lo adopta la LPCU-2014, art. 36. La norma igualmente se encuentra en los Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales, art. 4.6.

<sup>636</sup> En un sentido contrario, sostiene Melich Orsini, en la doctrina venezolana que se pueden adoptar criterios para anular las cláusulas abusivas en un contrato paritario, José Melich Orsini, *Doctrina general del contrato*, ídem, sec. 344-C, p. 546. Esto en algunos casos se puede producir en un contrato paritario cuando existe lesión objetiva, o sea, cuando existe un desequilibrio en las prestaciones recíprocas. La lesión casi siempre se refiere a un desequilibrio en las prestaciones en suma de dinero.

<sup>637</sup> Término tomado de Sheraldine Pinto O., *La protección del consumidor en el derecho venezolano*, ídem, p. 209.

<sup>638</sup> Ley de Protección al Consumidor de 1992; Ley de Protección al Consumidor y el Usuario de 2004 (LPC/2004) G.O. 37.930 del 4 de mayo de 2004.



Las listas de las sucesivas leyes mencionadas ya no están vigentes, por cuanto fueron derogadas y hoy en día no existe una lista de cláusulas abusivas en el derecho venezolano, con excepción de la norma en la Ley de Arbitraje Comercial venezolana (LAC)<sup>639</sup> relativa al convenio arbitral (LAC, art. 6). Dos conclusiones. En primer lugar, ya la lista no existe, por lo cual como nos señala el nuevo académico, hay que construirla usando principios generales de derecho contenidos en el Código Civil (incluyendo la buena fe y equidad). En segundo lugar y más complejo es preguntarse si debe existir una lista negra, o sea, un listado fijando lo que es abusivo.

Una alternativa a la elaboración de una lista de cláusulas abusivas es la de desarrollar una definición en la ley, de lo que significa abusivo. El nuevo Código Civil francés de 2016 tomó este paso al establecer que “en un contrato de adhesión, toda cláusula que establece un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato se reputará como no escrita” (CC.Fr, art. 1171). Esta solución del código francés, como lo señala la nueva doctrina francesa, elevó al nivel de derecho común (el derecho de los contratos en general) la sanción contra las cláusulas que crean un desequilibrio<sup>640</sup>, pero solo resuelve el contenido de lo que es abusivo en términos generales y deja a la apreciación del juez o el árbitro en un caso concreto la determinación de si una cláusula en concreto establece un “desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones” (CC.Fr, art. 1171).

En lugar de una definición general sin lista como lo hace la ley francesa, propone nuestro académico en su libro, se puede elaborar una lista de cláusulas sospechosas, las cuales se presumen abusivas salvo prueba en contrario.

## **LA CLÁUSULA ARBITRAL COMO CLÁUSULA ABUSIVA**

En la lista de cláusulas abusivas contenidas en el Código Civil italiano de 1942 se encuentran la cláusula compromisoria, o sea, el compromiso de someter las controversias a arbitraje. De acuerdo al código

<sup>639</sup> Ley de Arbitraje Comercial, abril de 1988.

<sup>640</sup> Gaël Chantepié y Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations*, París (2016), p. 363.

italiano, no tiene efecto la cláusula compromisoria en el contrato pre-dispuesto por una de las partes (contrato de adhesión), excepto cuando ésta esté “específicamente aprobada por escrito”. Esta norma del código italiano de 1942 fue copiada en la Ley de Arbitraje Comercial venezolana de 1998 (LAC), la cual establece que “en los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente” (LAC, art. 6, único aparte).

La Ley de Arbitraje Comercial venezolana está tomada en parte de la Ley Modelo Uncitral de 1985 y en parte de algunas normas del Código de Comercio colombiano. En la Ley Modelo Uncitral de 1985 no existe una norma similar al artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana. Posiblemente el legislador venezolano tomó esta norma del Código Civil italiano de 1942. En 1942 el arbitraje era visto como excepcional y como abusivo o vejatorio. Esta posición contraria al arbitraje, el ver el arbitraje como vejatorio, ya aparecía en los Códigos de Procedimiento Civil venezolanos hasta e inclusive la reforma de 1985. En 2017 el arbitraje es visto desde una óptica diferente. Ya la misma Constitución de 1999 promueve el arbitraje (CN 258). La norma expresa continúa en la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) por lo cual siempre se tendrá que tratar con cuidado, pero la cláusula compromisoria de por sí ya no se puede ver como abusiva o vejatoria. Es posible que una cláusula en particular sea abusiva, por ejemplo una cláusula que somete a arbitraje con un solo árbitro nombrado por un centro de arbitraje particular o en una jurisdicción difícil, pero esto no se debe al arbitraje sino a la forma de nombrar a los árbitros.

## **LEY DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN; DIRECTIVA EUROPEA**

El nuevo académico trae como conclusión de su presentación hoy la conveniencia de adoptar una ley especial sobre los contratos de adhesión y nos expone un sumario de lo que debe contener esta ley. En muchos países, los contratos de adhesión están sujetos a leyes especiales como es el caso de la directiva del Parlamento Europeo de 2011 (Directiva 2011/83 del 25 de octubre de 2011). Esta normativa europea

sin embargo está dirigida “a la protección de los consumidores” (Directiva 2011/83). En efecto, las leyes que tratan las cláusulas abusivas, en su mayoría van dirigidas a la protección del consumidor, o sea que solo alcanzan las relaciones con el consumidor final en una cadena de elaboración y distribución de bienes y servicios.

La propuesta de nuestro nuevo académico es más general, en algo parecida a la forma que se trata el contrato de adhesión en el nuevo Código Civil francés de 2016, o sea, la de establecer una regulación del uso de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en general, o sea, la de incorporar en el derecho de los contratos el concepto de contrato de adhesión, así como la identificación de la cláusula abusiva y el de fijar el efecto de ésta.

**SESIÓN SOLEMNE CON MOTIVO  
DE LA INCORPORACIÓN  
DEL DR. JESÚS MARÍA CASAL  
COMO INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N° 8  
18 DE JULIO DE 2017.**

**DISCURSO DE INCORPORACIÓN  
DEL DR. JESÚS MARÍA CASAL  
A LA ACADEMIA DE CIENCIAS  
POLÍTICAS Y SOCIALES.**

Doctor Gabriel Ruan Santos,  
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales  
Individuos de Número de esta Corporación,  
Distinguidos familiares del Doctor Francisco López Herrera  
Señoras, señores,

Qué inmenso honor es poder incorporarse a una institución del prestigio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, para colaborar en el progreso de estas disciplinas, junto a Académicos de tanta valía como la de los que integran esta Corporación. Esta se nutre del acervo histórico de los fundadores y de las ulteriores generaciones de Individuos de Número que se han esforzado para cumplir a plenitud los cometidos que justificaron su creación. Entre ellos sobresale la figura del Dr. Francisco López Herrera, cuyo sillón pasaré a ocupar. Agradezco a los Miembros de la Academia por haber considerado mi nombre para una posición tan honorable. Tratándose de un jurista de tantas virtudes personales, familiares, profesionales y científicas, resulta pertinente evocar la afirmación que hiciera el ilustre historiador venezolano Rufino Blanco Fombona al ingresar en la Academia Nacional de la Historia, en el sillón correspondiente al Dr. Carlos F. Grisanti, cuando sostuvo que a una persona de tantas distinciones no se le reemplaza, se ocupa su puesto. Ocuparé el puesto del Dr. Francisco López Herrera y espero estar a la altura de ese compromiso.

El Dr. Francisco López Herrera se destacó en el ejercicio profesional de la abogacía, la docencia, la publicación de tratados o manuales universitarios y el servicio público. Fue valorado por sus colegas como un abogado de grandes cualidades, de excelente formación y criterio jurídico. Tenía una visión integral de la ciencia jurídica, lo que le permitía abordar problemas complejos que involucraban diversas ramas del

Derecho. Su especialidad fue el Derecho Civil y sobre todo el Derecho de Familia. Dejó también obras escritas sobre temas de Derecho Internacional Privado.

Su carrera académica se inició en 1947, como Profesor de Derecho Civil de la Universidad Central de Venezuela; luego ingresaría a la Universidad Católica Andrés Bello, en 1956. Desde esas fechas colmó de realizaciones su labor docente. Sus alumnos lo recuerdan con admiración y afecto y ponen de relieve su elevado conocimiento y su capacidad para transmitirlo. Uno de ellos ha dicho con acierto que “Francisco López Herrera estuvo en el grupo de los brillantes juristas que conformaron la élite del profesorado jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela”. En la Universidad Católica Andrés Bello dejó una estela de saber y decencia, y publicó con nosotros sus principales libros.

Entre sus contribuciones científicas más descollantes se encuentran sus trabajos titulados: “La nulidad de los contratos en la legislación civil de Venezuela” (1952); “El contrato en el Derecho Internacional Privado” (1955); “Anotaciones sobre filiación legítima” (1956); “¿Puede declararse periculado el recurso de casación por haberse presentado el escrito de formalización durante las vacaciones judiciales?” (1962); “¿Puede sufrir efectos en Venezuela el llamado matrimonio de *common law* en el derecho norteamericano?” (1967), “Anotaciones sobre Derecho de Familia” (1970), un estudio magistral, actualizado en el 2005 y publicado en dos Tomos como “Derecho de Familia”; y su “Derecho de Sucesiones”, también fundamental y en dos Tomos, cuya última edición fue del 2006.

Esta producción jurídica es reflejo de su elevado compromiso con la Universidad venezolana, que le hizo sentirse obligado a verter en estudios medulares los contenidos de la materia que impartía en las aulas y que demandaban un tratamiento completo y riguroso como el que recibieron de su pluma. Es un ejemplo que hoy debemos seguir los Profesores universitarios, pues volcados al análisis monográfico o de coyuntura postergamos tal vez demasiado la elaboración de trabajos sistemáticos sobre nuestras disciplinas, que acompañen a los estudiantes en su formación y recojan el estado del arte en los respectivos ámbitos. Gracias a docentes como Francisco López Herrera, Eloy Maduro

Luyando y José Luis Aguilar Gorrondona las ediciones de la UCAB llegaron a ofrecer los manuales de estudio para las cinco asignaturas anuales de Derecho Civil que se impartían en las Universidades del país, los cuales continúan siendo una referencia académica a nivel nacional. Lo mismo puede decirse del Derecho Mercantil y de los aportes actuales del Profesor Alfredo Morles Hernández, así como de los que ha legado el Profesor Hugo Mármol Marquís.

Francisco López Herrera fue también un reputado abogado que conjugó el éxito profesional con la máxima probidad y rectitud deontológica, lo cual contrasta con la rapacidad leguleya que tiende a imponerse en el foro o con la postura abyecta de quienes entregan sin rubor los principios de su ciencia a cambio del poder y sus prebendas.

No puedo culminar este esbozo de la vida académica y profesional del Dr. López Herrera sin aludir a lo que uno de sus hijos, mi amigo y compañero de estudios en la carrera de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello, Manuel López Fonseca, me comentó cuando le comuniqué mi orgullo por haber sido electo para ocupar el sillón de su padre. Me dijo que lo más luminoso de su trayectoria fueron sus virtudes como padre y como esposo, como hombre excepcional con los suyos, lo cual distingue a las personas que resumen en una sola pieza la bondad de su ser.

Por iniciativa de mi colega y amigo Manuel López Fonseca, quien reside en los Estados Unidos pero estuvo en días pasados en Caracas, tuve la dicha de conocer a la Sra. Mercedes Fonseca de López, y a sus hijas, Mercedes, María Luisa y Laura, quienes junto a Manuel me hicieron partícipe en un grato encuentro del ambiente familiar en el que se gestó una trayectoria pública tan destacada. Quedé impregnado del sentido de responsabilidad y de la bonhomía del Dr. López Herrera, que combinaba el rigor de la educación con el afecto, y de su férrea disciplina de trabajo profesional y académico, que se traducía en horas nocturnas prolongadas de estudio y redacción, gracias a las cuales la Universidad venezolana recibió obras de tanta calidad y brillo. Les confieso que ese encuentro me dejó con sentimientos encontrados, todos positivos: me hizo por un lado más consciente del peso de las obligaciones que estoy asumiendo, al tiempo que me mostró los frutos de la virtud.



Con esta inspiración ingreso a esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Paso ahora a referirme brevemente a mi trabajo de incorporación, que próximamente será publicado y del cual solo mencionaré algunos tópicos.

Se titula *De la conquista democrática a la demolición autoritaria de la Asamblea Nacional: elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, y en él se explica y analiza con detalle el proceso de desmantelamiento de la Asamblea Nacional, como órgano fundamental de la Democracia, llevado a cabo por el Tribunal Supremo de Justicia en alianza con el Ejecutivo Nacional. Se examina sobre todo la actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y se identifican y desmenuzan sus pautas interpretativas y su práctica judicial autoritarias. Es un estudio animado e influenciado por vivencias, esto es, por el contacto directo con los acontecimientos narrados, lo cual espero abone una visión ampliada de los hechos y decisiones tratados. Se formulan también propuestas de reforma en el plano normativo y de la praxis institucional orientadas a la recuperación del Parlamento y de la Democracia.

Conviene apuntar que las grandes líneas del autoritarismo judicial del Tribunal Supremo de Justicia abordadas en el trabajo de incorporación son la prolongación de un autoritarismo de mayor alcance a cuyo servicio dicho órgano se ha colocado. Es el autoritarismo de una administración de justicia que dejó de serlo, que abdicó de la jurisdicción y de las virtudes propias del oficio del juez, convertida conscientemente en instrumento de una dominación dictatorial que prescindió del pueblo cuando este empezó a negarle su apoyo. Pero el carácter instrumental de este autoritarismo no debe llevarnos a restarle importancia. La Sala Constitucional ha sido un protagonista primordial de la completa liquidación de la Democracia que se intenta consumir.

El itinerario de la demolición autoritaria del Parlamento es bien conocido. Comenzó al menos el 8 de diciembre de 2015, cuando la Asamblea Nacional cuyo periodo vencía el 5 de enero de 2016 retomó el proceso de designación de Magistrados en el Tribunal Supremo de Justicia, que fue culminado de manera fraudulenta y vulnerando la Constitución y la ley el 23 de diciembre de 2015. A lo cual se sumaría,

el 30 de diciembre de 2015, la suspensión de los efectos de la proclamación de los Diputados electos en Amazonas y en la Región Sur Indígena. Aunque en realidad la cronología se inició mucho antes, tan pronto el régimen dominante tomó medidas de significación institucional que hicieron posible que algunos operadores gubernamentales determinaran en despachos ejecutivos lo que había que hacer para contener el avance democrático de la oposición, reflejado recientemente en los resultados de los comicios del 6 de diciembre de 2015. La gran cuestión o tarea que debemos afrontar con miras al próximo levantamiento de una institucionalidad democrática en el país es cómo asegurar que nadie vuelva a tener el poder para resolver en salas situacionales o juntas partidistas si la Democracia puede desplegarse según la voluntad popular o si hay intereses políticos supuestamente superiores que autoricen a desconocerla. Solo con un verdadero Estado de Derecho ello puede garantizarse.

La Asamblea Nacional instalada el 5 de enero de 2016 quiso y quiere dar una contribución decisiva para la superación de la crisis económica y social que nos agobia, y en paralelo ha luchado a fin de lograr constitucionalmente el cambio político. Sin embargo, el Ejecutivo y sus órganos fácticamente subordinados se negaron a aceptar el funcionamiento de un Parlamento autónomo, que ejerciera sus atribuciones de control sobre el gobierno y de legislación sobre las materias de relevancia nacional. Ni siquiera se respetó la integración que el electorado le dio, como tampoco su papel de representación, basado en el pluralismo y la deliberación, ni sus competencias para la designación de altas autoridades, como los Rectores del Consejo Nacional Electoral o los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. El Parlamento como un todo ha sido desconocido por el régimen como órgano constitucional del Estado y expresión por excelencia que es de la Democracia, del derecho a la participación política y de la soberanía popular.

Pero, tal como expongo en mi trabajo, la Asamblea Nacional y sus Diputados se han mantenido firmes en la defensa de sus atribuciones y han tenido un rol protagónico en las convocatorias y movilizaciones que nos acercan al despertar democrático. Pese a la suspensión de la remuneración de los parlamentarios, desde agosto de 2016; a la anulación de pasaportes; a la prohibición de volar en aerolíneas nacionales;

todo mediante vías de hecho del Ejecutivo Nacional, y a los ataques violentos que han sufrido, los representantes del pueblo no han cedido en su determinación de conducirnos, junto a sus electores, a un futuro de libertad y justicia. Tampoco se han amedrentado ante situaciones que claman al cielo, como la detención del Diputado suplente Gilber Caro, quien estuvo privado de libertad por cinco meses sin ser trasladado ante un juez, para ser finalmente puesto a disposición de un tribunal militar, pasando por una prolongada incomunicación y hallándose hoy recluido en un establecimiento para condenados, en condiciones deplorables desde el punto de vista del acceso a alimentos y de la atención a su precaria salud. Situación que comparte con muchos otros presos políticos.

La clausura de los cauces institucionales nacionales ha llevado a que con frecuencia la Asamblea Nacional o sus integrantes hayan tenido que acudir a vías internacionales y ello ha permitido lograr pronunciamientos importantes de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos; la Unión Interparlamentaria; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, entre otras instancias, y ha sido un honor haber acompañado profesionalmente esas gestiones.

Los arietes fundamentales para perforar las murallas de la soberanía popular encarnada en el Parlamento han sido la declaratoria y prórroga sucesivas del estado de excepción, sin admisión del control y de las competencias parlamentarias previstos en la Constitución; la eliminación inconstitucional de la iniciativa legislativa parlamentaria en los ámbitos particulares en los que el Tribunal Supremo de Justicia u otros órganos del Poder Nacional la tienen reconocida, de manera concurrente; el control previo de la constitucionalidad de las leyes por la Sala Constitucional, a solicitud del Presidente de la República, ejercido con criterios fundamentalmente políticos; la sujeción indebida de la facultad legislativa a la aprobación del Ejecutivo sobre la viabilidad económica o financiera de los proyectos de ley y la revisión judicial especial sobre su observancia; la minimización de las facultades parlamentarias de control e investigación constitucionalmente establecidas, merced a una errónea equiparación entre el alcance de la función de control y el de los poderes de investigación e información; y la aberrante tesis del desacato como causal general que invalida, a priori, toda la

actuación de la Asamblea Nacional. A esto hay que añadir la privación de las atribuciones del Presidente de la Asamblea Nacional para comparecer en juicio en defensa de los actos del parlamento o de conferir poderes judiciales a estos efectos, como se venía haciendo desde el año 2000 e incluso antes, durante la vigencia de la Constitución anterior.

El examen de la construcción judicial del desacato basta para ilustrar estos abusos judiciales, por lo que en esta disertación me centraré en este apartado de nuestro trabajo. La declaratoria judicial del desacato en que supuestamente se encontraría la Asamblea Nacional permitiría a la Sala Constitucional desechar de plano la validez de cualquier acto del Parlamento, convertido en un órgano incapaz de cumplir sus funciones constitucionales. Ya no se trataba de que, según la Sala Constitucional, la Asamblea Nacional hubiera incumplido lo dispuesto en alguna de sus sentencias, dictadas desde enero de 2016, siendo con frecuencia invocada la N° 269/2016, con efectos anulatorios del acto en cuestión o de todos los adoptados en la sesión correspondiente<sup>641</sup>. Ahora la Asamblea Nacional estaba de manera global e irremisible inhabilitada para dictar actos que fueran reconocidos como válidos, hasta que cesara su “desacato”.

Esto no significa que después de esa declaratoria la Sala Constitucional no empleara otros argumentos para declarar la inconstitucionalidad de las leyes sancionadas pero enviadas por el Presidente de la República a dicha Sala con el fin de que ejerciera “control de constitucionalidad” sobre las mismas. El desacato más de una vez concurrió con otros argumentos en la declaración de la inconstitucionalidad de actos de la Asamblea Nacional; pero era una premisa general y permanente de las decisiones respectivas, en las que podían verterse razones adicionales de inconstitucionalidad.

Sin embargo, es necesario subrayar que para la fecha en que la Sala Electoral y la Sala Constitucional establecieron de manera general que la Asamblea Nacional estaba en desacato, ya la Sala Constitucional había sentado los criterios fundamentales restrictivos de la autonomía y de las atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional, y ya está era

---

<sup>641</sup> *Vid.*, entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional N° 808, del 2 de septiembre de 2016 y N° 614, del 19 de julio de 2016.

ignorada por el Poder Ejecutivo como órgano fundamental del Estado. En el apartado del trabajo correspondiente a la primera etapa de la andadura de la nueva Asamblea Nacional, se analizan las interpretaciones que cercenaron su ámbito funcional en el campo de la representación y de la calificación de sus miembros, de la legislación, de su autonomía normativa, de la potestad de control e investigación y de la facultad de revisar la designación efectuada por ella misma de altas magistraturas judiciales. En esa misma etapa el Ejecutivo Nacional dejó de publicar en Gaceta Oficial, desde abril de 2016, los actos de la Asamblea Nacional, especialmente de su Junta Directiva, referidos a designaciones y otras materias administrativas en las que normativamente se exige dicha difusión, al igual que los Acuerdos aprobados por la plenaria, cuya publicación fue arbitrariamente obstaculizada por el Ejecutivo<sup>642</sup>. Se llegó a dar la situación insólita de que algunos de estos Acuerdos no publicados en Gaceta Oficial eran citados en sentencias de la Sala Constitucional para utilizarlos retóricamente a fin de intentar justificar lo que se terminaba decidiendo en contra de la Asamblea Nacional. En pocas palabras, el desmantelamiento de la institucionalidad parlamentario ya se había producido cuando las Salas mencionadas declararon la situación general de desacato en que aquella se hallaría.

La declaratoria judicial según la cual la Asamblea Nacional se encuentra en situación de desacato ha implicado sin duda una devastación más profunda de sus funciones constitucionales, pero se produjo como continuación del cerco judicial contra la Asamblea Nacional y de orientaciones jurisprudenciales trazadas en una primera etapa, como ocurrió con la misma construcción judicial de la tesis del desacato, que quedó lista o “cargada” desde los episodios de enero de 2016. Sin embargo, lo que quiero destacar es que el periodo transcurrido entre el 13 de enero de 2016, fecha de la desincorporación de los Diputados de Amazonas y de la Región Indígena Sur, y el 28 de julio de 2016, fecha de su reincorporación o, si se prefiere, el 1 de agosto de 2016, fecha de la sentencia de la Sala Electoral que vuelve a declarar a la Asamblea Nacional en desacato, permite evaluar bien la actitud de la Sala Constitucional

<sup>642</sup> El 6 abril de 2016 fue publicado en Gaceta Oficial N° 40.880 una Resolución del Parlamento Indígena Venezolano, sobre el cual el oficialismo conservó el control.

respecto de la Asamblea Nacional, sustancialmente la misma a la que ha asumido después de esta sentencia, en lo que atañe al progresivo vaciamiento funcional del Parlamento.

Esto es útil para salir al paso a la retórica oficial, que pretende hacer ver que la Asamblea Nacional se encuentra “autodisuelta” por sus reiterados incumplimientos a las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia y por no dar los pasos necesarios para salir del desacato. La matriz de opinión que el oficialismo intenta generar, y frente a la que a veces sucumben voceros de otra procedencia, consiste en que la incapacidad de la Asamblea Nacional para cumplir sus funciones constitucionales obedece a “su” desacato. Esta retórica merece refutación en dos planos: ya la Asamblea Nacional había sido bloqueada funcionalmente por el Tribunal Supremo de Justicia antes de ser declarada en desacato, en una fase que comenzó en enero de 2016, con los antecedentes de diciembre de 2015. Dicho de otro modo, lo que explica el vaciamiento funcional de la Asamblea Nacional es la actuación del Tribunal Supremo de Justicia. Aquí pasamos al segundo plano argumental: el desacato al que alude dicho Tribunal no es una opción libremente adoptada por la Asamblea Nacional, de la cual no quiere salir, sino una construcción judicial artificial, perversa constitucionalmente y lesiva del principio democrático, pensada para derribar funcionalmente a la Asamblea Nacional y para dificultar sobremanera que esta pueda sustraerse a la correspondiente declaratoria.

La situación de desacato en que se hallaría, más bien fue colocada, la Asamblea Nacional surgió a raíz de la sentencia N° 260/2015 de la Sala Electoral y de la incorporación, luego reincorporación, al órgano legislativo de Diputados del Estado Amazonas y la Región Indígena Sur, lo cual llevó a esta Sala a declarar la nulidad de todos los actos parlamentarios emitidos mientras persistiera la juramentación de tales Diputados. Más aún, la Sala Electoral ordenó a la Junta Directiva de la Asamblea Nacional que se procediera a desincorporar tales Diputados y a dejar sin efecto su juramentación, lo cual ponía ya de manifiesto la ilicitud de esta construcción judicial. Conviene apuntar que la desincorporación de un Diputado, esto es, dejar sin efecto la juramentación de un Diputado, calificado como tal por el cuerpo parlamentario, no está prevista en nuestro ordenamiento constitucional. Se contempla la

separación temporal de un Diputado por la plenaria, con la votación calificada de las dos terceras partes de los miembros presentes (art. 187, numeral 20, de la Constitución), pero esta es una figura distinta, pues es aplicable precisamente a quienes son y seguirán siendo miembros juramentados de la Asamblea Nacional, suspendidos sin embargo temporalmente del ejercicio de la función, con motivo, por ejemplo, de una sanción disciplinaria interna, que el Reglamento actual no prevé pero en teoría podría introducir. La determinación de la Asamblea Nacional de calificar a alguien como integrante del cuerpo parlamentario, en virtud del examen de las credenciales respectivas, adoptada en ejecución de su atribución constitucional de calificar a sus miembros (art. 187, numeral 20), acaso podría ser revertida por la propia Asamblea Nacional previo establecimiento de la nulidad absoluta del acto correspondiente, en un procedimiento que asegure el derecho a la defensa (un supuesto para ello sería, por ejemplo, la juramentación por error como suplente del tercero de la lista respectiva, sin que se hubiera excusado quien tenga preferencia para asumir la suplencia). O podría ser impugnada judicialmente en vía principal por quien estime que ostenta un vicio de nulidad. Pero no puede un tribunal declarar incidentalmente, en un proceso en el que la Asamblea Nacional no es parte, originado en una demanda de nulidad que no fue interpuesta contra un acto que ella hubiera dictado, la nulidad de la respectiva juramentación y ordenar la desincorporación.

Sin embargo, la incorporación se hace irrevisable por el órgano parlamentario cuando la persona de que se trate ya hubiera sido proclamada como Diputado por el Consejo Nacional Electoral, porque de acuerdo con la Constitución allí se inicia el mandato parlamentario (art. 200)<sup>643</sup>. De tal modo que solo una decisión judicial firme referida a la validez de la elección y proclamación correspondiente podría dar lugar a que la Asamblea Nacional dejare constancia de la pérdida de la condición de miembro del cuerpo parlamentario de la persona involucrada. Esto, más que una desincorporación, sería un decaimiento<sup>644</sup> de la condición de Diputado, constatado por la plenaria.

<sup>643</sup> Vid. Tovar, Orlando, *Derecho Parlamentario*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1973, pp. 45 y ss.

<sup>644</sup> Andueza, José Guillermo, *El Congreso*, Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1993, p. 104.

Otro aspecto de la construcción judicial del desacato que merece severas críticas es el alcance anulatorio material y temporal de la decisión, ya que quebranta palmariamente el principio de proporcionalidad. En el supuesto de que fuese constitucionalmente admisible dictar una medida cautelar para prohibir la juramentación e incorporación de algún Diputado proclamado a la Asamblea Nacional, su incorporación no podría racional o razonablemente traducirse en la invalidación general del órgano parlamentario sino, a lo sumo, en la anulabilidad de los actos aprobados en la plenaria para cuya adopción hubiera sido determinante la participación en la votación del Diputado correspondiente. Esto presupone que haya estado presente en la sesión respectiva y que la diferencia de votos entre las alternativas consideradas por el cuerpo fuera tan estrecha como para dar relevancia a su participación, lo cual podría plantearse también en los casos en que se exigen mayorías calificadas.

En esta dirección apunta un dictamen de la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del Congreso de la República, entonces dirigida por el Doctor y Académico Carlos Leáñez Sievert, relativo al valor de las decisiones tomadas con la participación de un Diputado que se encontraba suspendido en el ejercicio de sus funciones a causa del allanamiento de su inmunidad, acordado por la Cámara. En dicha opinión se concluye que: "...en todo asunto en el cual el supuesto voto del congresista suspendido ha sido decisivo, la actuación es nula. Dicho con otras palabras, y a la inversa, si no se cumple el extremo del voto decisivo, se mantiene la validez del acto, pues no toda irregularidad genera nulidad"<sup>645</sup>. Igual criterio se sostuvo en relación con la participación en la votación de un Diputado suplente aún no incorporado<sup>646</sup>.

Esto no es más que la aplicación de principios generales del Derecho y de principios del Derecho Parlamentario. Es en primer lugar una consecuencia del principio de proporcionalidad, pues resulta evidentemente excesivo declarar *ex ante* la nulidad de todos los actos que dicte el Parlamento "con la juramentación" de un Diputado indebidamente

<sup>645</sup> Congreso de la República de Venezuela, *Doctrina Jurídica Pública de la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica (1990-1996)*, Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1998, Libro I, pp. 203 a 205.

<sup>646</sup> Congreso de la República de Venezuela, *Doctrina Jurídica Pública de la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica (1990-1996)*, *op. cit.*, pp. 217-218.



incorporado. El hecho de que medie una decisión judicial que prohíba la incorporación no cambia esta conclusión. Sobre todo si se considera el ámbito en que este principio está siendo invocado: el del funcionamiento del Parlamento como expresión por excelencia del principio democrático. Así como en el Derecho electoral rige la norma de respetar la voluntad de los electores, en materia parlamentaria impera la máxima de conservar en lo posible los actos que sean expresión del pluralismo político y del mismo principio democrático. El propio reglamento de las Cámaras o del Congreso o Asamblea Nacional tiene un carácter instrumental respecto del pluralismo político u otros principios constitucionales conexos<sup>647</sup>. De allí que al examinar la fuerza invalidante de las irregularidades cometidas en el procedimiento legislativo se tenga muy en cuenta la incidencia de aquellas sobre las opciones deliberativas y sobre el funcionamiento democrático del cuerpo, desechándose de plano cualquier pretensión de asumir la nulidad o anulabilidad como efecto ordinario o general de la comisión de irregularidades procedimentales. La propia Sala Constitucional, en una sentencia en la que le convenía servirse de esta doctrina y jurisprudencia constitucional comparada, acudió a ella enfáticamente, aunque en el caso particular debió haber reconocido que el principio democrático sí había sido quebrantado<sup>648</sup>.

Lo expuesto es relevante en relación con la construcción judicial de la tesis del desacato, pues esta afecta todas las esferas de actuación de la Asamblea Nacional, también la legislativa. Adicionalmente, el principio democrático domina toda la actividad de la Asamblea Nacional y le otorga una singular legitimidad, ya que la soberanía popular, de la cual emanan y a la cual están sometidos todos los órganos del Estado (art. 5 de la Constitución), encuentra en dicho órgano una manifestación calificada, por la elección directa de sus integrantes y el pluralismo que distingue al Parlamento con carácter estructural.

La construcción de la categoría del desacato, como declaración judicial que incapacita para actuar a un órgano constitucional del Estado, que encabeza una de las ramas fundamentales del Poder Público, es

<sup>647</sup> Santaolalla, Fernando, *Derecho parlamentario español*, España, Espasa Calpe, 1990, pp. 44 y ss.

<sup>648</sup> Sentencia de la Sala Constitucional N° 1.718, del 20 de agosto de 2004.

aberrante y es un aporte del Tribunal Supremo de Justicia al arsenal procesal de los sistemas de dominación autoritaria. Se trata de una tesis falaz que, al ser usada contra la Asamblea Nacional, como órgano representativo por excelencia que refleja el pluralismo político, y al implicar su anulación como cuerpo legislativo y de control, derriba a la Democracia misma y al Estado de Derecho.

Está claro que la figura del desacato no está prevista en nuestra legislación, ni siquiera como tipo delictivo. Si se piensa en la inobservancia a una orden judicial como posible hecho punible, cabría aludir al tipo de la desobediencia a la autoridad, previsto como falta en la legislación penal. También hay proximidad con el delito de incumplimiento del mandamiento de amparo constitucional, contemplado en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, convertido indebidamente por la Sala Constitucional en un ilícito constitucional que ella misma puede sancionar. Por otro lado, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece infracciones administrativas sancionables con multa en supuestos de desacato a sentencias u órdenes emanadas de cualesquiera de sus Salas (arts. 121 a 123). Pero es igualmente evidente que la Sala Electoral y la Sala Constitucional, al declarar a la Asamblea Nacional en desacato, han ido mucho más allá de cualquiera de estas previsiones relativas a la responsabilidad individual generada por el incumplimiento de determinadas decisiones judiciales. Han introducido un *plus* que radica en la constatación judicial, sin garantía del debido proceso, del supuesto desacato de un órgano del Estado a sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, que da lugar a la declaración judicial de invalidez de todos sus actos, presentes o futuros, mientras esta situación se mantenga. Se trata, pues, de desplazar los instrumentos previstos en la ley para procurar el cumplimiento o la ejecución de las decisiones judiciales, tales como las sanciones penales, administrativas o disciplinarias aplicables a los funcionarios responsables de la inobservancia, para sustituirlos por una figura ajena al marco normativo, violatoria por ello del principio de la legalidad (art. 137 de la Constitución), que permite menoscabar las posibilidades de acción jurídica del órgano supuestamente renuente al cumplimiento, así como su sustitución. Dicho *plus* es adicionalmente contrario a la distribución constitucional del Poder Público Nacional y

en tal sentido representa una usurpación de funciones lesiva del artículo 138 de la Constitución.

Puede observarse que en las sentencias N° 1/2016 de la Sala Electoral y la sentencia N° 3/2016 de la Sala Constitucional, quedó ya fraguado el salto cualitativo que se daría para pasar de la creación judicial arbitraria del desacato al mandamiento de amparo, como ilícito constitucional desencadenante de responsabilidad individual, a la construcción del desacato como causa de inhabilitación funcional global del Parlamento. En aquella oportunidad las consecuencias objetivas o institucionales del desacato se produjeron, por un lado, por la declaración de la Sala Electoral según la cual serían nulos todos los actos emanados de la Asamblea Nacional mientras esta se mantuviera en desacato y, por otro lado, por la apelación hecha por la Sala Constitucional a la inconstitucionalidad por omisión legislativa, que facultaría al Presidente de la República para presentar su mensaje anual ante el propio Tribunal Supremo de Justicia. De esta forma, el supuesto desacato al mandamiento de amparo cautelar declarado por la Sala Electoral en aquella decisión, que deliberadamente obvió los pasos fijados de manera vinculante por la Sala Constitucional en los precedentes respectivos, referidos a la responsabilidad individual por desacato al amparo, sirvió de punto de apoyo para la nueva e igualmente insólita construcción judicial, enfilada ahora contra un órgano del Estado.

La Sala Constitucional ha extendido la declaración del desacato de la Asamblea Nacional a otras sentencias, emanadas de la misma Sala Constitucional, las cuales, aduce, habrían sido incumplidas, con mención a una supuesta determinación de este órgano legislativo de ignorar todas las sentencias de la Sala Constitucional<sup>649</sup>.

El aspecto neurálgico de la arbitrariedad de la construcción judicial del desacato reside precisamente en su aplicación a un órgano constitucional del Estado, directamente legitimado además por el voto popular, como factor determinante de la invalidez de todos sus actos y de su propia inexistencia y sustitución como órgano apto para ejercer sus funciones constitucionales. Algo muy distinto sería que se declarara la

<sup>649</sup> Vid. sentencias de la Sala Constitucional N° 1190, del 15 de diciembre de 2016; N° 2, del 11 de enero de 2017, y N° 113, del 20 de marzo de 2017.

nulidad de algún acto de la Asamblea Nacional, o del órgano del Estado condenado en juicio, dictado en abierto desacato a lo ordenado en una sentencia de la Sala Constitucional, emitida contra dicho órgano en ejercicio del control de constitucionalidad, cuando ello quedara comprendido bajo la ejecución del fallo judicial, o la cosa juzgada pudiera considerarse extensible al nuevo acto. En algunos sistemas los poderes de ejecución de las sentencias del tribunal constitucional pueden generar consecuencias anulatorias en dicha fase procesal, dada la amplitud de la habilitación legal para asegurar la ejecución de lo decidido y la correlativa interpretación jurisprudencial<sup>650</sup>. Pero en ningún caso se admite la inhabilitación funcional general del Parlamento.

En una mirada al Derecho Comparado, un caso digno de mención es la controversia judicial relativa al referendo sobre la independencia de Cataluña, porque esta ha sido una lucha prolongada en la que las autoridades del Estado español han dado pasos significativos para ampliar los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional. Recientemente el Tribunal Constitucional ha estimado un nuevo incidente de ejecución referido al incumplimiento de decisiones que había dictado respecto de la nulidad de actos adoptados por el Parlamento catalán, encaminados a viabilizar una consulta popular sobre la independencia de Cataluña<sup>651</sup>. La insistencia de este Parlamento en avanzar en la dirección que ya había censurado el Tribunal Constitucional llevó al gobierno español a incoar un incidente de ejecución de las respectivas decisiones, el cual fue estimado, es decir, declarado con lugar, lo que condujo a ese Tribunal a declarar la nulidad de los apartados de la resolución correspondiente contrarios a lo que previamente había establecido; a ordenar la notificación personal de la Presidenta del Parlamento de Cataluña, de los demás miembros de la Mesa del Parlamento y de otras autoridades mencionadas, advirtiéndoles de abstenerse de realizar actuaciones dirigidas a dar cumplimiento a los apartados anulados de la resolución respectiva, con apercibimiento de las sanciones aplicables en caso de inobservancia; y a acordar deducir testimonios de particulares a fin de que el Ministerio Público procediera, en su caso, a exigir la responsabilidad penal de las

---

<sup>650</sup> Schlaich/Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2004, pp. 329 y ss.

<sup>651</sup> Auto del Tribunal Constitucional Español del 14 de febrero de 2017.

autoridades o funcionarios que se identifican en el auto dictado. La decisión aclaró que no era competencia del Tribunal Constitucional resolver si la conducta de la Presidenta del Parlamento de Cataluña y demás personas señaladas era constitutiva de infracción penal.

De esta forma, el Tribunal Constitucional emitió un pronunciamiento más sobre un conflicto que se ha extendido por más de dos años, en el que ya ha debido anular actos del Parlamento catalán en vía principal y en ejecución de sentencias previas. Más aún, en 2015 el gobierno español promovió iniciativas legislativas destinadas a reformar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que resultaron aprobadas, una de las cuales estuvo destinada a dotar a este Tribunal de mayores poderes para asegurar el cumplimiento de sus decisiones, visto el desconocimiento de estas por autoridades de la Generalidad de Cataluña. Uno de los objetivos del gobierno español al impulsar la reforma legal era que el Tribunal Constitucional pudiera instar al Ministerio Público a ejercer acciones penales contra quienes siguieran adelante en la ruta del referendo sobre la independencia de Cataluña, en contra de sentencias de dicho Tribunal, pero este ha interpretado el precepto correspondiente, el artículo 92.4, literal d) de esa Ley, en términos que dejan al Ministerio Público la libertad para examinar el carácter posiblemente delictivo o no de la conducta a que alude el Tribunal Constitucional. Con ello este Tribunal respetó la línea divisoria entre sus propias atribuciones y las del orden jurisdiccional penal.

Las normas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español que aluden a las facultades con que cuenta para la ejecución de sus propias decisiones son fundamentalmente los artículos 87 y 92, en los cuales se contemplan medidas de diversa naturaleza destinadas a garantizar su cumplimiento: la anulación de actos dictados en contravención a lo decidido; la imposición de multas coercitivas a las autoridades o funcionarios reuentes al cumplimiento o su suspensión en el ejercicio de sus funciones; la ejecución sustitutoria, en algunos supuestos, de las resoluciones que dicte; y la deducción de testimonios de particulares a fin de exigir la responsabilidad penal, lo cual se traduce, como se dijo, en remitir lo conducente al Ministerio Público para que evalúe si estima pertinente ejercer acciones penales. Es importante destacar que la

adopción de estas medidas está precedida de un incidente de ejecución, con garantía del derecho a ser oído por parte del órgano público implicado. Solo en casos de especial trascendencia, en las circunstancias indicadas en el artículo 92.5, este derecho se ejerce con posterioridad a la toma de la decisión correspondiente.

Esta reforma legislativa estuvo rodeada de controversias, por su motivación política y la forma precipitada de su tramitación, en una materia institucional de tanta relevancia, como la regulación del Tribunal Constitucional, en la que es aconsejable recabar un amplio consenso. Además, doctrinalmente se ha sostenido que ante la situación mencionada de rebeldía de las autoridades catalanas la Constitución señala un camino a seguir en su artículo 155, y que algunas de las modificaciones introducidas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional fueron innecesarias o intrascendentes, por contemplar medidas en esencia ya admisibles según el texto legal precedente, y otras exorbitantes, como la suspensión de autoridades o funcionarios; mientras que algunos autores han defendido el alcance de las reformas<sup>652</sup>.

Lo que interesa poner de relieve en este estudio, sin embargo, es que, pese a la apuesta del gobierno español por esa extensión competencial, la regulación legal, y la interpretación a que ha sido sometida, se han mantenido dentro de los límites funcionales de un Tribunal Constitucional y del ámbito propio de la ejecución de sentencias, y han preservado garantías básicas del debido proceso, sin perjuicio de las críticas formuladas, referidas por ejemplo, a la posibilidad de posponer la oportunidad de defensa a la adopción de determinadas medidas de ejecución. En otras palabras, la reforma legislativa ha reconocido o confirmado y ampliado facultades del Tribunal Constitucional ligadas a la ejecución de sentencias, referidas a la anulación de actos, la ejecución sustitutoria de ciertas resoluciones, la imposición de multas coercitivas, la suspensión de autoridades o funcionarios o la remisión de informes al Ministerio Público, estas últimas tres vinculadas a las personas naturales presuntamente causantes del incumplimiento, y ninguna consistente en la limitación o inhabilitación funcional de un órgano del Estado. La ejecución sustitutiva a que alude esa ley, importa aclararlo en nuestro

---

<sup>652</sup> Vid. <https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2015-2-page-289.htm#no18>.

contexto, no guarda relación con la sustitución *ad casum* del Parlamento a la que la Sala Constitucional ya está habituada.

Lo anteriormente expuesto, incluyendo estas últimas críticas, dista enormemente de lo que ha ocurrido con la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual ha aducido, primero, la necesidad de garantizar la ejecución de sus decisiones, en materia de amparo, para abandonar el espacio legítimo de la ejecución de sentencias y desplazarse hacia el de la sanción penal. Así, pervirtió lo establecido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales al transformarlo en un ilícito constitucional merecedor de sanción privativa de la libertad, acordada por la misma Sala Constitucional, vulnerando el principio de la legalidad sancionatoria, el debido proceso, el derecho al juez natural y la presunción de inocencia, entre otros principios constitucionales. En algunas decisiones la Sala Constitucional ha advertido a los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional e incluso a los Diputados de la mayoría parlamentaria sobre el desacato al mandamiento de amparo cautelar en que podrían incurrir o haber incurrido, en procedimientos judiciales aún en curso en los que todavía no se ha dictado pronunciamiento referido al supuesto “ilícito constitucional”<sup>653</sup>.

Y el segundo paso de la Sala Constitucional, en su afán por atribuirse facultades para la suspensión de un poder fundamental del Estado y de la Democracia bajo el pretexto del pretendido incumplimiento a una sentencia, lo representa la construcción judicial del desacato de la Asamblea Nacional. Todo esto, por cierto, he aquí otra diferencia significativa, lo ha hecho la Sala Constitucional no solo al margen sino a costa del legislador y de la ley. Al hacerlo, además, ha negado sistemáticamente el ejercicio del derecho a la defensa de la Asamblea Nacional y de sus autoridades, ante lo cual es preciso observar que no puede haber desacato judicial si no ha habido posibilidad de defensa, pues las sentencias solo merecen tal nombre cuando surgen de un proceso con garantía del contradictorio. Hay que enfatizar también que sin bilateralidad en la resolución de una controversia no hay jurisdicción, y que

<sup>653</sup> Vid. sentencias de la Sala Constitucional N° 948, del 15 de noviembre de 2016, y N° 7, del 26 de enero de 2017.

las garantías judiciales tampoco existen cuando está ausente la figura misma del juez, independiente, imparcial, que necesita oír a las partes, porque no quiere equivocarse, porque quiere dar a cada uno lo suyo.

Adicionalmente, los casos en los que la Asamblea Nacional, según la Sala Constitucional, habría incurrido en desacato, no obedecieron realmente a una determinación de inobservar cualquier decisión del Tribunal Supremo de Justicia. Se trató más bien de situaciones en las cuales ceñirse a todo lo dispuesto en una resolución judicial implicaba que la Asamblea Nacional se negara a sí misma como órgano constitucional autónomo con facultades de control y de legislación. La manifestación más visible en la actualidad de la tesis del desacato, consistente en el desconocimiento por el Tribunal Supremo de Justicia de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional electa por el cuerpo el 5 de enero de 2017 y en las gravosas condiciones establecidas para superarlo, hace patente que aquella es una construcción destinada a que el Parlamento se autoliquide, abdicando de lo único que depende de sí mismo y que puede conservar pese a la embestida judicial: su propia dignidad y autonomía y su respetabilidad ante el electorado. La situación de inhabilitación funcional impuesta por el Tribunal Supremo de Justicia es, pues, de alguna manera, un desenlace previsible del ataque político-institucional contra la Asamblea Nacional ejecutado por un gobierno que no acepta el control ni la división de poderes, frente a una mayoría parlamentaria que no se ha rendido ante la arbitrariedad.

En todo caso, el ejemplo de Derecho Comparado arriba esbozado se inserta dentro de un marco de racionalidad jurídica que la tesis del desacato, construida por el Tribunal Supremo de Justicia para ser aplicada a un órgano constitucional del Estado, y decapitarlo funcionalmente, rompe por completo. Esta última es una figura que, por sus implicaciones, solo puede surgir en un contexto de creciente y profundo socavamiento de la institucionalidad democrática, en circunstancias en que los jueces constitucionales son gendarmes de un régimen de dominación ideológica excluyente, en el cual es posible concebir como natural que la obediencia ciega al poder aniquile el espacio institucional democrático por excelencia y la soberanía popular que encarna.

Conviene, por otro lado, apuntar que la Sala Constitucional, antes de la declaración del supuesto desacato, había invocado el pretendido



incumplimiento a sus propios criterios como causal anulatoria autónoma de actos parlamentarios. Esta apelación a sentencias previas de la Sala Constitucional, dictadas desde el 5 de enero de 2016, y a los criterios allí establecidos fue una primera manifestación embrionaria o a pequeña escala de aquella descabellada declaración. Muestra de ello son las sentencias de la Sala Constitucional en que se anulan actos del Parlamento por haber desatendido alguno de los criterios fijados en la sentencia N° 269/2016, relativa al Reglamento Interior y de Debates. Aquí es necesario traer a colación los principios antes esbozados sobre los parámetros para la declaratoria de nulidad de las leyes por vicios en el procedimiento de formación, y su extensión matizada a otras actividades parlamentarias. Resulta absurdo que la inobservancia de algún criterio sentado por la Sala Constitucional en alguna sentencia relativa a la Asamblea Nacional, emitida en un caso distinto al que luego conoce, dé lugar automáticamente a la anulación de la norma o acto supuestamente aprobado sin sujeción a dicho criterio. La forma en que la Sala Constitucional razona al declarar estas nulidades evoca en alguna medida sus decisiones revisoras adoptadas con base en el artículo 335 de la Constitución, respecto de pronunciamientos judiciales que se hayan apartado de su jurisprudencia vinculante. Dejando de lado ahora las críticas que merece el modo en que la Sala ha perfilado y aplicado esa facultad, lo cierto es que no puede equipararse la relación de la Sala Constitucional con los demás tribunales de la República con la que se entabla entre ella y la Asamblea Nacional<sup>654</sup>. Por lo pronto hay que subrayar que no hay sustento jurídico para pretender que cualquier inobservancia a un criterio de la Sala Constitucional deba conducir a la anulación del acto parlamentario en cuestión. Si la irregularidad de un acto parlamentario es invalidante, no depende de que la norma infringida haya sido interpretada o construida por la Sala Constitucional, sino de la consideración del principio democrático y demás principios jurídicos implicados.

Pero la Sala Constitucional, tácitamente afinada en el principio de obediencia ciega o absoluta como valor fundamental de un régimen

<sup>654</sup> Casal, Jesús M., *La Justicia Constitucional y las Transformaciones del Constitucionalismo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 81 y ss. y pp. 155 y ss.

autoritario, ha procedido, por ejemplo, a anular todo lo resuelto en una sesión por el solo hecho de que el orden del día haya sido modificado por la plenaria después de su inserción en el sistema automatizado<sup>655</sup>, sin examinar si realmente esa inserción impactó seriamente en las oportunidades deliberativas y sin tener en cuenta el principio de proporcionalidad; todo ello por supuesto bajo la premisa, negada, de que tal criterio, lesivo de las facultades del cuerpo para resolver los temas a discutir, incluso sobrevenidos, tuviera sustento jurídico.

Esta primera ruptura de la racionalidad jurídica, asociada a una lectura errónea de la función judicial, en la cual prevalece la idea de la orden o el mandato sobre la de la argumentación racional como base de la jurisdicción, cristalizó luego de manera expansiva en la construcción de la tesis del desacato más arriba objetada.

Uno de los desafíos que debemos encarar en orden a la recuperación democrática de Venezuela es lograr la independencia judicial y preservar el Estado de Derecho. Bajo estas premisas, la Sala Constitucional ha de ser un actor fundamental para limitar el ejercicio del poder público, mediante la salvaguarda de los derechos humanos, de los equilibrios políticos y de la existencia de pesos y contrapesos. Ha de esforzarse no en la realización por obra propia de la Constitución, sino sobre todo en que el sistema institucional funcione de tal modo que se respeten las atribuciones de cada órgano del poder público y el proceso democrático se desarrolle de manera fluida y sin exclusiones o atropellos sobre minorías, con lo cual todas las piezas del sistema coadyuvarán a la efectividad de los preceptos constitucionales, desde el ámbito competencial específico de cada una. Debe proporcionar la garantía última de los derechos humanos en el orden interno, en el entendido de que el legislador tiene también algo que decir en su perfilamiento y ha de dejarse a salvo la apertura de la Constitución a la protección internacional de estos derechos. Ha de ser una jurisdicción constitucional inclinada no a la fácil sustitución del legislador, sino a la generación de interacciones dialógicas que favorezcan, cuando sea posible, una interpretación compartida de la Constitución y una reparación bilateral de la

---

<sup>655</sup> Sentencias de la Sala Constitucional N° 614, del 19 de julio de 2016, y N° 797, del 19 de agosto de 2016.

inconstitucionalidad. Ha de promover, por tanto, un constitucionalismo abierto, que incorpora en la jurisdicción constitucional y en el diseño de los procesos constitucionales los reclamos de la sociedad democrática, normalmente reflejadas en la ley y en el Parlamento, sin sucumbir irreflexivamente ante ellos<sup>656</sup>.

Dejo en manos de los lectores mi trabajo de incorporación, entregado a la Academia y de próxima publicación, que examina estas y otras desviaciones argumentativas de la Sala Constitucional y las fuentes jurisprudenciales del bloqueo funcional de la Asamblea Nacional y del cierre de los cauces electorales en el país desde el 2016. Allí se analizan en detalle los siguientes elementos del discurso y practica judicial de la Sala Constitucional:

- A) El desconocimiento del valor del sufragio y de la representación política
- B) La vulneración del principio de proporcionalidad
- C) La violación del principio democrático
- D) La deformación de instituciones procesales para dotarlas de una significación represiva o sancionatoria.
- E) La adulteración del efecto vinculante de las interpretaciones de la Constitución establecidas por la Sala Constitucional
- F) El fraude procesal
- G) La vulneración del derecho a la defensa y al debido proceso
  - a. La negación de la facultad del Presidente de la Asamblea Nacional de actuar en juicio en representación de la Asamblea Nacional y de designar apoderados a estos efectos
  - b. La decisión de acciones o recursos prescindiendo del procedimiento legal
  - c. El control previo de constitucionalidad como otra fuente de indefensión y desconocimiento funcional
- H) La desnaturalización de los instrumentos procesales de la justicia constitucional y el irrespeto de las formas procesales

Para concluir quisiera hacer un agradecimiento especial y una referencia al futuro. Lo que somos lo debemos en gran medida a la

<sup>656</sup> Vid. Casal, Jesús M., *La Justicia Constitucional y las Transformaciones del Constitucionalismo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer, 2015.

generosidad de quienes nos acompañan en el prodigio de la vida. Por eso quiero expresar mi gratitud hacia mi esposa, Soledad, y mis hijos, Jesús y Rodrigo. Suele decirse que el amor no se agradece, se corresponde, pero en ese corresponder hay también gratitud, porque lo que recibimos es un don no el pago de una deuda. Por ello también es hora de rendir tributo a mi padre, Jesús María Casal Montbrun, quien fuera un insigne jurista, egregio docente y entrañable amigo, y a mi madre, Elba Hernández de Casal, alma de nobleza infinita, así como a mis demás familiares. También a quienes trabajan o han trabajado conmigo en la Universidad o en el servicio público y con su amistad y apoyo han allanado el camino, han dado un consejo oportuno, han cuidado nuestras espaldas o han inspirado la acción. El Padre Olaso es igualmente un testimonio de rectitud moral inquebrantable que debo evocar. Al igual que al Padre Ugalde, quien depositó en mí su confianza al proponerme como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica André Bello y respaldarme en esa gestión, tarea a la que me entregué con una pasión, tesón y determinación existencial que no he experimentado después con la misma intensidad en ningún otro oficio. Gracias, en fin, a los miembros de la Academia que me postularon para ingresar como Individuo de Número y a todos por haberme elegido para integrar junto a ellos la Corporación. Incluyo asimismo a quienes aún antes de serlo tuvieron gestos que coadyuvaron a mi incorporación. Espero contar con su orientación en esta nueva etapa de mi carrera.

El horizonte de futuro que podemos vislumbrar muestra nubarrones en las cercanías pero anuncia la aurora. El gobierno huye del pueblo, de la soberanía popular, de las elecciones con sufragio universal e igual y al hacerlo se desmorona. Al menos en términos históricos, al actuar así ya está perdido y no tiene retorno. Apela a una fraudulenta Constituyente de la prórroga, no de la esperanza, porque esta última lo abandonó y está con el pueblo en las calles. En la esperanza de un futuro democrático común, con Estado de Derecho y pluralismo, en el que las diferencias ideológicas sean no solo toleradas sino amparadas, está la clave de esta fase decisiva de la lucha por la Democracia.

Caracas, 18 de julio de 2017.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andueza, José Guillermo, *El Congreso*, Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1993.
- Aveledo, Ramón Guillermo, *Curso de Derecho Parlamentario*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello e Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro, 2013.
- Ayala, Carlos/Casal, Jesús M. “La Evolución Político-Institucional de Venezuela 1975-2005”, *Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2008, pp. 435 y ss.
- Balaguer Callejón, Francisco y otros, *La Nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2008.
- Brewer-Carías, Allan, *Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016.
- \_\_\_\_\_. *La Constitución de 1999*, Tomo I, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2004.
- Canova González, Antonio y otros, *El TSJ al servicio de la Revolución*, Caracas, Galipán, 2014.
- Carré de Malberg, R., *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.
- Casal, Jesús M., “¿De la Constitución nominal a la Constitución fachada?”, en *Sobre la Justicia Constitucional y la Instrumentalización del Derecho*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2010.
- \_\_\_\_\_. *La Justicia Constitucional y las Transformaciones del Constitucionalismo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, Caracas, Legis, 2010.
- Combellas, Ricardo, *Poder Constituyente*, Caracas, En Cambio, 1999-2000.
- Congreso de la República de Venezuela, *Doctrina Jurídica Pública de la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica (1990-1996)*, Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1998.
- Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981.
- Duque Corredor, Román J., *Sistema de Fuentes de Derecho Constitucional y Técnica de Interpretación Constitucional*, Caracas, Ediciones Homero, 2014, pp.

- Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1999.
- Kershaw, Ian, *Hitler*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2007.
- Leáñez Sievert, Carlos, *Control Parlamentario* (Discurso y Trabajo de Incorporación de Carlos Leáñez Sievert a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999.
- Santaolalla, Fernando, *Derecho parlamentario español*, España, Espasa Calpe, 1990.
- Schlaich/Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2004.
- Schmitt, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996.
- Tovar, Orlando, *Derecho Parlamentario*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1973.
- Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 1984.

**DISCURSO DE CONTESTACIÓN  
DEL ACADÉMICO  
DR. PADRE LUIS UGALDE, S.J.,  
INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN.**

Doctor Gabriel Ruan Santos,  
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales  
Individuos de Número de esta Corporación,  
Señoras, señores,

Sin duda alguna en Venezuela vivimos tiempos extraordinarios e inéditos y esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales muy responsablemente se ha puesto en el centro del huracán que amenaza gravemente la vida política y social del país. Con claridad y firmeza ha hecho públicos un conjunto de documentos de su especialidad, saliendo al paso de las continuas violaciones de la Constitución. Una de las más recientes es la extraordinaria toma de posición pública de las 7 academias en conjunto en defensa de la Constitución y para rescate de la democracia violada.

Este acto solemne de incorporación del Dr. Jesús María Casal como individuo de número de la Academia, su discurso y el significado de su persona y trayectoria, nos ponen más en el centro, si cabe, del actual debate nacional entre dictadura y democracia.

## **1. DOS SOBERANÍAS ENFRENTADAS**

Las modernas repúblicas y monarquías constitucionales nacieron de las luchas, guerras y revoluciones para impedir el poder absoluto de los monarcas y abuso de los gobiernos dictatoriales y convertir los estados en instrumentos de la sociedad para la realización y defensa de los “derechos del hombre y del ciudadano”, de todos los ciudadanos. Frente a la voluntad absoluta del rey o soberano que domina, se afirma la soberanía del pueblo, de la ciudadanía en su conjunto y sus derechos son consagrados en una constitución a la que están sometidos también los



gobernantes. Por eso las autoridades democráticas juran sometimiento y fidelidad a la constitución y reconocen su condición de servidores de la soberanía popular. Pero el juramento podría quedar en puro buen deseo si no se hubiera tenido en cuenta la evidente tendencia de todo poder a auto-absolutizarse y no se hubieran puesto límites y controles para que ello no ocurra, como son la elección de los presidentes para periodos limitados con restricciones para la reelección y la separación de los poderes públicos. En una República la soberanía del pueblo es el origen del poder y el jefe de Estado no puede ser dictador, sino servidor del bien común constitucionalmente definido, y los derechos humanos de la población son el objetivo del bien común.

Frente a estas ideas Marx afirma que todo estado es una dictadura, un instrumento de dominación de una clase social sobre otra. Un marxista coherente al llegar al poder se propone la destrucción del estado burgués para sustituirlo por la dictadura del proletariado. Este nuevo estado, supuesta encarnación del proletariado y sus intereses, una vez cumplida su misión de eliminar el Estado burgués y la propiedad privada de los medios de producción, se extingue por innecesario y da paso al paraíso comunista y al hombre nuevo.

Pero la historia nos ha demostrado que la llamada “dictadura del proletariado” en el poder se convierte en dictadura del partido único manejado dictatorialmente por su jefe único. Se convierte en dictadura personal con voluntad de perpetuarse.

Esta contraposición de la democracia constitucional con Presidente sometido a la Constitución frente al modelo político de un Jefe de Estado con concentración de poderes ilimitados y dictatoriales, está a la vista en los últimos cien años de la humanidad desde la Revolución Rusa, cuyo centenario conmemoramos este año. En ese tiempo hemos visto también estados fascistas con concentración del poder en el jefe absoluto y con las leyes sometidas a su omnímoda voluntad. Lo que ninguno de nosotros hubiera sospechado es que en Venezuela nos iba a tocar protagonizar ese enfrentamiento y defender la democracia y los derechos humanos frente a la decidida voluntad de convertir el poder en una dictadura sin límites con un modelo de estado, sociedad, economía y gobierno, que ha fracasado en todas partes.

## **2. GOBIERNO DICTATORIAL FRENTE A CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA**

El Dr. Jesús María Casal se incorpora en este tiempo y circunstancias, en este decisivo mes de julio de 2017, con un discurso que no es una mera disertación teórica que analiza lejanos hechos, sino que nos refiere cómo hoy y aquí se está dando - estamos dando-, la batalla entre la dictadura y la democracia. Vemos cómo el derecho constitucional es afirmación y defensa de los derechos humanos frente a la pretensión desde el poder de instrumentalizar la Constitución y cambiarla por otra a la medida y para la legitimación de la tiranía. En la persona y discurso del doctor Casal confluyen de manera extraordinaria el esfuerzo de la Asamblea Nacional para defender la democracia y el aporte intelectual y profesional de la Academia y la Universidad. Este solemne acto de incorporación está inserto entre una inédita y trascendental Consulta Popular para que el pueblo decida si quiere mantener la Constitución de 1999 y cómo quiere recuperar la democracia violada por un lado, y por otro la espuria convocatoria - sin previa convocatoria del pueblo- de Maduro a Asamblea Nacional Constituyente, para evadir las responsabilidades democráticas e implantar una nueva constitución totalitaria.

La contundente victoria de la oposición democrática en las elecciones parlamentarias del 06-12-15 desató en el Régimen toda una cadena de obstáculos para anular las decisiones de la nueva Asamblea Nacional e incluso anularla a ella misma. Acciones que llevan a invalidar en sus efectos el resultado del voto popular adverso al Régimen, dejando en claro que para éste todos los poderes deben estar sumisamente arrodillados ante el Ejecutivo, como ya lo están el TSJ, el CNE y la Fuerza Armada. El discurso del Dr. Casal sintetiza magistralmente la cadena de atropellos y arbitrariedades de parte del Tribunal Supremo de Justicia, sobre todo de su Sala Constitucional y su Sala Electoral, para implantar plenamente la constitución dictatorial y la resistencia democrática de la Asamblea Nacional y la sociedad movilizada. Por fin el Ejecutivo ha optado por no continuar violando la Constitución de 1999, sino sustituirla por otra constitución hecha a la medida de la dictadura. Pero lo presentado por el Dr. Casal no es solamente un relato fiel de los hechos

por un cronista acucioso, sino que se trata de la lectura jurídica de cada uno de esos pasos y la puesta en evidencia, de las iniciativas, de las objeciones y argumentos contrapuestos por los demócratas de la Asamblea Nacional. El Dr. Casal no es un observador externo de esta lucha agónica entre dictadura y democracia, sino que, en su condición de consultor jurídico de la AN desde enero de 2016, es parte central de la defensa jurídica de la democracia y de la autonomía del Poder Legislativo. El pueblo y todas las instancias nacionales no solo tienen derecho a resistir el golpe dictatorial dado desde el Ejecutivo con complicidad servil del Poder Judicial, del Consejo Nacional Electoral y de la Fuerza Armada, sino que tienen la obligación de hacerlo. Ante la constitución violada todos tenemos “el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia” (Constitución art. 333) y desconocer “cualquier régimen legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos” (Const. art. 350). Ante la voluntad de imponer de facto la dictadura con la fuerza de las armas, la Asamblea Nacional y la Fiscalía en renovada alianza con el pueblo soberano movilizado en la calle, defienden y reivindican la plena vigencia y respeto de la Constitución. Esta Academia hace honor a su deber de actuar y de activar la fuerza de las ideas para que en Venezuela se rescaten de la fuerza de las armas la libertad y la justicia para todos.

No se trata aquí solamente de un debate teórico-jurídico, como lo hacen los especialistas en sus cátedras universitarias, sino de las ideas convertidas en acción, del choque frontal de dos maneras de entender la República, la Constitución y el Poder Judicial en relación al Poder Ejecutivo y a los derechos humanos de todos y cada uno de los venezolanos. Este Régimen con su ineptitud e inaudita corrupción ha llevado a los venezolanos a la miseria con carencia vital de alimentos y medicinas, ha llenado las cárceles de presos políticos y ha obligado a muchos cientos de miles de venezolanos a buscar en el exilio la vida y el futuro que se les niega en su patria. En una sociedad democrática la constitución y todo el entramado jurídico están ordenados a crear un marco de garantías, un espacio protegido para el logro y desarrollo de los derechos humanos de todos y cada uno. Por el contrario, en un sistema totalitaria -sea de inspiración marxista, fascista u otra forma

de tiranía- la Constitución es un instrumento al servicio del Poder Ejecutivo que debe contar con la sumisión de los legisladores y del poder judicial puestos a sus órdenes para justificar el sometimiento de los súbditos. En esos regímenes es moral cuanto sirve para afianzar el poder totalitario, e inmoral lo que lo debilita. Los derechos humanos de la gente no son valores supremos, sino relativos y subordinados a los intereses del poder absoluto. Por el contrario en un ordenamiento democrático, la constitución y los poderes públicos tiene como supremo objetivo la realización de los personas de los ciudadanos. Así lo afirma la Constitución de 1999 en su artículo 3: “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 reconocidos y consagrados en esta Constitución” (Art. 3)

Cuando el régimen pone como valor absoluto su poder total, los derechos humanos, la separación de poderes, las elecciones soberanas y tantos otros elementos imprescindibles de la democracia son desdeñados como elementos “burgueses” que debilitan al Estado revolucionario y a su Jefe, que es encarnación del pueblo y su felicidad.

En este enfrentamiento están en juego la salud, las libertades, la integridad de millones de venezolanos y la persecución política. La cárcel, la tortura, el exilio y la muerte de los jóvenes que protestan, no son meras amenazas, sino realidades crecientes que el Régimen busca legitimar y justificar con una constitución que lo libere de la obligación de someterse y acatar la Constitución defensora de los derechos humanos.

### **3. JESÚS MARÍA CASAL Y LA UNIVERSIDAD RETADA POR LA SOCIEDAD**

Jesús María Casal no es un improvisado en esta visión y acción en defensa de los derechos humanos. Ya de estudiante destacó por su compromiso vital en defensa de la dignidad de sus semejantes. El P. Luis María Olaso fue su mentor y cuando en la Fiscalía de la República se creó la Dirección de Derechos Humanos con el P. Olaso como primer Director, Casal de 23 años y recién graduado en derecho, fue nombrado

Subdirector( 1989-1991). Ya el año anterior la UCAB lo había nombrado profesor de “Amparo Constitucional y Derechos Humanos”.

En los tiempos en que Jesús María Casal culminaba sus estudios de pregrado en la Universidad Católica Andrés Bello y se iniciaba como profesor, una treintena de universidades jesuitas de América Latina asociadas en AUSJAL (Asociación de Universidades Jesuitas de América Latina) se hacían dos preguntas trascendentales que han venido alimentando y dirigiendo sus cambios. Una primera pregunta nos ponía ante la realidad de nuestros pueblos y se convertía en faro orientador de toda búsqueda y reflexión universitaria **¿Qué universidad para qué sociedad?** Nuestra visión crítica de la sociedad nos llevaba a tener como norte fundamental de la labor universitaria la transformación hacia una sociedad justa y libre, sin pobreza estructural excluyente. Pregunta que nos llevaba a otra no menos acuciante en el fondo de nuestras conciencias **¿No estaremos formando en nuestras universidades profesionales exitosos para países fracasados?** Esta especie de duda metódica alentó y guió la renovación de la Facultad de Derecho de la UCAB bajo la conducción del Dr. Casal como Decano en la década de 1999 a 2009. Justamente su nombramiento coincidió con la aventura llamada “Revolucionaria”. Venezuela ciertamente llegaba a fin del siglo XX necesitada de un profundo cambio y con un modelo socio-económico agotado y sin respuesta satisfactoria de la dirigencia política y económica. La UCAB era exitosa en la formación de juristas y abogados, pero el reto de la realidad nacional en su conjunto era cada vez más acuciante y Casal supo dirigir el equipo de la Facultad para impulsar los cambios con decisión.

Debido a la brevedad de estas palabras mías me limitaré a mencionar solamente cuatro realizaciones trascendentales: la reforma curricular, la inclusión obligatoria de las “clínicas jurídicas” en la formación de todo estudiante, la creación del Centro de Derechos Humanos y el fortalecimiento del Centro de Estudios Jurídicos, que tanto debía al impulso creativo del doctor Alfredo Morles durante su Decanato y cuya dirección asumió Casal a partir del año 2009.

El Consejo de Facultad y luego el Consejo Universitario aprobaron las “clínicas jurídicas” y se constituyó un equipo de una decena de profesionales que acompañaran a los estudiantes en este servicio jurídico

gratuito a los sectores más pobres de la población. De esta manera se ofrece a los estudiantes una extraordinaria oportunidad en su formación, la de mirar a la sociedad desde el lugar social de los más pobres y valorar la necesidad de cambio. Desde esa mirada se agiganta la misión del derecho en una sociedad democrática, pero profundamente dividida y estancada en la pobreza. Una visión desde el encuentro con los pobres y excluidos, con personas y familias que se sienten al margen de la sociedad. Esta marginación en la pobreza es una continua amenaza contra la democracia y una tentación permanente para aventuras “revolucionarias”, que terminan en tragedias nacionales. Son los pobres y sus derechos los que deben ponerse en el centro efectivo de la democracia. Son miles y miles las familias y personas de pocos recursos las que cada año se benefician de este servicio de las “clínicas jurídicas”; y me atrevo a decir que tanto o más se han beneficiado los estudiantes en su formación. Así mismo la creación del Centro de Derechos Humanos en la Facultad refleja la conciencia de la gravedad del tema en Venezuela. Sin estridencias y con alto compromiso profesional el Centro ha desarrollado su asistencia y defensa incondicional de los atropellados, por instancias del Estado, en sus derechos fundamentales.

Esta mirada a la sociedad y sus problemas lleva a la universidad a **considerar como una prioridad el sentido de lo público**, sentido que debe marcar a la universidad como tal y a su profesores, investigadores, estudiantes y trabajadores. No consideramos lo público como algo que no nos pertenece como universidad privada, sino que la ciudadanía consiste justamente en que lo público no es sinónimo de lo estatal, sino que es una dimensión en cada persona en la que la voluntad general es acogida y alimentada en su voluntad personal: La República se da solamente si hay republicanos, es decir constructores del espacio y la conciencia para la cosa pública y el bien común. La Universidad Católica es privada en el sentido de la iniciativa, gestión y responsabilidad, pero es al mismo tiempo pública, que forma y certifica los estudios “en nombre de la República y por autoridad de la ley”. Cuando la sociedad se desentiende de su Estado, éste cae en manos de grupos de interés que, bajo el nombre de “bien común”, hacen medrar sus intereses particulares. Una forma de esa apropiación privada del Estado es la confusión sistemática del Partido con el Gobierno y de éste con el Estado y los tres

juntos en manos de un único jefe, que pretende ser la encarnación del pueblo. Esos son los estados totalitarios. Para Casal, por el contrario, la voluntad del pueblo y la dignidad de cada venezolano no son éticamente reducibles a simple comparsa del poder.

Casal, abogado egresado summa cum laude de la UCAB en 1988, realizó con honores su doctorado en derecho en la Universidad Complutense de Madrid (1996). Es especialista en Derecho Administrativo de la UCV (2.000) y con estancias e investigación en Derecho a La Libertad Personal en el Instituto MAX-PLANCK en Freiburg (1995) y en la Universidad de Heidelberg (2000 y 2006). En mi modesta opinión ha tenido el postgrado más importante en este año y medio de lucha en el terreno donde se enfrentan palmo a palmo la esencia del derecho como defensa de la vida y la dignidad humana y el derecho como defensor del poder absoluto y la dictadura.

Nos alargaríamos mucho si tuviéramos que hacer referencia más detallada a la proyección latinoamericana de Casal con aportes a congresos, cátedras y publicaciones en Chile, Colombia, Costa Rica, El salvador, Perú Uruguay y otros.

Vaya nuestra felicitación a Jesús María Casal y a su familia. También nos felicitamos como Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pues su participación nos fortalece y refuerza nuestro compromiso democrático y constitucional en esta hora trágica y heroica del país. Contamos con él para fortalecer esta responsabilidad que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales viene desarrollando en defensa de la democracia en Venezuela y la reconstrucción del país con estado de derecho, para que en esta tierra de libertadores sean inseparables la libertad, la justicia y el derecho frente a cualquier tentación totalitaria.

Caracas, 18 de julio de 2017.

**SESIÓN SOLEMNE CON MOTIVO  
DE LA INCORPORACIÓN  
DE LA DRA. CECILIA SOSA GÓMEZ  
COMO INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N°24.  
21 DE NOVIEMBRE DE 2017.**



# DISCURSO DE INCORPORACIÓN DE LA DRA. CECILIA SOSA GÓMEZ A LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

## SUMARIO

I. Vida y obra del académico Jesús Ramón Quintero. II. El trabajo de incorporación: la ética como fundamento de la justicia. Nota previa. Consideraciones preliminares. Capítulo I: Pensamiento ético. I.1. Orígenes del pensamiento sobre la ética. I.1.1. Referencia histórica. I.1.2. Cuatro pensadores con énfasis en la ética pública: Aristóteles; Maquiavelo (Nicolás); Immanuel Kant y Max Weber. I.2. Acercamiento a un concepto de ética. I.2.1. La moral y la ética. I.2.2. Datos para conceptualizar la ética. A. ¿Es posible un concepto de ética? B. ¿La ética es coactiva? C. Expresiones sobre la ética. a) Pública y privada. b) Ética pública y ética administrativa. c) Ética profesional. d) Ética de la investigación. e) La ética de la obligación. f) La ética de la responsabilidad. g) La ética de la transparencia. Capítulo II: Ética constitucional. II.1. Contexto de la inserción de la ética. II.1.1. La ética como valor. II.1.2. La ética como principio. II.2. Inclusión de la ética en la Constitución venezolana. II.3. ¿Tiene cabida en la Constitución una "ética socialista"? Capítulo III: Ética y justicia. III.1. La prioridad de lo justo. III.2. La legitimidad de la justicia. III.3. La ética y la justicia como rectoras de la vida social y política. III.3.1. Caracteres éticos que informan la justicia. III.3.2. Todo juez ejerce control constitucional. Capítulo IV: El juez ético. IV.1. ¿Qué significa ser juez? IV.2. La independencia y autonomía del juez. IV.2.1. El Código de Ética del Juez Venezolano. IV.2.2. El proceso deliberativo del juez. A. Cómo razona un juez. B. La corrupción en la perspectiva judicial. IV.3. Los deberes del juez. IV.3.1. La responsabilidad. IV.3.2. La conducta: la vida ética del juez. Conclusión. Bibliografía.

## I

### **VIDA Y OBRA DEL ACADÉMICO JESÚS RAMÓN QUINTERO (1942-2016)**

En la sesión celebrada el 21 de junio de 2016, ustedes miembros de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales me eligieron como individuo de número para ocupar el sillón N° 24, vacante ocurrida por no estar entre nosotros Jesús Ramón Quintero, abogado, quien ocupó el sillón desde el 20 de mayo de 2003 hasta el 01 de febrero de 2016.

El sillón 24, cuando se incorporó mi predecesor Jesús Ramón Quintero, estuvo representado por Tulio Chiossone y este a su vez sustituyó a Guillermo Tell Villegas Pulido. Ante estos hombres de bien, hoy asumo las funciones de miembro de esta Academia, no sin antes hacer un elogio a mi predecesor Jesús Ramón Quintero, con quien desde ahora establezco un nexo especial, así como con ustedes, académicos de esta corporación, deseando que las bondades y atributos de aquellos que han ocupado los sillones de cada uno de nosotros nos permitan cumplir con la misión encomendada, que no es otra que hablar por la experiencia y contribuir como referencia obligada a la construcción de un país signado por la libertad, la concordia y el estímulo a la excelencia de todos los venezolanos, en un momento en que las carencias materiales, la falta de derecho y de justicia, de valores y principios, nos obliga a luchar sin descanso por la idea que da vida a esta academia: propender al desarrollo de las ciencias políticas y sociales en el marco del Estado democrático social de derecho y de justicia, y advertir sobre las desviaciones en el ejercicio del poder público que pretendan dejar sin vigencia a la Constitución que nos rige.

La vida y obra de Jesús Ramón Quintero quedó escrita en la contestación del académico Tomás Enrique Carrillo Batalla, en ocasión del acto solemne de su incorporación a esta academia. De igual forma, quedó el aporte a la academia del discurso presentado en aquella oportunidad sobre “Los delitos e infracciones administrativas”.

De todas maneras, para las nuevas generaciones conviene recordar que Jesús Ramón Quintero nace en Maracaibo y se establece en Caracas desde que cumplió dos años; es ignaciano de formación y obtiene el grado de abogado en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de muchas generaciones en las facultades de Derecho de la Universidad Católica y Central de Venezuela.

A mi juicio, de la lectura y referencias familiares, en particular de su hijo Fernando Quintero Gonzalo y de su esposa Elia Gonzalo de Quintero, me permiten afirmar que toda la trayectoria profesional y docente de Jesús Ramón se centra en la dedicación y constancia al estudio, con preferencia en el derecho procesal penal, los delitos económicos, su trabajo y dedicación a la elaboración del Código Orgánico Procesal Penal y sus especiales temas de interés como la notificación de los actos del proceso, la correlación entre acusación y sentencia, la instrucción probatoria en el procedimiento acusatorio, la libertad de la prueba y su apreciación, por citar algunos aportes como trabajos publicados.

Se dedicó al tema de mercado de capitales y los delitos financieros, todas materias de su especialidad profesional, lo que no le impidió abordar la esencia procesal, como la inexistencia de la sentencia civil o trabajos dedicados al legado de Hans Kelsen sobre la interpretación judicial del derecho.

Un libro en sus manos era para él un tesoro, lo acariciaba y estudiaba en sus diferentes ediciones, y esa experiencia estaba unida al alma libre que lo caracterizó. En otras palabras, un libro era su escritorio, su casa, su vida y su familia.

Jesús Ramón era una persona tan libre que cuando le preguntaban por qué no había desempeñado un cargo público, él razonaba diciendo que no estaba seguro si podría someterse a normas de jerarquía propias de la función pública y menos de poderlas resistir.

Esa libertad hizo que viajara, cuando podía, en particular a España, Francia y Holanda; los emprendía para enriquecerse de conocimiento, iniciativas que contrastaban con el número de horas que de manera sedentaria pasaba en su biblioteca.

La otra dimensión del ejercicio profesional, su pasión, estaba unida indisolublemente a su sentido de la amistad; nunca dejó o abandonó a un cliente a la mitad de su defensa. Conocía las tensiones del ser y por eso se dirigió hacia los temas filosóficos, de ahí que Hegel, uno de sus preferidos, lo condujo a preparar un texto sobre filosofía del derecho, trabajo inédito que concluye cuando ocurre su muerte.

Un compromiso esencial de su personalidad era la amistad, sus amigos, y en ese contexto la relación de afecto, simpatía y confianza lo expresaba en la mesa, alrededor de la cual se podía compartir y lograba a través de ese medio mostrar y recibir afecto y unir lazos de interés mutuo.

Su pasión por la cocina, sus atributos de chef, los lucía en particular una vez al año para ofrecerlos a sus amigos, compañeros del San Ignacio, evento de encuentro que con el correr del tiempo se transformó en un rito que marcó su creatividad al idear platos con un toque de identidad nacional, como su amor por la torta negra, y lo contrastaba con su *Coq au vin*, o la *Quiche Lorraine*, entre otras muchas delicias de su carta gastronómica.

Retomando su fuerte en el área del derecho, unido a la libertad como paradigma, son los principios y valores lo que seguramente impulsa a Jesús Ramón a concentrarse en el derecho penal y en particular en el derecho procesal penal. Si bien hizo su posgrado en Madrid, se paseó por el derecho comparado (Bristol, Inglaterra), y no solo ejerció la profesión y fue profesor dedicado y constante, sino que actuó ante la Corte en Pleno y la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia con varias demandas de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad, en particular las relativas a la creación del Consejo de la Judicatura y la jurisdicción especial bancaria.

Su capacidad para moverse hacia otros temas a los que les dedicaría su atención, están referidos al derecho constitucional y al derecho público, de ahí que escribió notas sobre el proceso constituyente de

1999, trabajó en una teoría de la práctica de la sociedad civil (calumnia y difamación), buscó construir una teoría política de los derechos humanos, incursiona en temas ligados a la paz y la guerra, de allí su particular trabajo titulado “La guerra es más que un verdadero camaleón”.

Los estudios de Jesús Ramón Quintero sobre la libertad de la prueba en el derecho procesal penal, los testigos anónimos y testimonios secretos de los procedimientos penales, los delitos financieros, los aspectos teóricos de la instrucción probatoria en el procedimiento acusatorio, la correlación entre acusación y sentencia, la notificación de los actos del proceso, las situaciones jurídicas instrumentales en el proceso penal, el proceso penal militar, los delitos de opinión (la difamación y la calumnia), muestran una dedicación más intensa que la preocupación por dejar un legado: su interés se concentraba en aclarar enfoques jurídicos que le permitieran encontrar la retórica conveniente para utilizarla en juicio y transmitirla a la academia y aulas de clase.

Por eso insisto que mi predecesor amaba el derecho, que tenía una relación directa con su pasión con el proceso. De allí que actuar ante los tribunales y convencer al juez de sus argumentos, practicar la retórica e indirectamente hacer accesibles sus criterios para considerarlo conveniente, fueran utilizados en estrados y explican la variedad de temas de sus conferencias y escritos.

Las notas distintivas de la personalidad de Jesús Ramón seguramente sus ocho hijos las conocen bien, pero no es un secreto que coleccionaba diccionarios y el centro de su vida era su biblioteca.

Para concluir la evocación de la vida de Jesús Ramón Quintero me permito la licencia de nombrar algunos de sus amigos más cercanos—estoy segura de que le hubiera gustado—, me refiero a Andrés Velutini, León Henríque Cottin, Nicomedes Zuloaga, Carmelo Lauría, José Luis Aguilar, padre Luis María Olaso, Francisco García Bacca, José Melich Orsini, Gustavo Planchart, José Luis Aguilar, Tomás Enrique Carrillo Batalla.

Concluyo esta relación de la vida y obra de mi antecesor, diciéndoles que me enorgullezco de ocupar el sillón de Jesús Ramón Quintero.

## II

### LA ÉTICA COMO FUNDAMENTO DE LA JUSTICIA

#### NOTA PREVIA

He cometido el atrevimiento de presentar públicamente este trabajo, que busca con ahínco la relación de la ética con la justicia y cómo puede la ética regir el comportamiento del juez, en una realidad política y social donde no hay justicia y, por tanto, tampoco ética. Creo que por ello decidí asumir este desafío en tiempos tan oscuros, sin embargo, la República verá la luz y entonces puede que estas notas sean útiles.

El compromiso adquirido me obliga a continuar investigando sobre la materia, dado que me he propuesto acortar la distancia entre el principio universal y la singularidad del conflicto, lograr una dimensión ética de la justicia que esté más apegada a la realidad y menos divorciada de la acción y transformar a la ética como el punto de partida y el marco de comportamiento de todo aquel que asuma el cargo de juez.

Disertar sobre ética y justicia parece una paradoja en la Venezuela actual, al estar gobernados por personas que desconocen ambos principios y actúan en ruptura del orden democrático para instaurar su dominio de la nación, montados en una organización criminal.

Precisamente, frente a esa realidad que todos sufrimos, incluidos los venezolanos que andan por el mundo, mi deseo con este tema es traer un poco de frescura, un paréntesis en nuestro drama diario, como es en esencia no ser respetados en nuestra dignidad y no tener garantía del ejercicio de ningún derecho humano, e invitarlos a adentrarnos en cómo cambiará todo cuando viviendo la ética seamos ante todo ciudadanos justos.

#### CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Venezuela está dominada por el conflicto entre un régimen dictatorial y la democracia constitucional. Lo que vivimos en Venezuela demuestra que lo que tenemos como democracia y sociedad es producto histórico de nuestra realidad cultural y que requiere comprenderla.

Sin el conocimiento de la historia de los pueblos resulta difícil que entendamos el significado de la letra constitucional que nos ha regido desde 1811. Mirar el derecho es mirar su historia desde las experiencias culturales que la informan o las ignoran. ¿Por qué? Una sensibilidad especial se requiere en el abogado, historiador, investigador para conocer la naturaleza profunda de las instituciones jurídicas y cómo han evolucionado en el texto y en la aplicación.<sup>657</sup>

Si tenemos en cuenta nuestros rasgos culturales, la manera de razonar, la que va de lo concreto a lo abstracto, somos rebeldes, luchamos contra el orden establecido, la minoría que se instale en ese orden establecido, aunque robe, hay la creencia que esa “profesión” lo convierte en ciudadano. La situación geográfica de estar en el Caribe nos da el punto de partida: un espacio de interculturalidad poscolonial, donde la lucha anticolonial determina la presencia de una relación dominante entre colonizador-colonizado, lugar de desencuentro, en que la historia cultural y política está por hacer.

En nuestro acervo histórico, la presencia de la fuerza poscolonial en un Caribe que es diversidad y unidad, una combinación que marca la manera de razonar, produce construcciones imaginarias de la identidad, donde la subversión del orden dominante en la plantación o los límites de la encomienda siguen presentes. Contexto al que se suma la imprevisibilidad permanente de la naturaleza, donde prevalece la oralidad, la palabra y la memoria; es como una biblioteca invisible en la que siempre predomina la negación de la historia oficial, ya que está ligada a los vencedores.

Por eso somos una sociedad en conflicto, que encarna la resistencia, la insumisión para restaurar la comunidad y la reapropiación de la cultura, en el marco de un intenso proyecto de descolonización; se lucha por la recuperación de una memoria colectiva común, frente a una historia oficial en la que se ignora la visión problemática de la plantación o la encomienda esclava, pero se usa su método de dominación.

Lo transcultural dominante convive con la siempre búsqueda del destino colectivo de los de abajo; una y otra vez se plantea un proyecto de emancipación, lo mágico-religioso, la distancia entre el discurso y la

---

<sup>657</sup> Roberto Scarciglia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, p. 25.

realidad, la participación de esta cultura con la cultura europea, el conflicto entre arraigo y desarraigo, el proceso de reconstrucción, marcado por la violencia estructural y diferencias étnicas, el acá (Caribe), el allá (Europa) y el más allá (África).

Al contexto socio-histórico descrito se suma la legalidad poscolonial, en la que la fidelidad a las teorías de la Revolución Francesa sobre el Estado y la compatibilidad con el nacionalismo independentista, no dejó de atender el modelo de autoridad colonial, a cuyos representantes se derrotó en la Independencia, y que no abandonó ese modelo fundacional como copia al carbón. De allí que los venezolanos no sean monárquicos, pero sí presidencialistas, no colonialistas pero centralistas.

La débil institucionalidad republicana nació bajo la desviación de sustituir el concepto de ciudadano por el de soldado, de manera que el poder estaba en manos de quien controlara las armas; por eso el dilema en nuestra historia es vencer, no convencer. A los autócratas del siglo XIX y XX les ha importado poco o nada el orden legal e institucional, como no sea para dominarlo.

Por eso cuando hacemos la declaración de Estado democrático a este se le identifica como monopolio de Estado. Naturaleza monopólica del poder que lo reforzó el petróleo y empezó el ensamblaje de campesinos y obreros a las ciudades, lo que nos convirtió en un mercado de consumo de importaciones. Renacen las enseñanzas de la Colonia: la riqueza del subsuelo es del Estado, sean minerales conocidos, el oro, la plata y el estaño, y luego el petróleo.

Venezuela hoy está sin República, sin libertad, sin justicia, sin democracia ni política ni económica. El petróleo compró a Venezuela y provocó su más honda transformación. Ahora el régimen va por los minerales del “Arco minero del Orinoco”<sup>658</sup>: bauxita, coltán, tierras raras, diamante, hierro, oro, cobre, caolín y dolomita. Resulta insólito que una y mil veces recurren al padre de la patria. ¡Sálvanos!

Esta actitud primitiva del ejercicio del poder contrasta con sometimiento de ese poder al control popular, consagrado en el texto constitucional y en ejercicio de la democracia participativa. En Venezuela

<sup>658</sup> República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial* N° 40.855 de 24 de febrero de 2016. Decreto 2.248 mediante el cual se crea la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional “Arco Minero del Orinoco”.



la realidad es otra. El poder ciudadano está sometido a la voluntad de una persona que ejerce todo el poder y es quien dice conocer lo que es “bueno” o “malo” para todos los venezolanos. Triste entrada del tema de la ética en el ejercicio del poder.

La comprensión histórica de lo que somos como país debe llevarnos a entender la justificación y configuración del ordenamiento constitucional concreto y la realidad que esa Constitución está llamada a ordenar, no para que sea una mera referencia, sino que se cumplan las tareas que corresponden en una democracia al Estado y a las personas que se rigen por ella.

No hay duda de que la arquitectura del Estado y el cumplimiento de sus tareas constitucionales y legales es un ordenamiento que debe ser éticamente recto, y por ende legítimo. Es decir, que los principios fundamentales del ordenamiento jurídico no se reducen a la vida estatal, sino que la Constitución ordena las esferas vitales de derechos fundamentales orientados por determinados principios dotadores de sentido, para dar forma jurídica a una comunidad. Ahí están la ética y la justicia.

Las tendencias mundiales están signadas por una sociedad que busca nuevas formas de democratización, ante el agotamiento de estructuras tradicionales de autoridad y de poder. El valor supremo de la Constitución es el respeto a la dignidad humana y la Constitución lo expresa calificándola de inviolable, respetada y protegida.

Por eso, uno de los temas a considerar para recuperar la vigencia plena de la Constitución, es la ética. Ya no parece posible mantenernos solo en los paradigmas jurídicos tradicionales, con criterios formales procesales de recuperar las competencias constitucionales y apegarnos a los procedimientos establecidos. Estamos obligados a renovar los paradigmas tradicionales del positivismo del texto escrito. Ya resulta insuficiente invocar la seguridad jurídica y el principio de legalidad para identificar la pertenencia al ordenamiento.<sup>659</sup> Requerimos de paradigmas renovados, incorporando a la definición del derecho las dimensiones de la ética, y en particular un comportamiento judicial de los operadores de justicia para disponer de soluciones jurídicas correctas en las cuales intervengan elementos de naturaleza heterogénea y en las que

---

<sup>659</sup> Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial*, p. 26.

resulta fundamental, además del conocimiento, la formación de la personalidad individual para el desempeño de tan importante función.<sup>660</sup> Es decir, la ética trabaja en el fuero interno del razonamiento del juez<sup>661</sup> y al mismo tiempo en el asunto a valorar y razonar para sentenciar, atendiendo al iter normal de producción normativa que resulta aplicable.

Tenemos entonces que por una parte el derecho incorpora su espíritu al cuerpo de una norma creada con los criterios que establece el órgano y, por la otra, el procedimiento que da vida a cada tipo de normas (Constitución, ley, etc.), que al hacer compatible la exigencia formal del positivismo, incorpora al derecho por las vías regladas la ética al objeto de los actos que el ser humano realiza de modo consciente y libre; es decir, aquellos actos sobre los cuales las personas ejercen de algún modo un control racional, no limitándose a observar cómo se realizan tales actos, sino que busca emitir un juicio sobre estos, permitiendo determinar si un acto ha sido éticamente bueno o malo. De allí que la ética se la relaciona con el derecho y con la ley. Al ser conductas o pautas de la conducta humana, la ética constituye la dimensión normativa asociada al actuar de los integrantes de una sociedad.

Lo cierto es que hablar de ética nos conduce a dos tipos: la ética de la convicción, referida al hombre de fe y cuyo resultado está en manos de Dios, y la ética de la responsabilidad, según la cual es necesario responder de las consecuencias previsibles de las propias acciones o de la omisiones, y en cuyo caso se la identifica con el hombre de Estado, el que asume una función pública (en ciencia política se le llama conductor de hombres a aquel que crea la ciudad terrena), como también se la identifica con el ciudadano, tanto en lo individual o como grupo de intereses.

La diferencia en ambos tipos de ética contrasta en que para el hombre de fe lo que cuenta es la pureza de las intenciones y la coherencia de la acción e intención. Mientras que para el hombre de Estado o el ciudadano, lo que enarbola la ética, lo que cuenta, es el resultado. Se juzga por el éxito logrado.

---

<sup>660</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>661</sup> La ética que no es directamente jurídica por sus contenidos.

Efectivamente, la ética es una relación con y entre personas. Es la instancia desde la cual juzgamos y valoramos la forma como se comporta el hombre y, al mismo tiempo, la instancia desde la cual formulamos o aplicamos principios y criterios acerca de cómo debemos comportarnos y hacia dónde debemos dirigir nuestra acción. Designamos así con la palabra ética el comportamiento, la conducta, el actuar de la persona.

Hoy la ética no pretende decir a las personas lo que tienen que hacer, solucionar, sino orientar. La ética no pretende ni siquiera orientar el pensamiento, se concentra más en las acciones. No se preocupa por lo que se piensa, sino en lo que hace. No es un saber teórico, sino práctico. Se utiliza la razón para orientar, razonar por qué se actúa de una manera y no de otra. Las personas no solo actúan, sino que además tienen razones. Por tanto, la ética no se ocupa de acciones puntuales, se trata de labrar actitudes. La ética, por ende, se preocupa de la conducta.

Por eso la ética no es conocimiento, pero la razón puede hacer mucho en la ética: puede ayudar a analizar y establecer los fines elegidos y deseados, puede demostrar que la realización de un valor puede hacer que pisoteemos otro valor igualmente aceptado como bueno, puede conducir al análisis de un mayor número de alternativas en la solución de un problema ético, puede hacernos más responsables poniendo ante nosotros las consecuencias de nuestras decisiones, puede hacernos comprender que la ética de la interacción no basta, ya que la misma tiene que tener siempre en cuenta la ética de la responsabilidad, las inevitables consecuencias no intencionadas de las acciones humanas que pueden producir resultados no solo distintos, sino incluso contrarios a los fines propuestos y queridos. Por tanto, la razón ayudará a inferir el contenido de las normas, sin cuyo componente estaríamos enjuiciando de forma incompleta los asuntos constitucionales de justicia, actuales y futuros.<sup>662</sup>

Es lo cierto que en principio la ética no es coactiva, no impone castigos legales, sus normas no son leyes pero ayuda a la justa aplicación de las normas legales en un Estado de derecho, es decir, promueve una autorregulación sin ser punitiva desde el punto de vista jurídico. Ella está excluida del conjunto de normas, tratados y leyes que

---

<sup>662</sup> Darío Antiseri, *Principios liberales*, pp. 30 y 31.

obligatoriamente debemos acatar y cumplir; sin embargo, esos instrumentos deben ser elaborados considerando la ética de la conducta humana, ya que reflejan como producto el estudio y la reflexión de la conducta a seguir ante los hechos que cotidianamente se nos presentan. No está en la norma pero contribuyó a impregnarla de ética.

El planteamiento del presente trabajo es escrutar cómo la ética es el núcleo duro de la justicia, auscultar cómo se incorpora la ética en la construcción de normas y en la aplicación de las mismas, lo cual obliga a observar cuánto de ética hay en los operadores del sistema de justicia.

Cuando la conducta ética se le pide a un funcionario, esta se relaciona con la labor que esa persona debe cumplir, quien ejerce una función pública, de allí que se le someta a una actuación que exige y conlleva responsabilidad y siguiendo los requisitos exigidos para el desarrollo de esa actividad.

La pregunta obligada es cómo la ética aplicada en el caso de la función pública se asocia con la ética ciudadana, que se nutre más de los deberes. Esta interrogante buscará ser resuelta, ya que la Constitución como norma ética en todo su extenso contenido es igualmente válida para todos, sin considerar cuál es el desempeño frente a ella. Esta afirmación tiene sustento cuando compruebo que no es colocándome como actor particular de la Constitución como resuelvo su aplicación general, ya que entonces cada uno invocaría su particularidad profesional u oficio e invocaría hasta derechos de las minorías para apartarse de la ética constitucional. Por ejemplo, hablar de la ética militar, o la ética indigna, o la ética del juez, o la ética económica por no dejar de referirme a una actividad o tipo de función y alejarme de las personas que integran ese grupo profesional o de intereses, muestra la dificultad de llegar a una teoría de la ética constitucional que se imponga por encima de las éticas profesionales o sectoriales antes señaladas.

La ética y la Constitución son conceptos próximos. La idiosincrasia del pueblo, la historia y la sociología de sus acontecimientos, las carencias axiológicas, la formación ciudadana, la educación en los principios, la concepción del derecho, valora igualmente la existencia del diálogo entre historia y razón.

La ciencia jurídica establece normas que describen e integran aquello que favorece y perjudica al ser y la vida. Ahora bien, la teoría pura

del derecho avanzó respecto a la complejidad en que el derecho positivo era acosado por nuevos saberes y el derecho natural. Sin embargo, la teoría pura simplificó y aisló el derecho en las normas, apartó el pensamiento jurídico de las posibilidades de relacionarse con la realidad, lo que resulta de especial gravedad en los días de nuestro cambio de era de la historia. Me refiero a las particularidades del nuevo tiempo, signada por los cambios en la internacionalización (incluye la integración), la revolución de las comunicaciones, la información y todo lo relativo a la genética humana. Por eso debemos preguntarnos cuál es la ética que hoy conocemos y aplicamos para dirimir los conflictos en la sociedad.

La demanda de más ética para los funcionarios, los empresarios, los ciudadanos, obliga a exigir más ética para los jueces y abogados que transitan e invocan justicia en nombre de sus representados. Ello nos coloca en la ética de la persona frente a la mirada del otro, frente al reconocimiento del otro.

## CAPÍTULO I

### PENSAMIENTO ÉTICO

#### I.1. Orígenes del pensamiento sobre la ética

##### I.1.1. Referencia histórica

La ética es un tema constante desde que el hombre está en compañía de otro, dada su esencia gregaria.

El filósofo heleno Pitágoras (siglo VI a.C.) desarrolló una de las primeras reflexiones morales a partir de la religión griega del orfismo, que asumía que la naturaleza intelectual es superior a la naturaleza sensual y que la mejor vida es la que está dedicada a la disciplina mental.

En el siglo V a.C. los sofistas enseñaron retórica, lógica y gestión de los asuntos públicos, mostrándose escépticos en lo relativo a sistemas morales absolutos. Protágoras enseñó que el juicio humano es subjetivo y que la percepción de cada uno solo es válida para uno mismo. Esta posición contrasta con la de Trasímaco, quien sostuvo que la fuerza está en el derecho; de allí la frase que define la justicia como “lo justo no es otra cosa que lo que conviene al más fuerte”, es decir, justo no es otra cosa que lo que la autoridad instituida decide. Ahí está la fuerza.

Por su parte Sócrates se opuso a los sofistas; su posición filosófica, representada en los *Diálogos* de su discípulo Platón, puede resumirse así: La virtud es conocimiento; la gente será virtuosa si sabe lo que es virtud; y el vicio o el mal es fruto de la ignorancia. Así, para Sócrates, la educación es aquello que constituye la virtud y es lo que permite conseguir que la gente sea y actúe conforme a la moral.

Platón aborda la ética desde diferentes ángulos. Uno es la ética individual, desde la perspectiva de una justicia dentro del alma, y la ética pública, con una compleja teoría del Estado, que encuentra complementos y puntos de vista diferentes en otras dos obras, como son: *El político* y *Las leyes*. En la *República* sostiene que cada uno, incluyendo a los dirigentes, está sometido a la ley. En sus *Diálogos* sostiene que la virtud humana descansa en la aptitud de una persona para llevar a cabo su propia función en el mundo. El alma humana está compuesta por tres elementos –el intelecto, la voluntad y la emoción–, cada uno de los cuales posee una virtud específica en la persona buena y juega un papel específico. La virtud del intelecto es la sabiduría o el conocimiento de los fines de la vida; la de la voluntad es el valor, la capacidad de actuar; y la de las emociones es la templanza o el autocontrol. El ciudadano es definido por su facultad de participar en el poder deliberativo, en la magistratura y el poder judicial. El poder político se ejerce sobre la gente del mismo género de aquellos que dirigen, de allí la máxima: “El buen ciudadano debe saber y poder obedecer y dirigir”.<sup>663</sup>

La más importante obra de Aristóteles se basa en la premisa de que todo ser humano busca la felicidad y cumplir la función propia, la vida plena, realizar su actividad superior con autonomía, siempre que se pueda elegir y decidir qué acciones son morales, mientras no lo serán las acciones padecidas, compulsivas o forzosas. Por ello, lo que es moral es lo que depende de la voluntad, si se actúa de modo correcto, y ello depende de su ámbito de acción y atendiendo a las costumbres de la comunidad a la que se pertenece (si es éticamente sana) y se aprende con la educación. La ética y la política para Aristóteles constituyen dos ciencias prácticas distintas pero inseparables. La política es la ciencia

---

<sup>663</sup> Jean-Marc Piotte, *Les grands penseurs du monde occidental. L'éthique et la politique de Platon a nos jours*, p. 39.

arquitectónica de la cual dependen las otras ciencias prácticas, comprendida la ética.

Ahora bien, el advenimiento del cristianismo marcó una revolución ética, realzó como virtudes el ascetismo, el perdón, la misericordia, la fe, el amor no erótico, que hasta ahora apenas habían sido considerados importantes. Se da el momento en que la ética asume elementos de doctrinas clásicas de la felicidad; es decir, el fin del actuar humano consiste en obtener el bien que nos hace felices y lo une a la doctrina cristiana, donde vivir desde el Evangelio es lo que le permite al hombre alcanzar la plenitud y el bien supremo. Dos nombres: San Agustín y Santo Tomás de Aquino, especialmente este último en *Suma de Teología*, recogen numerosos elementos de la ética de Aristóteles.

La influencia de las creencias y prácticas éticas cristianas disminuyó durante el Renacimiento. La reforma protestante cambió el énfasis sobre algunas ideas, incorporando otras. Según Martín Lutero, la bondad de espíritu es la esencia de la piedad cristiana.

El jurista y teólogo francés Hugo Grocio centra su pensamiento en las obligaciones políticas y civiles de la gente dentro del espíritu de la ley romana clásica. Grocio afirmaba que la ley natural es parte de la ley divina y se funda en la naturaleza humana, que muestra el deseo por lograr la asociación pacífica con los demás y una tendencia a seguir los principios generales en la conducta. Por ello sostenía que la sociedad está basada de un modo armónico en la ley natural.

Es una constante que los filósofos éticos modernos descansan en el mundo antiguo. Descartes, con sus elementos de ética en el *Discurso del método*. Dentro del racionalismo, Baruch Spinoza elabora una propuesta ética de modo más amplia y sistemática, y David Hume, para quien la justicia es una virtud pública, fundada en las convenciones humanas, apoyada en la educación y reforzada por el Estado, da seguridad a personas y bienes, de manera que el asunto ético, en el trabajo de Hume, se concentró en comprender los motivos profundos de las acciones humanas, en particular cómo la opinión pública juzga la reputación, el mérito o el demérito, los logros o errores, según la justicia o injusticia de sus actos.<sup>664</sup>

<sup>664</sup> Jean-Marc Piotte, *Les grands penseurs du monde occidental*. ...Ob. cit. ,p. 268.

En la *Carta sobre la tolerancia* de 1689,<sup>665</sup> John Locke fijará su posición definitiva sobre el tema, con puntos de vista que señalan claramente la distinción entre ética pública y ética privada, algunas de las afirmaciones que separan la Iglesia del Estado y prepara la distinción entre la moral y la ética. Algunos párrafos nos lo confirman:

1. “... Es necesario distinguir el menester civil y el religioso, estableciendo la frontera entre la Iglesia y el Estado. Sin esto no se pondrá fin a las controversias entre quienes tienen o simulan tener interés por la salvación de las almas...”.

2. “... Considero que el Estado es una sociedad constituida para conservar y organizar intereses civiles como la vida, la libertad, la salud, la protección personal, así como la posesión de cosas exteriores, como tierra, dinero, enseres, etc. Así, la jurisdicción del gobernante alcanza solo estos derechos civiles y todo el interés civil se reduce al cuidado de estas cosas; no puede ser extendido bajo ningún pretexto a la salvación de las almas...”.

3. “... En el país donde no hay más que una única religión verdadera y un único camino que lleva al cielo, ¿qué esperanza existe de llevar a la gloria a un mayor número de hombres si se condiciona al mortal para que posponga la guía de su conciencia y abraza la forma de venerar de su señor, conforme a lo establecido en las leyes del país?”. Aquí hay una crítica clara a la solución de la Paz de Ausburgo *cuius regio eius religio* y también a todos los Estados confesionales que solo consentían una única religión, incluida la Inglaterra de su tiempo.

4. “... Pensemos ahora lo que es la Iglesia. Entiendo que es una asociación libre de hombres que de común acuerdo se reúnen públicamente para venerar a Dios de una manera determinada que ellos juzgan grata a la divinidad y provechosa para la salvación de las almas... Nadie está ligado por la naturaleza a Iglesia o secta alguna, sino que cada hombre se une a ellas voluntariamente porque cree haber encontrado la verdad religiosa, el culto más sincero a Dios...”. La práctica de las iglesias que pretenden asegurar las incorporaciones con el sacramento del bautismo conferido en los primeros días del recién nacido, se opone

<sup>665</sup> Locke, John, *Carta sobre la tolerancia*, en Miranda, Carlos, *Selección de escritos políticos de John Locke*, Estudios Públicos, Disponible en [https://www.ddooss.org/libros/carta\\_tolerancia\\_John\\_locke.pdf](https://www.ddooss.org/libros/carta_tolerancia_John_locke.pdf)



frontalmente a esta opinión de Locke, y la consecuencia es simplemente posponer a una edad posterior la toma de decisión sobre el mantenimiento o el alejamiento de una institución donde se ha entrado sin ser consciente de ello.

5. “... Ningún hombre puede atentar o disminuir los derechos civiles de otro por el hecho de que este se declare ajeno a la religión o rito de aquel. Los derechos que le pertenecen como ciudadano deben rodearle permanentemente, ya que no son asuntos de religión...”. Es una hermosa forma de regalar la libertad de conciencia, pero también una afirmación sobre la incompetencia de la Iglesia para decidir o expresar un dictamen vinculante sobre temas civiles.

6. “... Las iglesias no tienen autoridad alguna sobre cuestiones mundanales. Ni el fuego ni el hierro son instrumentos idóneos para vencer a las conciencias ... Cualquiera que sea el origen de esa autoridad, siempre debe estar confirmada dentro de los límites de la Iglesia y no debe ser extendida a los asuntos mundanos, puesto que la Iglesia es algo muy diferente del Estado y de los asuntos mundanos...”.

El enfoque de Alexis de Tocqueville en sus trabajos se refiere a la esencia del poder judicial y cómo su misión es ocuparse de los intereses de los particulares y estar a disposición de toda persona que se sienta lesionada en sus derechos. Este pensador insiste en que las personas en una sociedad democrática para poder contar con el apoyo de otros, tienen necesidad de un poder judicial independiente, de un juez autónomo para protegerse contra la tiranía y el conformismo de la mayoría. A su juicio, es esencial defender la dignidad personal, el derecho a la individualidad y entender que el ataque contra un individuo es un ataque contra el derecho de todos los individuos. Observamos cómo Tocqueville se adelanta en lo que luego constituye una exigencia ética para el poder judicial.

Ya en el siglo xx los aportes existencialistas desarrollan el sentido de la opción de responsabilidad como aporte al estudio de la ética. Max Scheler elabora una fenomenología de los valores; Alain Badiou busca demostrar que esta tendencia de asociar la ética a las opiniones y a las instituciones, como cuestión de ética resulta una amenazante denegación de todo pensamiento. Recientemente han aparecido diversos estudios sobre el papel de las emociones en el desarrollo del

pensamiento ético—lo ha indicado Richard Rorty— y la búsqueda de diversas versiones rivales de la ética ha ocupado el interés de los filósofos como Alasdair MacIntyre, quien subraya la importancia del bien moral, definido en relación con una comunidad de personas involucradas en una práctica —concepto central de su obra *After virtue*.

Es trascendente resaltar el pensamiento de Hannah Arendt, quien desarrolla las dos grandes facultades del espíritu, la razón y el intelecto, que se distinguen por el tipo de actividad mental y el tipo de preocupación. El pensamiento es el que tiene significado para el primero, el saber y la verdad para el segundo. La integridad tiene aquí la fuerza ética de la que se va a nutrir el juez.

Por su parte John Rawls establece los principios fundamentales de la justicia, uno la libertad y el segundo la igualdad, y con ellos configura la concepción justa del bien, por cuanto estos principios sostienen las estructuras de base de la sociedad (las instituciones económicas, sociales y políticas) y sus interacciones, y para que estas estructuras sean justas deben permitir que cada uno viva la vida que quiera, ofreciéndoles la posibilidad de escoger su concepción de vida buena y entregándoles los medios para realizarla, respetando la pluralidad de la concepción del mundo. La justicia determina los derechos y deberes de cada uno, así como los medios que permiten aplicarlos.

### **I.1.2. Cuatro pensadores con énfasis en la ética pública: Aristóteles, Maquiavelo (Nicolás), Immanuel Kant y Max Weber**

Aristóteles afirma que todo en acto humano tiene un fin y ese fin es la felicidad. Aristóteles muestra que el fin ha de ser específico del hombre, y esto es la contemplación, a la cual ayuda la virtud necesariamente, pues la virtud busca el medio que le da la recta razón del individuo (La ética nicomáquea). La virtud no viene directamente del conocimiento porque esta requiere el hábito. Asimismo sostiene que la felicidad no es un estado sino una actividad. De manera que ambas circunstancias no se cumplen en un acto aislado. Todo acto tiene un fin y ese fin es que la felicidad no se consigue con el mero placer, la

felicidad es consecuencia de la virtud. La doctrina aristotélica en torno a la felicidad se desarrolla ampliamente en la *Ética eudemia*, obra en la cual se consigue el pensamiento de Aristóteles en cuanto a la moral y el comportamiento humano. El bien supremo de este comportamiento humano es la formulación de la felicidad y los medios a través de los cuales ella puede lograrse (La ética eudemia).

La ética pública y la privada difieren porque el hombre tiene un fin en sí que no es absorbido totalmente por los fines del Estado. La ética aristotélica es incomprensible al margen de la política, porque por encima de la felicidad del individuo está la felicidad del todo, o sea, de la polis (ciudad).<sup>666</sup> Según Aristóteles, la excelencia del ser humano se alcanzaba cuando se desarrollaban aquellas virtudes que contribuyen a fortalecer la comunidad política, por lo tanto, no concibe una felicidad individual, la vida privada sin referencia a la comunidad.

Aristóteles plantea la felicidad como una actividad del alma, ese interior de cada ser en cuyo seno existe una parte volitiva y una intelectual, siendo esta última la que ha de guiar el comportamiento del ser humano. La felicidad es en consecuencia exclusiva del hombre, pues implica la intervención plena del elemento intelectual en la acción individual y la virtud será el punto de equilibrio que toda persona debe procurar si de lo que se trata es de lograr la felicidad y ella es perfectamente viable bajo el entendido de que el hombre debe optar por el desarrollo de actividades propias del alma y más concretamente de la parte racional.

Ver al individuo solo como ciudadano sería un retroceso sobre la conquista moderna de los derechos individuales.

Nicolás Maquiavelo califica como un pensador sin un sistema filosófico concreto. El libro *El príncipe* presenta o describe una serie de situaciones que deben ser resueltas por el gobernante de manera fría y pragmática. Para este autor, el poder tiene su propia ética (la *ratio stato* o la razón del poder), la de su conservación. Lo que es bueno para el mantenimiento del poder es bueno, a contrario *sensu*, si se pierde el poder por alguna razón, es malo.

<sup>666</sup> Luis Santiago Grimmer y Federico Nicolás Lombardía, Política y ética en Aristóteles y Maquiavelo: un contrapunto para pensar la felicidad política, en *Anacronismo e irrupción*, Disponible en <http://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/anacronismo/article/view/1037>

Maquiavelo<sup>667</sup> separa la política de la ética tradicional; crea una ética que difiere con la ética tradicional, la suya favorece el Estado fuerte, su poderío y la conservación del poder, pero lo que se debe garantizar –sostiene– es el cumplimiento de las leyes por parte de los súbditos, pero no por parte de los príncipes, los que están autorizados para incumplir los preceptos éticos si es necesario para el cumplimiento del fin máximo, que consiste en alcanzar el poder y conservarlo. Es preciso un arte que no es precisamente el del tirano, pero tampoco el del hombre bueno, porque la bondad no siempre se compagina bien con los fines políticos.

Sostenía Maquiavelo: solo un Estado fuerte,<sup>668</sup> gobernado por un príncipe astuto y sin escrúpulos morales, puede garantizar un orden social justo que frene la violencia humana. Fue el primero en usar la palabra Estado en su sentido moderno.<sup>669</sup> Algunos le atribuyen la invención de la dictadura moderna y su consiguiente *realpolitik* como expresión específicamente distinta de las antiguas formas de totalitarismo. Sus ideas políticas estaban impregnadas de sentido práctico y una visión realista de gobierno. Recomienda en sus *Escritos* a los que quieren hacer política que para tener éxito es necesario obtener, conservar y ampliar el poder como un fin en sí mismo. Este punto de vista de Maquiavelo significa que la lógica de la política reside en su divorcio de la ética.<sup>670</sup>

<sup>667</sup> Oscar Pérez de la Fuente, *Modelo ético maquiavélico*. Estrategia Minerva [página web en línea], 2013, Disponible en <http://webphilosophia.com/estrategia/modelo-etico-maquiavelico/>

<sup>668</sup> Maquiavelo, Nicolás (1469-1527), Mgar.net [página web en línea] Disponible en <http://www.mgar.net/var/maquiave.htm>

<sup>669</sup> Al igual que Aristóteles, Maquiavelo opinaba que cuando el hombre se aparta de la ley y la justicia, se convierte en el peor de los animales. En este sentido, el historiador de las ideas, George H. Sabine, afirma que el publicista florentino es “el teórico político del hombre sin amo, de una época de bastardos y aventureros, donde el individuo se encuentra solo, sin más motivos ni intereses que los proporcionados por su propio egoísmo. En esto representa una fase de todas las sociedades modernas, pero la representa en la forma exagerada, propia de la Italia del siglo XVI” (*Historia de la teoría política*), <http://rafaelnarbona.es/?p=97>

<sup>670</sup> Este planteamiento y el que paralelamente, y con influencias comunicadas, se desarrollará en el siglo XVIII francés, marcará la evolución del constitucionalismo, con resultados análogos en Europa y en Estados Unidos de América, pese a que la cultura política americana esté impregnada de religiosidad. Las posturas de la Iglesia católica, muy reacia a aceptar la distinción entre ética pública y ética privada hasta este mismo siglo, y aún hoy con un renacimiento de las viejas actitudes, contrastan con la aceptación en los países influidos por el protestantismo. La hipótesis que a mi juicio explicaría la diferencia, está en el pluralismo

Esta visión es ciertamente antiética; la vida pública parece guiarse solo por un solo principio, que es “la perpetuación del príncipe”. Aquí no parece haber un espacio para la ética.

Immanuel Kant parte de la diferencia entre el bien y el mal como algo real, por tanto, todos los seres humanos disponemos de la capacidad de razonar en cada momento si algo es bueno o es malo moralmente, por ende, la capacidad de distinguir entre el bien y el mal es innata, como el resto de cualidades de la razón.

Corresponde a Kant rechazar una fundamentación de la ética en lo que no sea un imperativo moral (de ontologismo formal), pues si la moral se orienta a buscar la felicidad, no podría dar ninguna norma categórica universal. Por ello sostenía que no importa con cuánta inteligencia actúe el individuo, los resultados de las acciones humanas están sujetos a accidentes y circunstancias; por lo tanto, la moralidad de un acto no tiene que ser juzgada por sus consecuencias sino por su motivación ética. Solo en la intención radica lo bueno, ya que es lo que hace que una persona obre no a partir de la inclinación, sino desde la obligación, que está basada en un principio general, que es el bien en sí mismo. Podemos decir entonces que el imperativo categórico es un mandato, el cual “obra como si la máxima de tu acción pudiera ser erigida, por tu voluntad, en ley universal de la naturaleza”. Por tanto, la reflexión esencial de Kant se centra en cómo organizar las libertades humanas y de los límites morales.

La distinción de Kant en cuanto al uso teórico y el uso práctico de la razón, lo lleva a señalar que en su uso teórico estudia en la *Crítica de la razón pura*, cómo la razón constituye o configura el objeto que se da en la intuición mediante la aplicación de las categorías; en su uso práctico estudiará en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* y en la *Crítica de la razón práctica*, que la razón es la fuente de sus objetos: la producción de elecciones o decisiones morales de acuerdo con la ley que procede de ella misma.

La ética para Kant es un hecho: disponer de una buena voluntad. La inteligencia, el valor, la riqueza y todo lo que solemos considerar

---

protestante, que neutraliza las pretensiones de trasladar su verdad al ámbito público, frente al monolitismo jerárquico de la Iglesia católica, que favorecía esa extensión.

valioso dejan de tenerlo y se vuelven incluso cosas perniciosas si van acompañados de una voluntad torcida. También la felicidad, meta de muchas teorías éticas, tiene un valor relativo frente a la buena voluntad, ya que la felicidad del malvado genera repulsión al observador objetivo, por tanto, a su juicio, solo somos dignos de ser felices cuando poseemos una buena voluntad.

La defensa de una ética de principios, en que el criterio ético será la universalidad y la publicidad, es decir, si lo que haga puede ser hecho por todos, entonces es bueno. Pero aceptar este principio significaría que pocas veces podríamos actuar bien. Por lo tanto, parece que Kant coloca a lo ético tan alto, que se muestra como un pesimista moral. Así, la convergencia entre moral y política nunca se dará. Esta parece ser una moral tan excelsa como inalcanzable. En tales términos, se le cuestiona que no desciende a los terrenos concretos, sin embargo, sus fórmulas siguen siendo válidas, aun cuando el problema moral está más acá de ellas y puede que en la aplicación del criterio no nos resuelva automáticamente el conflicto.

Max Weber, filósofo y jurista, contribuye con dos textos que marcan su obra: la *Ética protestante* y el *Espíritu del capitalismo* (1904-1905) sobre el que luego volverá en la *Ética económica de las religiones mundiales* (1915-1920). El tema de ambas obras es el capitalismo, tema que le interesa como expresión de la especificidad del mundo occidental y de la racionalidad moderna como un hecho determinante en el destino del hombre, sin embargo, Weber<sup>671</sup> no ve una causalidad económica determinante en la historia, sino una sincronía de elementos, religiosos, económicos, éticos... que al entrecruzarse en un determinado momento dan origen a una determinada racionalidad capitalista. A su juicio, la “mentalidad económica”, es capaz de elaborar el “ideal tipo” capitalista, cuando la creación de riqueza se convierte en un imperativo moral.<sup>672</sup>

<sup>671</sup> *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Lucia Cicerchia y Tomás Rodoreda, *El concepto de ética en la obra de Max Weber*, Academia [página web en línea], s.f. Disponible en [http://www.academia.edu/12652395/El\\_concepto\\_de\\_Etica\\_en\\_la\\_obra\\_de\\_Max\\_Weber](http://www.academia.edu/12652395/El_concepto_de_Etica_en_la_obra_de_Max_Weber)

<sup>672</sup> Hay un momento, se sitúa cercano a la época de Lutero, en que la palabra alemana *beruf* (“vocación”) pierde su sentido religioso y se convierte en “profesión” o, mejor incluso, en

El enfoque de su pensamiento hacia los conceptos de “responsabilidad” y “convicción” expresan la tragedia de la política en forma eminente, en la medida en que son los polos en que se mueve la acción política. Ambos extremos se necesitan y se repelen mutuamente. De allí que concluye que un político sin convicciones es, sencillamente, un oportunista, un profesional de la manipulación y un vendedor de humo. Pero un político sin conciencia de su responsabilidad, perdido en su mundo neurótico de utopías irrealizables, conduce a la derrota segura. Una cita del texto lo constata: “La pasión no hace al político si éste no es capaz de convertir la responsabilidad al servicio de la causa en el norte de su actividad política”.<sup>673</sup>

Weber<sup>674</sup> opone dos lógicas políticas que son dos éticas:

La “ética de la convicción” está animada únicamente por la obligación moral y la intransigencia absoluta en el servicio a los principios.

La “ética de la responsabilidad” [*Verantwortungsethik*] valora las consecuencias de sus actos y confronta los medios con los fines, las consecuencias y las diversas opciones o posibilidades ante una determinada situación. Es una expresión de racionalidad instrumental, en el sentido de que no solo valora los fines, sino los instrumentos para alcanzar determinados fines. Esta racionalidad instrumental es la que conduce al éxito político.

La distinción importante para Weber es: el político es el hombre de acción, no puede regirse solo por una ética de principios. Debe, además, atender a las consecuencias de sus acciones y decisiones. Así, es fácil que el político no pueda ser un pacifista a ultranza ni un fiel servidor de los principios de una moral específica, sino que tiene que responder de lo que hace ante los gobernados. Sus principios, que debe tenerlos, tendrán que ser flexibles, no unos principios rígidos e indestructibles sean cuales sean las consecuencias de su aplicación. Esto no quiere decir que

---

una mezcla de ambas: “vocación” y “profesión”. El “ideal tipo” capitalista se ubica mejor en Benjamín Franklin, cuando atesorar se convierte en una acción moral y usar a otras personas para hacer dinero llega a convertirse en una virtud.

<sup>673</sup> *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Ob. Cit.

<sup>674</sup> Ramón Alcoberro, *Introducción a Max Weber (1864-1920)*. Filosofía i Pensament Ramón Alcoberro [página web en línea], s.f. Disponible en <http://www.alcoberro.info/V1/weber.htm>

el político abandone sus principios, sino que cuando se vea obligado a actuar en contra de sus principios sepa retirarse.<sup>675</sup>

En sus reflexiones, Weber ve con excesiva lucidez que el conflicto entre los principios morales y sus consecuencias políticas llega a ser el problema moral básico. De ahí que mantenga una distancia casi insalvable entre la ética y la política; en su opinión, el político nunca podrá evitar “ensuciarse las manos”. Weber parece mostrar que a veces la política es incompatible con la ética y la disyuntiva es abandonar la ética o abandonar la política.<sup>676</sup> Esta posición no resuelve la disyuntiva, aunque es de alabar el reconocimiento que este autor hace de ambas éticas (privada y pública), su necesaria relación y la importancia de ver las consecuencias en la ética pública.

## **I.2. Acercamiento a un concepto de ética**

### **I.2.1. La moral y la ética**

En el habla corriente, ética y moral se manejan de manera ambivalente, es decir, con igual significado. Sin embargo, analizados los dos términos en un plano intelectual, no significan lo mismo, pues mientras que la moral tiende a ser particular por la concreción de sus objetos, la ética tiende a ser universal por la abstracción de sus principios. No es equivocado de manera alguna interpretar la ética como la moralidad de la conciencia.

En términos prácticos, la ética es la disciplina que se ocupa de la moral, de algo que compete a los actos humanos exclusivamente y que

---

<sup>675</sup> “Kant concluye su estudio dándole mayor importancia al deber, que es donde reside la virtud de toda acción. Al hacer coincidir la máxima de cualquier acción con la ley práctica, el ser humano habrá encontrado el principio objetivo y universal del obrar”. [http://immanuelkantlostoy.blogspot.com/2010/09/teoria-etica\\_02.html](http://immanuelkantlostoy.blogspot.com/2010/09/teoria-etica_02.html)

<sup>676</sup> “La política sin la ética puede ser ciega y la ética sin la política terriblemente ineficaz, sin manos. Encontrar una articulación dialéctica y constante entre ambas supone siempre un reto para el pensamiento y también para la acción humana. Porque la democracia, en su sentido genuino y radical, la soberanía de los ciudadanos, el poder popular real, es fundamentalmente un horizonte abierto, una perspectiva de acción y construcción, y no una realidad hecha y consolidada. La democracia siempre es una aspiración de futuro, un anhelo jamás satisfecho de implantación de la justicia”. En José María Aguirre Oráa, *La ética y la justicia*. From *Ethics to justice*, pp. 125-138.



los califica como buenos y malos, a condición de que ellos sean libres, voluntarios, conscientes. Así mismo, puede entenderse como el cumplimiento del deber, vale decir, relacionarse con lo que uno debe o no debe hacer, mientras la moral se define como el código de buena conducta dictado por la experiencia para servir como patrón uniforme de la conducta de los individuos o grupos.

En este sentido, la palabra moral y la palabra ética están sujetas a diversos convencionalismos y cada autor lo utiliza de diversas maneras. Hay semejanzas y diferencias, pero la esencia de su diferencia es que la moral tiene una base social, mientras la ética surge de la interioridad de la persona (conciencia y voluntad); también destaca que la moral es un conjunto de normas que actúan en la conducta desde el exterior y a veces desde el inconsciente, mientras que la ética influye en la conducta de la persona desde sí misma. Por eso se afirma que la ética es conceptual y se desarrolla a partir de la reflexión sobre los valores.

Cuando se habla de la definición de ética, se la relaciona inmediatamente con el estudio de la acción humana. Ello deriva fundamentalmente de aplicar un criterio ético a una persona; se dice que se está realizando un juicio moral. Por eso una de las acepciones es que la ética estudia la moral y determina cómo deben actuar los miembros de una sociedad. Por tanto, se la define como la ciencia del comportamiento moral. Así, la ética influye en las normas de conducta de una sociedad y la moral influye en las normas de conducta de una persona.

En cuanto a las semejanzas de la ética y la moral, ambas tratan de percepciones sobre el deber ser. La moral se encarga de transmitir sus normas de generación en generación, mientras que la ética se refiere a principios generales que definen los comportamientos que resultan beneficiosos para todas las personas.

Por tanto, si la ética está vinculada a la moral y establece lo que es bueno y lo que es malo, permitido o deseado respecto a una acción o una decisión, podría definirse como la ciencia del comportamiento moral, puesto que estudia y determina cómo deben actuar los integrantes de una sociedad.

## **I.2.2. Datos para conceptualizar la ética**

### **A. ¿Es posible un concepto de ética?**

La ética como conducta socialmente aceptada se difunde entre los individuos a través de procesos formales e informales de socialización. La educación como proceso inherente a la sociedad es básicamente espontánea e informal. En los orígenes de la sociedad se capacitaba y entrenaba a sus integrantes para que se pudieran alimentar a sí mismos; luego, la educación asumió el rol de socialización. La evolución histórica complica la diversidad estructural de la sociedad, apareciendo el Estado como la personalidad jurídica e institucional de la sociedad en el espacio geográfico que ella ocupa. El Estado asume la educación como parte de su cuerpo orgánico y funcional, cuando toma conciencia de la importancia que tiene para su preservación como orden social y para la difusión de la uniformidad del marco ideológico que la explica, justifica y le da coherencia interna. La ética como expresión cultural actúa como mecanismo de socialización y regulación colectiva, que consolida una imagen social determinada.

En tal sentido, la ética resulta igualmente del comportamiento socialmente aceptado de los individuos, reflejo de factores concretos que actúan tácitamente sobre ellos, condicionando la forma como satisfacen sus necesidades, expectativas y deseos.

La ética intenta responder al constante desafío que nos interpela: ¿Qué debo hacer? Más que un concepto de ética, lo que se le aproxima es determinar su contenido cuando identificamos sus fundamentos. Ciertamente, la ética es la instancia desde la cual juzgamos y valoramos la forma como se comporta el hombre y, al mismo tiempo, la instancia desde la cual formulamos principios y criterios acerca de cómo debemos comportarnos y hacia dónde debemos dirigir nuestra acción. Designa, así, la palabra ética: el comportamiento, la conducta, el actuar de la persona.

Es así como la ética se fundamenta en modelos éticos por medio de la razón, la que nos proporciona causas de la bondad de la conducta realizada. A la ética le concierne proporcionar las razones por las que ciertas conductas son buenas y dignas de realizarse, también de

argumentar en contra de las conductas que desdicen del comportamiento asociado a la razón.<sup>677</sup>

## B. ¿La ética es coactiva?

En principio la ética no es coactiva, no impone castigos legales, sus normas no son leyes, pero ayuda a la justa aplicación de las normas legales en un Estado de derecho, es decir, promueve una autorregulación sin ser punitiva desde el punto de vista jurídico.

Entonces, la ética no es el conjunto de normas, tratados, ni leyes que obligatoriamente debemos acatar y cumplir, sino que es una orientación armónica producto del estudio y la reflexión de la conducta a seguir ante los hechos que se nos presentan.<sup>678</sup>

Un código ético es un código de ciertas restricciones que la persona sigue para mejorar la forma de comportarse en la vida.<sup>679</sup> Lo deseable sería que no se impusiese un Código Ético, porque su fin es más bien que la persona lo cumple porque así lo desea y se sienta orgullosa de ello, decente y civilizada para comportarse de esa forma.

<sup>677</sup> Francisco Rodríguez, *La ética*, en Monografías [página web en línea], Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos6/etic/etic.shtml>

<sup>678</sup> Ahora bien, cada vez más se observa que la ética como principio de la administración pública y que atañe cumplir a los funcionarios, viene siendo objeto de normas que obligan en tanto deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables a funcionarios, cuando una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, preste una función pública. La mayoría de estos cuerpos normativos se concretan en deberes y pautas de comportamiento ético, regula el conflicto de intereses, el régimen de obsequios, el régimen de las declaraciones juradas y las sanciones penales y disciplinarias a que hubiere lugar (véase en este sentido la Ley de Ética de la Función Pública, sancionada el 26 de octubre de 1999 de la República Argentina).

<sup>679</sup> La preocupación por los problemas morales acerca de la ciencia no es nueva. Entre otros, científicos con inclinaciones filosóficas y los filósofos con inclinaciones científicas se ocuparon del tema; se puede mencionar a Lucrecio, Spinoza, Hume, Kant, Feuerbach, Engels, Dewey y Schlick. Y los escrúpulos de conciencia de los científicos fueron expresados por Albert Einstein, Leo Szilard, Robert Oppenheimer, Enrico Fermi, Arthur Compton y muchos más. Eso les permitió iniciar en secreto el monumental Proyecto Manhattan, con el objeto de construir bombas atómicas que otorgaran una ventaja decisiva en la Segunda Guerra Mundial.

En principio, los problemas morales y éticos no son atemporales. Hay una gran disparidad de códigos morales, que en la actualidad están confluyendo a un cierto corpus de ideas básicas que son aceptadas por la mayor parte de la humanidad como más o menos universales, como las expresadas en las diversas declaraciones de derechos humanos.

## C. Expresiones sobre la ética

### a) *Pública y privada*

Debemos partir de la premisa de rechazar que la vida ética es una cuestión interna de la persona, y la vida social un asunto externo. “...Cuando el hombre realiza una actividad creativa –como es cualquier tipo de encuentro auténtico–, supera la escisión entre lo interior y lo exterior, y crea un campo de juego que ensambla fecundamente lo que se considera como la esfera interior y la esfera exterior de nuestra vida. Esta feliz superación abre inmensas posibilidades para configurar una vida personal-comunitaria fecunda en todos los órdenes”.<sup>680</sup>

Es cierto que el sujeto de comportamiento público o privado es el mismo ser humano. No se justifica desde ningún punto de vista que sus directrices y valores últimos tengan que ser distintos o antitéticos. La diferencia entre la pública y la privada no radica en que los valores y criterios de la una o de la otra sean distintos. Radica, más bien, en que determinados valores se hacen más patentes en las relaciones privadas, en tanto que otros son más necesarios para la pública convivencia.

Aceptadas estas diferencias, podemos decir que en el comportamiento privado valen más los actos en sí mismos, incluso las intenciones, las decisiones y las acciones públicas de los actos no son valorables al margen de los resultados. La meta es el respeto. Pero como cada individuo no puede prescindir de lo que lo rodea, ello hace que la vida privada afecte de manera positiva o negativa la vida pública de la sociedad donde vive, lo que nos lleva a analizar la moral pública del ciudadano y la del gobernante.

Los destinatarios, y a la vez impulsores de la evolución de la ética pública, son las autoridades, los poderes políticos, los operadores jurídicos, legisladores, jueces y funcionarios, y también cada persona como ciudadano. Aquí se ve también la dificultad de separar las dimensiones básicas de justicia y la razón pública, porque la actuación de la razón pública produce como resultado una nueva dimensión básica de justicia, que de nuevo exigirá, en un momento, otra interpretación desde la

---

<sup>680</sup> Alfonso López Quintás, *Ética privada y ética pública*. De la Real Academia Española de Ciencias Morales y Políticas. [http://www.riial.org/espacios/dpersona\\_doc20ep.pdf](http://www.riial.org/espacios/dpersona_doc20ep.pdf)

razón pública, con nuevas dimensiones básicas de justicia, que se incorporan a los contenidos de la concepción política. Justicia básica y razón pública deben analizarse conjuntamente en una perspectiva dinámica.

Por su parte, la ética privada requiere que su titular determine su plan de vida, en suma, de felicidad para poder perfeccionarse como persona en todas las esferas de la vida. La persona individual busca alcanzar el fin último, su destino personal, a través de una causa, creado y aceptado con autonomía.<sup>681</sup> El modelo supone una visión optimista del ser humano: ser libre, racional.<sup>682</sup> Supone una persona comprometida con la sociedad donde se desarrolla; sus acciones no pueden afectar a los demás y no deben ser mezquinas, egoístas o imposibles de ser generalizadas. Esto último, porque puede ser un proyecto que sea opción para los demás.

Por ello la ética privada hace referencia a la concepción de la vida buena que cada quien alberga, a la idea de lo que constituye para cada uno la felicidad, aspiración futura de todas las personas, en que cada persona se asegura el derecho a perseguir sus propios ideales de perfección y felicidad, siempre que con ello no lesione los derechos de los demás. Por tanto, pueden ser aconsejados pero nunca impuestos, pues ello lesionaría la libertad personal y la autodeterminación de la moral de cada individuo. En cuanto a la ética empresarial,<sup>683</sup> aunque tiene puntos en común con la ética privada, está referida al cumplimiento de los derechos económicos y al régimen socioeconómico de la República bajo los principios constitucionales siguientes: 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.<sup>684</sup>

Por su parte, la ética pública conforma el orden justo y estable, los criterios de organización de la vida social, el conjunto de valores,

<sup>681</sup> Gregorio Peces-Barba, *Diez lecciones sobre ética, poder y derecho*, p. 436.

<sup>682</sup> Oscar Diego Bautista, *Ética pública y buen gobierno*.

<sup>683</sup> Emeterio Gómez, *Una propuesta ética para Venezuela. Láminas inéditas*, en el cual concluye que ética es la capacidad de los seres humanos de trascender, es decir, ser cada vez mejores seres humanos. La preparó como una contribución al libro *Ocho propuestas para rehacer Venezuela*.

<sup>684</sup> Artículo 299 constitucional.

principios y derechos, en definitiva, el contenido de la idea de justicia que el ordenamiento jurídico de una sociedad democrática debe realizar. Su finalidad es que todos y cada uno de los ciudadanos, en la más amplia medida posible, estén en condiciones de desarrollar plenamente los rasgos de su dignidad y muy especialmente de escoger libremente su ética privada.<sup>685</sup>

### ***b) Ética pública y ética administrativa***

La ética tiene que ver con el ámbito de las decisiones fundadas en el resguardo de principios y valores. Si nos referimos a ética y Estado, dos valores absolutos deben resguardarse en las decisiones: la dignidad humana y el bien común.<sup>686</sup>

Cuando la ética se aplica y se pone en práctica en el servicio público se denomina ética pública, también llamada ética para la política y la administración pública. “La ética pública señala principios y valores deseables para ser aplicados en la conducta del hombre que desempeña una función pública”.<sup>687</sup>

Esta disciplina ofrece al servidor público un conocimiento que lo lleva a actuar de una determinada manera en cada situación, ofreciendo auxilio con respecto a la elección de las diversas situaciones que son convenientes o no para la colectividad. Establece los criterios que debe tener en cuenta todo servidor público para llevar a cabo sus funciones con el fin de lograr un bien para la comunidad.

La ética pública se refiere, entonces, a los actos humanos en tanto que son realizados por gobernantes y funcionarios públicos en el cumplimiento de su deber, aplicada a los asuntos de gobierno, entendiendo

<sup>685</sup> Gregorio Peces-Barba, *Ética pública-ética privada*, pp. 531-544.

<sup>686</sup> Alfredo S.J. Infante. *Ética y Estado en Venezuela*. Ponencia presentada en las Jornadas Domínguez Escobar, Colegio de Abogados del Estado Lara, 2017.

<sup>687</sup> Oscar Diego Bautista, “Ética pública y buen gobierno. Fundamentos, estado de la cuestión y valores para el servicio público”, Instituto de Administración Pública del Estado de México (IAPEM), Toluca, México, 2009, p. 32. Cit. en Hilda Maeses, *Ética pública y transparencia*. En Rey Tristán, Eduardo, Calvo González, Patricia. XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: Congreso Internacional, Sep. 2010, Santiago de Compostela, España. Universidad de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, pp. 2113-2130, 2010, Cursos y Congresos; 196. Disponible en <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531532/document> p. 2114.

aplicada a los servidores públicos, ya sea por elección, oposición u otro medio con una responsabilidad ante el Estado. Dichas responsabilidades se traducen en actos concretos orientados hacia el interés común y/o de la ciudadanía. Con el quehacer de los servidores públicos, la sociedad y los individuos van generando pautas de conducta y un carácter que posibilita un mejor desarrollo de la convivencia y una mayor expansión de la autonomía y de la libertad del ser humano.

Los gobiernos que quieran ser considerados como justos deben tener personas íntegras, y es justamente aquí donde entra la ética al tener en sus manos la selección y formación de servidores públicos que actúen con responsabilidad y eficiencia.<sup>688</sup>

La ética aplicada a la función pública es de vital importancia porque tiene como eje central la idea de servicio, es decir, las tareas y actividades que realizan los funcionarios públicos están orientadas al bien común. La ética de la función pública es la ciencia del buen comportamiento en el servicio a la ciudadanía, es además un importante mecanismo de control de la arbitrariedad en el uso del poder público, un factor vital para la creación y el mantenimiento de la confianza en la administración y sus instituciones. Por tanto, es un factor clave para elevar la calidad de la administración pública mediante la conducta honesta, eficiente, objetiva e íntegra de los funcionarios en la gestión de los asuntos públicos.<sup>689</sup>

Los cargos públicos deben ser ocupados por las personas más capaces, por aquellas que son leales a la Constitución política y que tengan un gran sentido de justicia. Lamentablemente, existe un marcado interés por ocupar un cargo público sin tener la debida preparación, sin contar con la formación necesaria para ello. La conducta de aquellos que quieren sobresalir sin asumir la importancia y la responsabilidad que conlleva el ejercicio de la función pública, afectan los resultados de la misma.

La ética permite establecer la justicia o injusticia de las acciones humanas, elevando así la cultura política de un pueblo o Estado. Cuando un servidor público adopta estos elementos como principios de vida,

<sup>688</sup> Véase Ética pública y privada. Tomado del artículo de Victoria Camps, *Moral pública*, en *Conceptos fundamentales de ética teológica*, pp. 623-634.

<sup>689</sup> Oscar Diego Bautista, *Necesidad de la ética pública*, p. 15.

se ubica más allá del poder y no se deja llevar por los apasionamientos, realizando buenas obras para con su comunidad.

De manera que un punto que ha venido cambiando en la concepción de la ética pública es el carácter de normas o pautas vinculantes para todo, y, por ello, susceptibles de imponerse por vía coactiva, con independencia de las diferentes nociones de vida buena que cada cual sostenga.

Por tanto, la ética pública compendia el conjunto de valores del régimen democrático y su contenido mínimo puede identificarse con los principios o valores superiores proclamados por el ordenamiento constitucional, como son libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el imperio de la ley, el respeto a los derechos de los demás con fundamento del orden político y de la paz social.<sup>690</sup>

La promoción de la ética en el servicio público está estrechamente vinculada con la transparencia, la cual actúa como elemento revelador del buen funcionamiento del Estado, promoviendo el comportamiento responsable de los servidores públicos. En este sentido, la ética pública adquiere dimensiones relevantes al construir una cultura de servicio público, haciendo de la transparencia una herramienta esencial en dicho proceso. No es posible hoy hablar de un gobierno transparente sin requerir una rendición de cuentas clara y precisa por parte de quienes laboran en la gestión pública.<sup>691</sup>

Cuando se califica a la ética pública de administrativa, requerimos nuevamente establecer sus relaciones con la privada y establecer las posibles conexiones entre la idea de ética pública, como la que corresponde a los ciudadanos miembro de una sociedad como valores compartidos asumidos y reivindicados por ellos, y la ética administrativa, en cuanto ética profesional reservada para el conjunto de personas que trabajan al servicio de la administración pública.

---

<sup>690</sup> La ética privada empresarial comparte los principios éticos que la rigen. Véase “Los valores éticos de la democracia: la seguridad jurídica en la vida económica”. Documento presentado en ocasión de los Valores de la Reunión de las Organizaciones Empresariales, previa a la VII Conferencia de Presidentes y Jefes de Estado Iberoamericanos.

<sup>691</sup> Hilda Naessens, *Ética pública y transparencia*.



La configuración de la ética pública en cuanto carácter del sistema político o de la sociedad política que se ha dotado del mismo, se concretaría en un etos democrático. Por ello, se identifica con una ética profesional, que requiere siempre dar valor y centralidad al bien social que justifica y da sentido a la propia profesión.<sup>692</sup>

Es cierto que la ética pública y la ética administrativa, pese a sus diferencias, son ámbitos claramente comunicados e interrelacionados, de modo que uno y otro se reforzarían recíprocamente. Una administración con una elevada ética profesional por parte de sus funcionarios públicos será un factor positivo para el robustecimiento de la ética pública y para el desarrollo de la confianza de los ciudadanos, tanto en sus relaciones con las instituciones públicas como el conjunto de las relaciones sociales.<sup>693</sup>

### c) *Ética profesional*

La ética profesional es la ciencia que estudia los deberes y derechos de los profesionales en cuanto tales, es lo que se ha bautizado como el nombre de deontología profesional. Se resume en una frase de gran compromiso: ¿Estoy haciendo con mi trabajo lo necesario para cumplir con los destinatarios de mi profesión y lo trascendente para la sociedad y el país donde estoy inserto?

La profesión puede definirse como “la actividad personal, puesta de una manera estable y honrada al servicio de los demás y en beneficio propio, a impulsos de la propia vocación y con la dignidad que corresponde a la persona humana”.

En un sentido estricto, esta palabra designa solamente a las carreras universitarias. Y en sentido amplio, abarca también los oficios y trabajos permanentes y remunerados, aunque no requieran un título universitario. En virtud de su profesión, el sujeto ocupa una situación que le confiere deberes y derechos, de los cuales se deriva:

<sup>692</sup> Como lo dice Victoria Camps en *Ética, retórica, política*, “...la educación ha de tender también a formar la razón autónoma, que asume la responsabilidad de deliberar, argumentar y justificar sus puntos de vista. Sin ninguna duda, la mejor vía no dogmática de conseguir ambos objetivos, *educación de actitudes* y *educación en la autonomía*, es el ejemplo;...”.

<sup>693</sup> Tomado de Grupo de Ética Pública, en el artículo “Ética pública, moral privada y ética administrativa. Una aproximación conceptual”, 16 de noviembre de 2007.

Capacidad profesional, un profesional debe ofrecer una preparación especial en triple sentido: capacidad intelectual, capacidad ética y capacidad física.

La capacidad intelectual consiste en el conjunto de conocimientos, que dentro de su profesión, lo hacen apto para desarrollar trabajos especializados. Estos conocimientos se adquieren básicamente durante los estudios universitarios, pero se deben actualizar mediante el estudio y la investigación permanente.

La capacidad ética es el valor del profesional como persona, lo cual da una dignidad, seriedad y nobleza a su trabajo, digna del aprecio. Abarca no solo la honestidad en el trato y en los negocios, no solo en el sentido de responsabilidad en el cumplimiento de lo pactado, sino además la capacidad para abarcar y traspasar su propia esfera profesional en un horizonte mucho más amplio.

La capacidad física se refiere principalmente a la salud y las cualidades corpóreas.

Todo profesional requiere de ciertos deberes típicos a su actividad. El secreto profesional es uno de estos. Este le dice que no tiene derecho de divulgar información que le fue confiada para poder llevar a cabo su labor. Esto se hace con el fin de no perjudicar al cliente o para evitar graves daños a terceros. El profesional también debe propiciar la asociación de los miembros de su especialidad. La solidaridad es uno de los medios más eficaces para incrementar la calidad del nivel intelectual y ético de los asociados.

En fin, al profesional se le exige especialmente actuar de acuerdo con la ética establecida. Por tanto, debe evitar defender causas injustas, usar sus conocimientos como instrumento de crimen y del vicio, producir artículos o dar servicios de mala calidad, hacer presupuestos para su exclusivo beneficio, proporcionar falsos informes, entre otras conductas antiéticas que constituyen faltas o delitos en el ejercicio de su profesión o cargo.

Cuando un profesional tiene una conducta honesta, dentro y fuera del ejercicio de su profesión, le atraerá confianza y prestigio, lo cual no deja de ser un estímulo que lo impulsará con más certeza en el recto ejercicio de su carrera.

Cuando incorporamos la palabra código a la ética, logramos una combinación de signos que tienen un determinado valor dentro de un sistema establecido. En el derecho, se conoce código al conjunto de normas que regulan una materia determinada.

Es el caso que un código de ética<sup>694</sup> constituye un conjunto de normas que regulan los comportamientos de personas en una organización, pública o privada y aunque hemos dicho que no es normativa y obligatoria, rige a lo interno de la organización y es de cumplimiento obligatorio. Ciertamente es que las normas de los códigos de ética pueden estar vinculados con las normas legales, y el principio objetivo de estos códigos es mantener una línea de comportamiento uniforme entre todos los integrantes de la organización. Al incluir las obligaciones por escrito no necesita estar constantemente recordándole al funcionario o empleado cuáles son sus obligaciones que tiene. También es cierto que quienes redactan el Código están estableciendo cuáles son las conductas correctas desde el punto de vista ético.

#### *d) Ética de la investigación*

En el siglo XIX las advertencias desde las universidades y academias tomarían cartas en el asunto al regular los mejores criterios científicos relativos a la validez de un libro que abordara un tema científico. Pronto la ética sería incorporada en las enseñanzas universitarias desde un plano más pragmático, casi rayando en lo existencial.<sup>695</sup> Los círculos científicos confeccionarían reglas éticas que a lo largo del siglo XX

---

<sup>694</sup> Un ejemplo de conducta profesional lo constituye el Código de Ética de la Medicina. Fue el primero en manifestar la necesidad de una conducta impoluta en que la ética sea su principal objetivo. Fue Hipócrates, cuando la medicina todavía no existía como tal, quien estableció pautas éticas que se constituyeron como el fundamento del ejercicio de la medicina, y no sería sino hasta 1979 cuando se estableció para todo profesional de la medicina los principios éticos y morales a los que debían someterse. Estos principios se inculcan a los futuros médicos desde la carrera y tener así un espíritu crítico y equilibrado para saber actuar en pos del bien común y la calidad de vida de sus pacientes. En esta formación se inculcan en el individuo los criterios que necesita para tomar las decisiones más acertadas, dentro de lo que cabe en su profesión. Un médico sin ética será un profesional que antepone el dinero y la fama al bien de los pacientes y esto supone un desorden moral en el accionar del individuo y un serio riesgo en la comunidad a la que asiste.

<sup>695</sup> Karl Jaspers, *The future of mankind*.

fusionarían prácticas y costumbres en un claro código deontológico sobre la investigación científica, pues el ideal ético de las ciencias es la generación de confianza en todos aquellos que se sometan a ella. Esa confianza solo puede provenir de la rigidez y escrupulosidad del investigador.

La ciencia moderna aplicada a la investigación da como resultado mayores logros a la humanidad y teniendo en cuenta que se vive en un mundo basado en la investigación y gobernado por ideologías fundamentadas en la ciencia y el uso de instrumentos creados por la ciencia, está claro que pueden ser usados de manera correcta o no, es decir, de un modo ético o no.

El impulso de la tecnociencia, su ritmo frenético casi inalcanzable, introducen nuevas manifestaciones de comportamiento social, modificando la noción clásica de investigación. La dependencia de la aplicación de la creación de un mundo paralelo a lo real, internet, ha convertido las más elementales normas de conducta del investigador. Por tanto, el replanteamiento sobre las dinámicas de la investigación necesariamente debe analizarse desde el núcleo mismo de la ética.<sup>696,697</sup>

Más allá de los tipos de investigación, de las variables en una investigación experimental, de las fuentes de información, la importancia, las ventajas y desventajas, aparece el plagio, sus diferentes tipos, los derechos de autor.

### e) *La ética de la obligación*

La ética de las obligaciones se plantea tanto para el gobernante como para los ciudadanos. Ahora bien, ambas obligaciones demandan comportamientos propios de una democracia. El criterio para los deberes ciudadanos es el respeto, la justicia, el respeto al otro. Existe una

<sup>696</sup> Tomado del trabajo titulado “Apuntes para una ética de la investigación del derecho en la era digital”, cuyo autor es el profesor Emilio J. Urbina Mendoza.

<sup>697</sup> Bioética: el término bioética es de acuñación reciente. Nacido en ambiente anglosajón, ha encontrado favorable acogida en las restantes áreas lingüísticas. La composición de raíz griega alude a dos magnitudes de notable significación: *bios* (vida) y *ethos* (ética). El propósito general de la bioética es lograr la adecuada “composición” entre esas dos realidades de la vida y de la ética; una composición que no sea mera yuxtaposición sino auténtica interacción.

obligación ética entre los ciudadanos y el gobernante. Determinemos con más detalle este contenido.

Las obligaciones del ciudadano en una democracia: pagar impuestos, votar, respetar las leyes, criticarlas o desobedecerlas si su conciencia se lo exige. El criterio para todas estas obligaciones es la justicia o el respeto al otro. Las leyes existentes no legitiman por sí mismas la obligación de los ciudadanos de acatarlas. No solo es lícito sino un deber ético, cuestionar, poner en duda, la justicia del derecho positivo. Ante la obligación ética, el individuo debe actuar siempre autónomamente, no movido por el miedo o la coacción, sino por voluntad de obedecer o desobedecer las normas establecidas. Es el individuo quien debe decidir si las obligaciones públicas le obligan a él éticamente. Por eso no es contradictorio que la ética pública incluya entre sus actos la objeción de conciencia, la desobediencia civil, la insumisión.

Las obligaciones del gobernante: tal parece que la idea de ética pública va más ligada a los deberes y actitudes del hombre público, del político, que a los deberes del ciudadano. Es el político el que actúa y decide en nombre de la colectividad. Él, más que nadie, debe ser sensible a los valores y principios que han de dirigir la ética pública. Pero tal parece que en la vida política es realmente difícil el equilibrio entre los intereses privados y los públicos o del bien común.<sup>698</sup> Pero aceptar una ética pública exige la continua búsqueda del equilibrio entre estas dos realidades. Otro factor que ha de influir serían los resultados.

El fin de todo acto político debe ir encaminado hacia la implantación de la justicia en la sociedad, aunque nunca con medios que pisen la libertad o ignoren la igualdad de los ciudadanos. Otros fines como el orden, la eficacia, el crecimiento económico, el desarrollo deberían ser siempre subsidiarios de este fin último de la justicia. Tenemos aquí que la justicia es una dimensión de las sociedades democráticas que actúan a través del derecho, con la mediación del poder cuyo ejercicio exige que este sea ético.

---

<sup>698</sup> Kant se inclina por afirmar la necesidad de un orden ideal; Weber cae en el pesimismo afirmando la imposibilidad de equilibrar ambos intereses, aspectos ya considerados en el capítulo I.

### ***f) La ética de la responsabilidad***

La responsabilidad es lo que permite valorar las acciones de grupo y no juzgarla por acciones individuales. Esta ética de la responsabilidad establecida en la Constitución, donde se consagra que Venezuela se constituye como Estado democrático y social de derecho y de justicia, tiene que ser cumplida por los hombres y mujeres que en nombre y por cuenta del grupo, ya sea este llamado pueblo o llamado nación, los representan. La ética pasa a ser una razón de Estado en la medida en que agrupa los principios y normas, de acuerdo con las cuales se cumplen por los representantes del pueblo, legitimados como están para actuar en su nombre.

Razón de Estado es un aspecto de la ética de grupo y lo importante aquí es entender que el Estado es la colectividad en su más alto grado de expresión y potencia y, con ello, el grupo que actúa en defensa de la Constitución actúa con la fuerza de la razón de Estado, cuando la autonomía de la política se separa y vulnera la ética de la responsabilidad, es decir, las reglas de acción que valen para el grupo como totalidad respecto a aquellas que valen para el individuo o el grupo.

### ***g) La ética de la transparencia***

La transparencia es uno de los valores éticos que todo servidor público debe aplicar en el ejercicio de su función. De ahí la necesidad de confrontarlos con otros conceptos, tales como el derecho a la información, el acceso a la información y la rendición de cuentas con los que la transparencia convive y se interrelaciona diariamente en la labor pública.

La transparencia en el gobierno, además de un valor, es un mecanismo fundamental de exigibilidad pública y de responsabilidad para con la sociedad. Mauricio Merino señala muy acertadamente que el concepto de transparencia está en formación y que genera más dudas que certezas. Hoy se encuentra en debate no solo el concepto mismo, sino también sus alcances y límites dentro del marco legislativo, siendo muy importante dilucidar el papel que desempeña dentro de un Gobierno democrático. Se trata de una exigencia relativamente nueva,

cuyo origen no es precisamente político. Se puede decir que esta idea “[...] nació como consecuencia de una reflexión de talante económico: la piedra de toque que desató ese proceso fue la globalización de los mercados y la necesidad de contar con mayor y mejor información sobre su verdadero funcionamiento, a partir de las regulaciones y la probidad de cada país...”.<sup>699</sup>

Según Guerrero Gutiérrez, la palabra “transparencia” se utiliza de tres formas: “como cualidad de un objeto, como atributo de un sujeto y como atributo de un grupo o colección de sujetos, por ejemplo, un partido político, un sindicato, una agrupación gremial o un gobierno”.<sup>700</sup>

Respecto a la primera acepción, un objeto es transparente cuando deja paso a la luz y permite ver, a través de él, otras cosas que están en su entorno, por ejemplo, una botella de vidrio. Este modo de entender la transparencia hace referencia a una cualidad de su apariencia. En relación con la segunda acepción, señala que una persona es transparente cuando actúa de manera franca o abierta, mostrándose tal cual es y sin ocultar nada. Con ello se está refiriendo a la cualidad ética de un individuo o de un gobierno que busca actuar con claridad, o sea, que el adjetivo señala que el comportamiento de un individuo o de una colectividad se adapta a cierto conjunto de reglas y estándares de conducta. La tercera manera de comprender la transparencia nos sitúa en el entorno de las instituciones políticas públicas:

[...] un ente colectivo, como un gobierno, una empresa privada o una asociación civil es transparente cuando hace pública, o entrega a cualquier persona interesada, información sobre su funcionamiento y procedimientos internos, sobre la administración de sus recursos humanos, materiales y financieros, sobre los criterios con que toma decisiones para gastar o ahorrar, sobre la calidad de los bienes o servicios que ofrece, sobre las actividades y el desempeño de sus directivos y empleados,...

Por consiguiente, se puede afirmar que la transparencia es un atributo o cualidad que permite tener más información clara y precisa sobre

<sup>699</sup> José Antonio Aguilar Rivera, *Transparencia y democracia: claves para un concierto*, p. 10.

<sup>700</sup> Eduardo Guerrero Gutiérrez, *Para entender la transparencia*, pp. 11, 12.

una persona o algo, lo que redundaría en el aumento de nuestras capacidades de comprensión, vigilancia y comunicación.

Esta definición de transparencia parece muy acertada, dado que en ella se incluyen tres aspectos: 1) es un atributo o cualidad, es decir, es algo que una persona tiene por el hecho de ser persona; 2) información clara y precisa, lo cual nos indica que la información debe ser comprensible, sin ambigüedades ni claroscuros, para ser debidamente procesada; y 3) capacidad de comprensión, vigilancia y comunicación, que resultan necesarias para la plena realización de la persona.

Con ello se quiere decir que la transparencia facilita el acto comunicativo y una relación más comprensiva entre los seres humanos, al tiempo que permite ejercer vigilancia. Si se concibe la transparencia como una política pública, se extiende su zona de influencia hacia los organismos gubernamentales en los que se manifestaría como un conjunto de decisiones y acciones del gobierno, que tendrían por objeto dar a los ciudadanos (y a los propios funcionarios) información clara, precisa, accesible y abundante sobre diferentes dimensiones del desempeño gubernamental. Aunque no se menciona expresamente nada relativo a la rendición de cuentas, pensamos que de este modo, público y gobierno, salen beneficiados porque al hacer pública la información se promueve un mecanismo de rendición de cuentas, con lo que es posible determinar los errores, prevenirlos o corregirlos.

Si bien es cierto que la transparencia es un derecho ciudadano, democrático por excelencia, no es una “condición natural” de las organizaciones gubernamentales. Es algo que se tiene que elaborar, construir, implementar en el largo plazo y que debe atender a diversos objetivos en relación con las instituciones estatales: legales, reglamentarios, políticos, organizacionales, educativos y culturales. La transparencia se ha vuelto necesaria para el ejercicio de un buen gobierno –en el cual exista disposición y clasificación adecuada, actualización, calidad, claridad y utilidad de la información– que se encuentra sujeto a la vigilancia y al escrutinio de la sociedad en su conjunto.

Para Aguilar Rivera, la transparencia: “[...] es una práctica o un instrumento que utilizan las organizaciones para publicar o volver público cierto tipo de información o bien para abrir al público algunos



procesos de toma de decisiones”, haciendo énfasis en las acciones del gobierno tendentes a brindar la información que el ciudadano necesita.<sup>701</sup>

## CAPÍTULO II

### ÉTICA CONSTITUCIONAL

#### II.1. Contexto de la inserción de la ética

El primer requisito de la democracia liberal conexo con el papel del derecho como instrumento de garantía, es la inmunidad de las personas frente a constricciones o prescripciones jurídicas de tipo ideológico o religioso. Por eso se separa el derecho de la moral, lo que significa la conquista de la civilidad.<sup>702</sup>

Así, la laicidad del Estado y la ética laica garantizan la recíproca autonomía del derecho y la moral. Si la ética es la expresión de la ontología de los valores, con ellos se pretende modelar a su imagen el derecho positivo y traducirse en normas jurídicas; si por el contrario es asertiva pero no de los juicios de valor, sino fundada más en la autonomía individual, es claro que el derecho, en cuanto sistema de normas válidas para todos, se funda en convenciones idóneas para garantizar las libertades de todos, cualesquiera sean los valores que cada uno profese, renunciando a invadir el terreno de las conciencias las valoraciones morales.

Ciertamente, entonces la laicidad del derecho consiste en su separación de la moral y de la religión. Se rechaza la fundación moralista del derecho, que se expresa en la imposición jurídica de una determinada

<sup>701</sup> Es interesante confrontar estas definiciones de transparencia con la que brinda el Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México (Infoem), que señala: «En el ámbito del derecho a la información, la transparencia es la obligación que tienen los servidores públicos para proporcionar a toda persona interesada en los actos del gobierno, de manera clara y expedita, la información que se deriva de las funciones que desempeñan», en Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México, 2009, «Preguntas de interés general», México, ITAIPEM, <http://transparencia.edomex.gob.mx/información/formatos/preguntas2.htm>.

<sup>702</sup> Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia, pp. 303 y 304.

moral, religión o ideología como fuente del derecho justo, e igualmente de la pretensión ético-estatista de la apriorística valorización ética del derecho o del Estado como fuente de la única y verdadera moral. Así, toma importancia la ética laica que nace precisamente del derecho penal, en el sentido de que no son punibles los actos internos y solo lo son los actos externos dañosos para las personas; no se puede castigar por lo que se es, sino solo por lo que se hace. Queda entonces separada la moral de la ética que Luigi Ferrajoli llama ética laica para no confundirla con la moral.

De manera que entre la ética y el derecho rige la razón: la idea que provoca la formación del derecho es la misma que rige la ética, y esta correlación puede resumirse en la siguiente frase: legislar para convivir en paz por medio de la justicia. El derecho debe producir normas que permitan la convivencia pacífica y eso se obtiene solamente cuando se pone al servicio de otra finalidad, como es la realización de la justicia para el progreso del hombre. Esta es la finalidad suprema de la ley, bienestar, justicia y progreso, objetivo sin el cual carecería de sentido. El acoplamiento entre la ética y el derecho ocurre cuando lo que se considera justo para la ética la ley lo impone bajo su sistema coercitivo.

La disparidad entre el derecho y la ética es la deliberada intención de hacer un derecho injusto, y que sus leyes, actos y sentencias se reduzcan al ejercicio del poder antiético y corrompido, en que se violenta el derecho deliberadamente para transformarlo en una fachada de legalidad.

La ética laica tiene como principios, a pesar de la diversidad de los puntos filosóficos, que el ser humano a través de la lógica y la razón es capaz de inferir los principios normativos de comportamiento, habilidad que le permite determinar comportamientos éticos. Esto puede conducir a aceptar una serie de principios que responsablemente garantizan a las sociedades y a los individuos que actúen basados en estos principios éticos.<sup>703</sup>

---

<sup>703</sup> En *Cómo las personas buenas toman decisiones difíciles: resolviendo los dilemas de la vida ética*, Rushworth Kidder identifica cuatro características generales de un código ético: Es breve, por lo general no es aclaratorio; puede ser expresado de diversas formas (por ejemplo, afirmativa o negativamente, en palabras sueltas o en una lista de sentencias).

La naturaleza de la ética laica se inserta en el Estado de derecho, desde el momento en que su existencia se sostiene: en un texto constitucional, en un determinado modelo de Estado que no es otro que el modelo democrático, en cumplir la finalidad de garantizar la plena vigencia de los derechos y libertades públicas, organizar el encuadramiento del poder sometiendo los órganos y las personas a la Constitución, manteniendo el control del poder fundamentalmente en la justicia constitucional y manteniendo la división política, horizontal y vertical para evitar la concentración del poder en un solo órgano.

Como Estado democrático asegura la convivencia y las formas de organización y participación democráticas; es un Estado de derecho porque reconoce los derechos y libertades de cada persona y establece las garantías de la eficacia de su ejercicio, y es social porque requiere suprimir los desequilibrios extremos y en consecuencia promueve la libertad e igualdad del individuo, haciéndolas reales y efectivas. Además, se constituye como un Estado de justicia, por cuanto cada persona lo valora como justo, igualitario y acorde con el derecho, aun cuando es una de las tantas manifestaciones de la justicia.<sup>704,705</sup>

El fin último de la Constitución es: igualdad frente a la ley, la mayor libertad posible, el bienestar económico y la cooperación pacífica de toda la gente; su principio esencial la individualidad, cuando garantiza el derecho a la inviolabilidad del ser humano como fruto y reacción al totalitarismo.<sup>706</sup>

La Constitución es un contrato para obtener bienestar social, por eso es un acuerdo del pueblo, es consenso, cuya racionalidad descansa en la necesidad de la sociedad moderna de fundarse en valores representados por derechos, que garanticen la sostenibilidad de las instituciones.

<sup>704</sup> De allí la frase de Andrés Bello: “La palabra tiene que ser ley, la ley es buena y lo bueno justo”. Cuánta ética contiene esta máxima!

<sup>705</sup> La fórmula política de Estado social de derecho y de justicia se expresa en: separación de poderes (Art. 136); legalidad (Art. 137); responsabilidad del Estado (Art. 140); Estado enjuiciable (Art. 259); control constitucional (Art. 336); independencia del poder judicial (Art. 254); administración pública no parcializada, prohíbe nombramientos por afiliación política (Art. 145); Fuerza Armada sin militancia ni participación política (Art. 328)

<sup>706</sup> Artículo 3 de la Constitución: “...defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad...”.

Igualmente, la Constitución es un balance entre diversos objetivos y aspiraciones de todos los venezolanos, que no se pierde porque ese equilibrio tiene la particularidad de estar caracterizado por una serie de criterios normativos y positivos que buscan su “estabilidad”, de manera que ningún grupo se desvíe de ella.

Toda la estructura constitucional está hecha para actuar y tomar decisiones acordes a ella, tanto por parte de los órganos del Estado como por los particulares, y las preguntas surgen desde la perspectiva de la justicia. Por ejemplo, ¿cómo debería comportarse un juez? o ¿cuáles son los deberes y obligaciones con otras personas o las generaciones que vendrán después de nosotros? La ética tiene que ver con cada pregunta que nos hagamos en todos los niveles y temas regulados constitucionalmente. La ética es un asunto que compete al terreno de las decisiones, por eso se refiere a los juzgamientos y los principios, por tanto, es un campo de estudio más que una referencia a la moral. Se llama, por algunos, moral filosófica. La mejor manera de vivir de acuerdo con el código de vida (la Constitución) lo marca la ética.<sup>707</sup>

¿Por qué hay que seguir preceptos éticos/constitucionales y cuáles son?

¿Es la ética un valor o un principio o tiene de ambos contenidos? Para adentrarnos en el tema de la relación de la ética con la justicia se requiere impregnarla de contenido.

La Constitución es un conjunto coherente de preceptos y esta coherencia responde a que sus mandatos responden a unos principios comunes ordenadores. Si bien no es un programa político, sí responde a una concepción valorativa de la vida social y viene a instaurar un marco básico de principios que han de conformar la convivencia; va más allá de regulaciones concretas y sienta unos principios que han de ser respetados por todo el ordenamiento jurídico, incluso en aquellos aspectos no tratados por las normas constitucionales.<sup>708</sup> Así, las normas que recogen estos valores y principios son manifestaciones vinculantes para

<sup>707</sup> Es por ello que la columna negra de Babilonia presenta el Código de Hammurabi como la palabra escrita que comienza a sentar las bases de las creencias éticas.

<sup>708</sup> López Guerra, Luis. Espin, Eduardo, García Morillo, Joaquín, Pérez Tremps, Pablo y Sastrústegui, Miguel. *Derecho constitucional*. Volumen I (El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, pp. 31, 32.

los ciudadanos y los poderes que integran el poder público nacional, estatal y municipal.

Por tanto, la interpretación constitucional no puede colisionar con los valores superiores del ordenamiento jurídico y, por el contrario, la interpretación de normas constitucionales requiere considerar la fijación de unos elementos básicos, valores y principios indisponibles para los poderes públicos, incluido el legislador, y cuya garantía corresponde a los tribunales. En consecuencia, valores y principios permiten, como criterios materiales, enjuiciar la constitucionalidad de los actos jurídicos, sean ejecutivos, legislativos o judiciales.

No se puede evadir en este punto la problemática que se ha planteado de si al introducir estos valores como normas constitucionales, rigiendo como cánones de constitucionalidad, pudiera por imprecisos<sup>709</sup> y sujetos a la voluntad de los intérpretes, surgir el riesgo de que esos valores superiores se interpreten según las fuerzas políticas en el poder, eliminándose el carácter invariable fundamental en una Constitución.

La Constitución que rige para la República de Venezuela (1999) es la primera que coloca a la cabeza del texto, que su esencia es asegurar el derecho a la vida como al resto de los derechos fundamentales, sin discriminación ni subordinación alguna, expresando el rasgo esencial del ordenamiento democrático y de Estado de derecho. Así, para el texto fundamental los derechos humanos deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana.<sup>710</sup> Ello solo se consigue<sup>711</sup> cuando la libertad de la vida en sociedad resulta garantizada en igual medida que la libertad individual,<sup>712</sup> por tanto, al estar la ética presente en el mejor vivir para cada persona, el ejercicio y garantía de todos los derechos están impregnados por la ética.

En efecto, la Constitución de la República entrega al Tribunal Supremo de Justicia la función de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y en ese contexto le corres-

<sup>709</sup> Surge la pregunta: ¿Qué debe entenderse por justicia, libertad, ética?

<sup>710</sup> Preámbulo y artículo 2 constitucional.

<sup>711</sup> Conrado Hesse. *Significado de los derechos fundamentales*. Artículo publicado en el *Manual de Derecho Constitucional*, pp. 89 y 90.

<sup>712</sup> Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*.

ponde su uniforme interpretación y aplicación.<sup>713</sup> En tal sentido, tiene importancia el criterio vinculante de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que interpreta el artículo 350 constitucional,<sup>714</sup> por cuanto el supuesto para desconocer un régimen, legislación o autoridad es que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos. Los solicitantes de la interpretación argumentaron que la redacción del artículo es ambigua, pues admitiría distintas interpretaciones, ya que los valores, principios y garantías son términos abstractos y genéricos. La sentencia expresamente establece:

*...estos valores y principios, al igual que los derechos humanos, son precisamente el objeto de la regulación constitucional en éste y en cualquier país, tanto en lo que concierne a la organización democrática de los poderes públicos como en lo relativo a la parte dogmática (libertades fundamentales y garantías). En consecuencia, la aclaratoria solicitada en relación al supuesto contenido genérico y/o ambiguo de estos conceptos resulta improcedente, y así se decide (destacado nuestro).<sup>715</sup>*

El carácter normativo de la Constitución lo afirma ella misma cuando de manera explícita y taxativa establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a ella; así mismo, establece la derogatoria de lo que se oponga a lo por ella establecido, por eso son normas para ser acatadas por los poderes públicos encargados de hacer cumplir el derecho (en última instancia los tribunales), de manera que se aplica

<sup>713</sup> “Artículo 335. El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las 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”.

<sup>714</sup> 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 contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos”.

<sup>715</sup> Sentencia de la Sala Constitucional dictada el 22 de enero de 2003, que declara resuelta la acción de interpretación respecto al artículo 350 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Exp. 02-1559.

según el propio carácter de cada uno de sus preceptos, y al haber dejado de ser principios meramente programáticos, vinculan a los sujetos y órganos encargados de velar por el cumplimiento del orden jurídico, compromiso constitucional que se impregna de contenido ético. Si la justicia constitucional se aparta en las normas constitucionales (incluidos los principios y valores) y la interpretación excede el pacto jurídico/ético, ella destruye todo el andamiaje constitucional.

### II.1.1. La ética como valor

La función que cumple el ordenamiento jurídico no solo se aplica al Estado, se necesita para la convivencia en la comunidad. No se trata de ordenar por ordenar, se trata de que el contenido de ese ordenamiento debe ser éticamente recto y legítimo. Es decir, los cánones de los principios jurídicos nacidos de la lucha y la experiencia de muchas generaciones, principalmente por los derechos humanos, unidos a la ejecutoria de los principios de independencia judicial, explican normativamente cuándo la Constitución habilita al pueblo de Venezuela a desconocer régimen o autoridad con fundamento en la fidelidad de la tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad y el respeto a los derechos humanos.<sup>716</sup> Bajo este enfoque la Constitución tiene cánones de fuerza vinculante para todo el ordenamiento jurídico y esos son los valores constitucionales.<sup>717</sup>

<sup>716</sup> La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 23 de mayo de 1949, enmendada por la Ley de 26 de noviembre de 2001 (*Boletín Oficial Federal* 1, p. 3219), la cual establece en su artículo 20 /Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia/ que la República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social y que todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al derecho. Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

<sup>717</sup> “Declaramos estar convencidos de que la democracia es no sólo un sistema de gobierno, sino también una forma de vida a la que los valores éticos dan consistencia y perdurabilidad”. Declaración de Margarita. VII Cumbre Iberoamericana en el tema de los valores de la democracia. 8 y 9 de noviembre de 1997. Jefes de Estado y de Gobierno de Países Iberoamericanos; presidente de la República de Venezuela, Rafael Caldera.

En la enumeración que hace la Constitución de los valores superiores del ordenamiento jurídico,<sup>718</sup> la Constitución incorpora la ética, la cual influye en toda la normativa constitucional y legal, no solo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. Sirve la ética de pauta para quienes aplican el derecho, a quienes les corresponde establecer, interpretar, y poner en práctica normas jurídicas.<sup>719</sup>

Ahora bien, la ética trata sobre la conducta correcta y si la aplicamos a las tareas del Estado, destaca la vinculación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a los derechos humanos, donde se evidencia la necesidad de cumplir no solo una obligación (negativa) del Estado de abstenerse de injerencias en el ámbito que aquellos protegen, sino también una obligación (positiva) de llevar a cabo todo aquello que sirva a la realización de los derechos fundamentales, incluso cuando no conste una pretensión subjetiva de los ciudadanos.<sup>720</sup> En este comportamiento estatal y ciudadano, la pregunta es: ¿Cómo podemos valorar la presencia de la ética en la institucionalidad democrática?<sup>721</sup>

<sup>718</sup> La Constitución española de 27 de diciembre de 1978, modificada por reforma el 27 de agosto de 1992, establece en su artículo 1º que:

“1. España se constituye en *un Estado social y democrático de Derecho*, que propugna como *valores superiores* de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. 2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. 3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria”.

<sup>719</sup> En este orden de ideas, la ética sirve también de contrapeso a la tendencia peligrosa de la jurisprudencia de usar los derechos humanos como el núcleo duro de todo el ordenamiento jurídico y llevar cualquier cuestión a ese campo, muchas veces distorsionando el fondo del asunto judicial a resolver. El parámetro ético de un juez es siempre proteger las condiciones elementales de amenaza a la dignidad humana y de una vida en libertad.

<sup>720</sup> Conrado Hesse, “Significado...”. Ob. cit., p.94.

<sup>721</sup> Se considera que en la ética existe una diferencia entre el valor absoluto y el valor relativo. El primero, el absoluto, es aquel que resulta independiente de puntos de vista individuales y culturales; además, de si es aprendido o no, permanece constante sin importar la experiencia individual o colectiva del mismo, por eso si ese valor no fuera conocido, su implementación solo podría hacerse desde el momento que lo conocemos. Aquí podemos invocar como ejemplo la ética como valor absoluto de la justicia. Mientras el segundo, el valor relativo, es subjetivo, es dependiente de puntos de vista individuales y culturales, y por lo tanto sinónimo del valor personal y cultural; varía según la interpretación y puede ser explicado como una suposición; ejemplo de ello es el valor relativo de la ética de la tolerancia.



En el caso que nos ocupa, el valor de la ética constitucional se refiere a la propiedad que tienen las cualidades o características de las acciones o de las instituciones atribuidas y preferidas, seleccionadas o elegidas de manera libre, consciente, que sirven al individuo para orientar sus comportamientos y acciones en la satisfacción de determinadas necesidades. El hombre vive sumergido en un ambiente de valores, símbolos y señales. Ante esto es necesario una exacta comprensión de los valores.

Pero en realidad los valores están por encima de los postulados del derecho positivo, son intangibles y atemporales y se presentan relacionándose entre sí, son universales. Son entonces, opciones de vida y normas de comportamiento, que funcionan como puntos de referencia de los propios juicios, conductas y opciones y tienen un poder creativo. Por otra parte, se señala que la ética se nutre de dos valores que sabe combinar, como son la igualdad y la libertad, y con ellas se proyecta individual o colectivamente. En el primer caso no está sujeta a normas generalizables; en el segundo debe estarlo.<sup>722</sup>

La ética como valor<sup>723</sup> lo aplicamos cada vez que tomamos una decisión y escogemos entre opciones. Si aplicamos la ética al orden constitucional, este no se queda en acompañar como valor superior al resto de los valores intangibles del Estado, republicano, democrático y social de derecho para proteger cualquier reforma a dicho postulado, provenga de donde provenga y por las razones que sean. Se inserta en dos principios: la legalidad (reserva y primacía de la ley) y particularmente en la independencia de los jueces. En estos dos pilares se fundamenta la ética de la justicia.

Una medición empírica de los valores se orienta a determinar si hay rechazo o no a la tesis “maquiavélica” de que el fin justifica los

<sup>722</sup> Victoria Camps, *Ética, retórica, política*, pp. 14 y 15.

<sup>723</sup> La escala de valores establecida por Max Scheler se ordena y desglosa así:

- *De lo agradable y desagradable* (corresponde a la naturaleza sensible)
- *Espirituales*; estos comprenden:
  - Los valores estéticos (la belleza)
  - Los valores jurídicos (la justicia)
  - Los valores del conocimiento puro (la verdad)
  - *Religiosos*, que se expresan a través de lo sacro y lo profano (Se considera que este valor funda los otros y por ello es el valor supremo).

medios. Cuando la población justifica y le da importancia al fin para lograr lo que pretende, sin atender a los medios que utiliza, la falta de ética es evidente. La realidad es que en ese caso y de ser esa la respuesta generalizada, estaríamos ante una población que tiene una profunda falta del ejemplo ciudadano y gubernamental para formarse una conducta moral y ética acorde con el valor de la ética constitucional a la que hicimos referencia anteriormente.

El valor ético de algo o de alguien denota su grado de importancia, con el objetivo de determinar cuál acción o vida es mejor realizar o vivir (deontología), o por lo menos un intento de describir el valor de distintas acciones (axiología). Puede ser descrito como tratando a las acciones mismas como objetos abstractos, asignándoles valor a ellas. Trata sobre la conducta correcta y la vida buena, en el sentido de que una acción que posee mucho valor o un valor relativamente elevado puede ser considerada “buena” desde un punto de vista ético (en el sentido de un adjetivo), y una acción que posee un valor bajo o por lo menos bajo en sentido relativo puede ser considerada “mala”.

Lo que hace que una acción sea valorada depende de los valores éticos, de los objetos o de las personas lo que la aumenta, disminuye o altera. Una persona o un objeto con un “valor ético” puede ser identificado como “ético o filosóficamente bueno” (en el sentido de un sustantivo).

Ahora bien, existe una tendencia a diferenciar entre el valor absoluto y el valor relativo referido a la ética. El primero, el absoluto, es aquel que es independiente de puntos de vista individuales y culturales; además de ser independiente de si es aprendido o no, permanece constante sin importar la experiencia individual o colectiva del mismo, por eso si ese valor fuera conocido no puede suponerse su implementación, sino desde el momento que lo conocemos. Mientras, el valor relativo es subjetivo, dependiente de puntos de vista individuales y culturales, y por lo tanto sinónimo del valor personal y cultural, varía según la interpretación y puede ser explicado como una suposición.

En este contexto, la Constitución es por tanto una herramienta de cultura que permite corporizar los valores, que habla en mensajes escritos, que nos permite descubrir cómo la ética está en todo su contenido, y que identifica los valores básicos de los cuales irradian los valores

intrínsecos que los conforman, es decir, un teorema de vida democrática. El valor de la ética más que un contenido es un continente.

Se entiende entonces por valor lo que hace que un hombre sea tal; se refiere a una excelencia a una perfección que se busca, y la sociedad exige un comportamiento digno de todos los que participan en ella; entendemos así el respeto a la dignidad del hombre como valor superior. Por tanto, la ética del juez hace que un juez sea tal y su comportamiento ajustado a la justicia, cuando tiene como línea de referencia al juzgar que "...no es Estado de Derecho aquel en el que exista o pueda existir legalmente la injusticia".<sup>724</sup>

Ahora bien, la lista de valores establecidos en la Constitución tienen sentido cuando nos acercamos y hacemos puente entre ellos. Por ejemplo, los valores de la República (libertad, igualdad, justicia y paz internacional) son los que tiene el Estado y los ciudadanos; los llamados valores superiores, corresponde a la carga que debe garantizar el Estado, se ubica precisamente en su protección, pues terminan siendo en realidad la esencia e identificación con los derechos humanos constitucionales.

Por tanto, existe una distinción y articulación de valores y responsabilidades: el Estado debe garantizar la justicia y los ciudadanos deben actuar con justicia. El resultado: con justicia hay imperio de la ley, bien común y paz. Todo esto permite que el Estado deba ejercitar la justicia. La justicia es más que jueces y la paz se consolida. Para que esta relación de valores funcione debe estar regida por la ética, el valor que cimienta las conexiones entre los valores.<sup>725</sup>

La ética, por tanto, rige igualmente para las personas que hacen vida en la República; cada persona es un promotor de valores, por la manera en que vive y se conduce. Desde el punto de vista socioeducativo, los valores son norma ética, considerados referentes que orientan el comportamiento humano hacia la transformación social y la realización

<sup>724</sup> Frase atribuida a H. Maurus, citada por Ricardo Thoma en la lección magistral al incorporarse a la Universidad de Yubinga en 2010.

<sup>725</sup> El sistema jurídico se rige por reglas y el hecho de incorporar los valores no es óbice para que el juez se aparte de la norma, salvo que sea incompatible con una disposición constitucional, de manera que los valores se ponderan pero no al margen de la ley. Véase *El País* (Opinión). ¿Reglas o principios? Autor: José María Ruiz Soroa, 8 de julio de 2013.

de la persona. Entonces, la ética, además de un valor superior, impregna el resto de los valores.

Por eso la demanda de justicia como valor significa la búsqueda de calidad de vida como la garantía de la satisfacción de los derechos y libertades que corresponden a cada persona, es decir, aquello que nos hace personas y nos da el sentido de ciudadanía.

Si a cada uno nos corresponde la satisfacción de los derechos, lo justo es que la sociedad desee estar a la altura de la mínima dignidad, satisfaga las necesidades básicas y promueva las capacidades de las personas para que puedan satisfacerlas y llevar a delante una vida feliz. Es así que se desarrolla la capacidad de discernir de todos los medios posibles para hacer justicia. “Necesitamos, quién lo duda, alimento, vestido, casa y cultura, libertad de expresión y conciencia, para llevar adelante una vida digna”.<sup>726</sup> De tal manera, la ética se mezcla con el valor de la justicia para que se realice en la obtención de su satisfacción para cada persona que en ejercicio de sus derechos la obtenga.

### **II.1.2. La ética como principio**

La ética pretende determinar los principios básicos de la justicia y sus consecuencias específicas, por tanto, presupone la posibilidad de formular y justificar racionalmente juicios de valor. Por ello se ha calificado como ética normativa aquella que formula y justifica acciones justas.

Cuando la ética se expresa en el derecho constitucional, señala la necesidad de redimensionar el papel del propio derecho constitucional y el reconocimiento que ese principio supone, también la necesidad de replegar, cuando no desplazar, los métodos tradicionales de interpretación que resultan insuficientes (e incluso disfuncionales) para interpretar la Constitución.<sup>727</sup>

<sup>726</sup> Cortina, Adela. 2002. *Educación en valores y responsabilidad física*. Editorial El Búho, p. 20.

<sup>727</sup> “...el ideal estadounidense de Gobierno no bajo leyes sino además bajo principios es la más importante contribución de nuestra historia política. Otras naciones y culturas se han dado cuenta de ello, y el ideal estadounidense ha sido creciente y autoconsciente adoptado e imitado en todos lados (Dworkin, 1996, *La lectura moral de la Constitución*)”.

La superioridad normativa de la Constitución, y con ello la subordinación de la ley a los principios, constituyen el fundamento o la razón subyacente de las reglas, de modo que en muchos casos en los que se discute la validez constitucional de las reglas, se trata con frecuencia de esta subordinación de la ley a los principios que hoy la juzgan desde un estrado más elevado. Se puede afirmar que al nivel de los enunciados de las normas se puede encontrar la relevancia y protagonismo que han asumido los principios en el Estado constitucional de derecho.<sup>728</sup>

Por eso, “...la dificultad ética está más en la interpretación de la ley o del principio, que en la formulación de leyes y principios. Porque los principios no son radicalmente separables de sus consecuencias, y los medios acaban apoderándose de los fines... Cuando los fines son valores abstractos, como ocurre con los fines éticos... estos se van definiendo al realizarlos...”.

La ética de nuestro tiempo parte de una realidad plural que asume valores diversos y múltiples. La única forma de respetar la libertad y la tolerancia es mantener el formalismo de las normas, es decir, la posibilidad de interpretarlas y adaptarlas a situaciones distintas. Tal formalismo no es sino el principio del régimen democrático que legitima una forma de proceder, pero no puede legitimar *a priori* los contenidos o resultados de tal procedimiento. Por ello, si hay... racionalidad, o un discurso ético, este no puede, sin embargo, limitarse a señalar las reglas de juego, las pautas de procedimiento legítimo. Debe también tratar de razonar sobre los resultados, los contenidos”.

Los principios en el derecho constitucional están inevitablemente comprometidos con la política, la justicia y la ética, quizá como ninguna otra especialidad del derecho. Por eso un debate importante se concreta en cuanto a los principios debido al peligro de las zonas de discrecionalidad judicial que pueden incrementarse sin controles en un mundo de los principios; filósofos y jueces que actuarían inventando principios *ad infinitum*.<sup>729</sup>

<sup>728</sup> Texto tomado del libro “*El ascenso de los principios en la práctica constitucional*”, del autor Pedro P. Grández C. pp. 32 y 33.

<sup>729</sup> *Ibidem*, pp. 41 y 44.

El texto constitucional está dominado por principios que van desde los que establecen el orden jurídico político, como son: el de sujeción (Estado sometido al ordenamiento jurídico), la separación de poderes, el de legalidad (actos y funcionarios apegados al derecho); la rigidez constitucional; el de control constitucional (los actos jurídicos no pueden ser contrarios a la Constitución y de serlo son nulos); el de aplicación inmediata de los derechos humanos; el de responsabilidad del juez (responsable por los daños que cause en el ejercicio de sus funciones); el de publicidad de las normas (deben ser conocidas para poder defenderse) hasta los principios que rigen el sistema socioeconómico, justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad.<sup>730</sup>

Los principios que establece la Constitución en nuestra condición de República son:<sup>731</sup> integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.<sup>732</sup> Igualmente, consagra principios que rigen para la administración pública: honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas, sometimiento a la ley y al derecho, responsabilidad al servicio de los ciudadanos, principios estos que es difícil separarlos de los que rigen para la justicia.<sup>733</sup>

Destacan en la Constitución los principios que debe aplicar la justicia: que sea gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita.<sup>734</sup>

En cuanto a los principios fundamentales de los derechos humanos, tenemos: progresividad, no discriminación, goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependientes, su universalidad, irreversibles e intransferibles.<sup>735</sup>

Los derechos fundamentales son reglas, puesto que los comportamientos prohibidos o las obligaciones que imponen los derechos se configuran en el mundo fáctico como posibles de ser identificados

---

<sup>730</sup> Artículo 299 constitucional.

<sup>731</sup> Artículo 141 constitucional.

<sup>732</sup> Considerando que somos un Estado federal descentralizado.

<sup>733</sup> Artículo 141 constitucional.

<sup>734</sup> Artículo 26 constitucional.

<sup>735</sup> Artículo 19 y 22 constitucional.

“frente a sus violaciones” como auténticas reglas. Este concepto de reglas sería, por decir lo menos, incompleto para la teoría principista, puesto que la estructura de toda norma puede ubicar problemas de indeterminación, tanto en la prescripción del mundo fáctico como en la interpretación/comprensión del contenido de la prescripción o de la calificación jurídica.

Es necesario reiterar cómo si bien es una disciplina normativa, no está caracterizada solo por el carácter imperativo propia de una norma, debe adecuarse a normas de comportamiento.

Por eso, la Constitución es un código de valores y principios que pretende dar contenido histórico y político. De allí que las normas constitucionales son distintas a las demás, por cuanto no son puras palabras, sino que ellas constituyen el orden de la convivencia política e informan todo el ordenamiento jurídico.<sup>736</sup> Al Venezuela constituirse como un Estado democrático y social de derecho y de justicia lleva aparejado todo el orden de valores y de principios, los cuales debe informar el conjunto de artículos constitucionales, colocando a la persona humana, a su individualidad como el núcleo central de su normativa, reconociendo que es la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes al darle el sustrato de los principios caracterizadores de la soberanía. Es decir, la voluntad del pueblo es la base de la ordenación jurídico-política.

Tengamos presente que la Constitución se garantiza a sí misma; el resto de las normas siempre requieren coerción estatal. Con la legislación ordinaria su observancia resulta garantizada desde afuera, mientras ocurre todo lo contrario con la Constitución, pues su cumplimiento no se garantiza por un ordenamiento jurídico existente por encima de ella, ni por la fuerza coactiva del Estado. La Constitución no depende sino de su propia fuerza y de sus propias garantías, lo que hace que sea necesaria la existencia de un tribunal que deba decidir sobre su observancia. El sometimiento voluntario de los órganos del poder público que la reconozcan y asuman sus responsabilidades, es la garantía de su cumplimiento. Vemos entonces cómo el comportamiento y la conducta ética de quienes se desempeñan en las distintas ramas del poder, de aceptar

---

<sup>736</sup> Véase Sentencia del Tribunal Constitucional Español 9/1981 de 31 de marzo.

el contenido de la Constitución y acatarla; entonces, el orden legítimo proviene de su propio texto al que se considera éticamente recto.<sup>737</sup>

## II.2. Inclusión de la ética en la Constitución venezolana

La ética se incorpora por vez primera en la Constitución venezolana (aprobada mediante referendo popular el 15 de diciembre de 1999), y la incluye entre los valores superiores del ordenamiento jurídico, y somete a ella la actuación del Estado democrático y social de derecho y de justicia.<sup>738</sup>

En cinco oportunidades se refiere la Constitución a la ética de manera expresa; ellas son:

La primera, la ética marca el hilo conductor de los 350 artículos de la Constitución (Art. 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, entre otros *la ética* y el pluralismo político” (resaltado nuestro).

La segunda referencia a la ética, como principio constitucional (Art. 102), está referida al derecho a la educación, cuando señala: “... La educación...*está fundamentada en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano, y el pleno ejercicio de la personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo...*” (resaltado nuestro)

<sup>737</sup> Tomado de Conrado Hesse, *Constitución y derecho constitucional*, pp. 8 y 9.

<sup>738</sup> Constitución de la República de Bolivia. Artículo 8.I. *El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble).II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien (destacado nuestro).



La tercera cita de la Constitución hace imperativo el comportamiento ético que debe regir para todo juez de la República (Art. 267) y a tales fines consagra el régimen disciplinario de magistrados y jueces, fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano, que a tales fines dicte la Asamblea Nacional, ordenando que dicho procedimiento sea público, oral y breve.

La cuarta referencia constitucional a la ética (Art. 274) consagra la obligación constitucional de los órganos que ejercen el poder ciudadano para que "...prevengan, investiguen y sancionen los hechos que atenten contra *la ética pública y la moral administrativa*".

La quinta y última regulación constitucional de la ética (Art. 280) establece entre los requisitos indispensables para desempeñar el cargo de Defensor del Pueblo, que la persona que se elija deba "...cumplir con las exigencias de honorabilidad, *ética* y moral que establezca la ley...".

El artículo 274 constitucional establece que los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa;<sup>739</sup> 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.

Ahora bien, los órganos que ejercen el poder ciudadano conforman el Consejo Moral Republicano y son: el Defensor del Pueblo, el Fiscal General y el Contralor General de la República y uno de ellos será designado presidente por el Consejo Moral Republicano.

El artículo 278 establece que el Consejo Moral Republicano promoverá todas aquellas actividades pedagógicas dirigidas al conocimiento y estudio de esta Constitución, el amor a la patria, las virtudes cívicas y democráticas, los valores trascendentales de la República y la observancia y respeto de los derechos humanos.

---

<sup>739</sup> Toman como referencia para incluir el calificativo de moral al Consejo Moral Republicano y la expresión de moral administrativa, el poder moral, consagrado por Simón Bolívar en la Constitución de la República de 1819.

Para comprender la inclusión de la ética en el texto elaborado por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) de la época, se requiere consultar la Gaceta Constituyente (Diario de Debates octubre/noviembre 1999), la cual reporta en la sesión ordinaria de 19 de octubre de 1999 (primera discusión del proyecto de Constitución) la lectura del artículo 1 del proyecto de Constitución, cuyo contenido es muy similar al que ahora es el artículo 2°, con la salvedad que originalmente el valor superior se calificaba como “ética pública”. En realidad, la discusión de los constituyentes se centró en si se refundaba la República más que en la enumeración de los valores superiores, pues solo se agregó en la discusión el valor de la democracia.

Es conveniente relacionar el trabajo de la ANC con la propuesta que le hiciera a ese cuerpo el ya autodenominado para la época, *Comandante* presidente Hugo Chávez Frías, el 5 de agosto de 1999. El documento se titulaba “Las ideas fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República”, donde en el título I “De la Nación, la República y el Estado”, primer capítulo de la nación, proponía a la ANC como artículo 3° lo siguiente: “*Todos los integrantes de la Nación están obligados éticamente a practicar la solidaridad como norma de vida, contribuyendo a construir el proyecto común y su desarrollo permanente y progresivo*” (resaltado nuestro).

Otra propuesta relativa a este tema, en el capítulo de la República, expresaba: “Es objeto de la República Bolivariana, promover el *desarrollo moral de la nación...* y el afianzamiento de los valores universales de convivencia con la comunidad internacional”.

Sometida a revisión la segunda discusión del texto constitucional por parte de la ANC (Gaceta Constituyente, Diario de Debates noviembre 99/ enero 2000) el contenido del artículo 1 que ahora es el artículo 2, el constituyente Allan Brewer-Carías propone eliminar la palabra pública que acompañaba a la ética, como uno de los principios superiores de la República, y expresa: “... pienso que debe ser “ética” porque también la privada debe estar allí”. De manera que la idea de ética debe ser un principio general de la sociedad venezolana y no solo la ética pública. La propuesta fue incorporada y aprobada.

Ello significa que la esencia de todo el andamiaje normativo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es la ética como

valor superior del ordenamiento jurídico; por tanto, la propia Constitución exige a todas las personas en funciones públicas, o en actividades privadas, es decir, quienes ejerzan el poder público o las personas sean físicas o morales, que su comportamiento esté sujeto a la ética. Por tanto, para todo el que habite o realice funciones públicas o privadas, la ejecución y el cumplimiento de la Constitución está regido por la ética.

La ética constitucional es entonces el dominio de la acción y de la praxis humana. Haber incorporado a la ética como valor superior del ordenamiento jurídico y constituir el axioma de la legitimación de la actuación del poder, determina que lo obligatorio en política es obligatorio en ética, cuando se trate del sometimiento de aquella a la Constitución. La ética no está separada de lo que somos como nación.

La autonomía de la política tiene ahora el límite de la ética constitucional. Maquiavelo defendía la separación entre la ética y la política, sin embargo, en Venezuela quedó normativizada su relación, desde el momento que inclusive la ética se le impone a la política y la libertad de la política quedó sometida al contenido constitucional.

Una política se puede juzgar como buena o mala por los ciudadanos, pero el parámetro que prima es si la política es constitucional o no, si está apegada a los elementos que conforman la identidad constitucional, como es entre otros aspectos:

- Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo.
- Consolidar un Estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de toda la nación.
- Proteger a todos los venezolanos y habitantes de Venezuela en el ejercicio de los derechos humanos, su cultura y tradiciones e instituciones.
- Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.
- Establecer una sociedad democrática avanzada y colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.

Para que el ejercicio de la política responda al valor supremo de la ética, debe ser cumplida como el deber impuesto por la Constitución de

la República Bolivariana de Venezuela a todas las personas y los órganos que ejercen el poder público.

Ahora, a la ética en su condición de norma se le cuestiona como valor con un canon constitucional impreciso, cambiante y, por tanto, que puede estar sujeto a la voluntad de los intérpretes. La respuesta a esta inquietud es que la igualdad, la libertad y la justicia no suponen restar fuerza o sentido al mandato constitucional que las exige, ni evitar el carácter vinculante de los mismos. Los valores constitucionales no pueden, por tanto, servir para justificar una contradicción con los preceptos expresos de la Constitución, aun cuando si tenemos que reconocer que tienen una evidente potencialidad interpretativa, por cuanto los principios y valores constitucionales ayudan a precisar y determinar el sentido de los mandatos contenidos en la Constitución, y la forma en que han de aplicarse a situaciones nuevas, imprevistas por el constituyente.

Por tanto, si bien es cierto que la tarea interpretativa aumenta la vida misma de la Constitución, son los valores constitucionales los que permiten la adaptación de la Constitución a realidades cambiantes, sin alterar su espíritu, propósito y razón. Es por ello que esta tarea interpretativa no se deja tampoco al arbitrio del intérprete.<sup>740</sup>

La Constitución positiviza unos principios de orden valorativo y metajurídicos, en el sentido de que su validez no se reconduce solo al campo jurídico. Por eso no existe vía libre al intérprete sobre el significado y alcance de la Constitución; es un proceso lógico-jurídico, razonado y responsable que entra en contradicción con la letra de la Constitución.<sup>741</sup>

### II.3. ¿Tiene cabida en la Constitución una “ética socialista”?

De acuerdo con el material de trabajo “Apuntes para la elaboración de un Código de Ética socialista”, el listado de 40 valores no guarda relación con la ética como valor superior constitucional, por cuanto

<sup>740</sup> Gonzalo Pérez Salazar, “Los límites a la interpretación constitucional”. Trabajo presentado para las *Memorias del III Congreso Mundial de Justicia Constitucional*, organizado por la Universidad de Bolonia, 10-13 de octubre de 2017.

<sup>741</sup> Tomado de la Constitución como sistema de valores, en *Derecho constitucional*, volumen I...Ob. cit..., pp. 31 a 33.

regula la conducta de aquellos miembros que deberán practicarlos, como son los inscritos en el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV). Ahora bien, al haber permitido el poder electoral la inscripción de este partido nacional como “de Venezuela” permitió su identidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo que resulta absolutamente contrario a las normas que rigen el régimen de partidos políticos.<sup>742</sup>

La modalidad de avanzar en el ejercicio del poder, con la crítica al sistema político que contiene la Constitución de 1999, utilizando su texto para que en el discurso diga otra cosa, como la lucha contra el imperialismo y capitalismo, es decir, contra el sistema republicano todo. El régimen totalitario sin legitimación ética está en busca de hacer su propio ordenamiento jurídico a la medida de blindar, desde la perspectiva legal, su atropello. Si el poder no obedece el derecho es porque la dictadura ha sido implantada. La decisión desde el poder es considerar que el PSUV es el partido del Estado y que la llamada Revolución Bolivariana es la única opción de participación de todos los venezolanos, voluntaria o doblegada.<sup>743</sup>

Cuando se examina el *Libro Rojo*<sup>744</sup> y en él se establecen los principios, estatutos y las normas éticas de comportamiento de quienes militan en el PSUV, la separación conceptual y ética de la ideología de este partido y el texto constitucional es definitiva.

Insisten los Estatutos en que el objeto del partido es la construcción del poder popular, una efectiva centralización para el combate de la pobreza, el Estado comunal planificado, los consejos revolucionarios de trabajadores y los consejos revolucionarios de estudiantes, erradicar los intereses particulares, un bloque antiimperialista internacional de gran escala, la liberación de la clase trabajadora y la socialización

<sup>742</sup> República Bolivariana de Venezuela. Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones. *Gaceta Oficial* N° 6.013 ext. de 23 de diciembre de 2010.

<sup>743</sup> Es cierto que en una sentencia que trata de interpretar lo que significa el Estado social de derecho ni menciona los valores que propugna, pero al menos cuando habla de las libertades económicas de la Constitución aclara algo crucial en este momento, como es decir “...No es que el Estado Social de derecho propenda a un estado Socialista...” (Sentencia de Sala Constitucional del TSJ caso ASODEVIPRILARA y otros de fecha 24 de enero de 2002).

<sup>744</sup> Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV). Documentos fundamentales. *Libro Rojo*. Junio 2010. Impreso en Venezuela.

de los medios de producción con la consigna “Patria socialista o muerte...venceremos”.

En cuanto al comportamiento ético del militante, los Estatutos las resumen así: estar siempre al lado del oprimido para que tenga una vida plena y gratificante; estar junto al pueblo trabajando; jurar defender la vigencia plena de la Constitución; defender la igualdad entre hombres y mujeres y la defensa de los derechos de las personas, incluyendo la defensa de la madre tierra; construir una sociedad nueva; elevar el estudio de la realidad socioeconómica; se rigen por los valores y sentimientos de honestidad, transparencia, verdad, sacrificio, desprendimiento, justicia, igualdad y equidad; se obligan a vivir en forma austera y sencilla, modesta, honrada y digna, sin buscar la riqueza material individual; confrontar la corrupción, los corruptos, el chantaje y la impunidad; luchar por la justicia contra la explotación capitalista.

Todos estos comportamientos a los que se obliga el partidario del PSUV están asociados expresamente a la lucha antiimperialista, anticapitalista y la consolidación de la “democracia” bolivariana, que se construye a partir del socialismo bolivariano, mediante el reconocimiento y fortalecimiento del Poder Popular. Al comparar el objeto del PSUV con la República y la democracia constitucional,<sup>745</sup> se constata de inmediato cómo a través del lenguaje se ha impuesto una identidad entre el partido y el Gobierno como brazos ejecutores de lo que en el Libro Rojo se titula poder revolucionario del pueblo, eufemismo que pretende aparentar que la voluntad del pueblo es la del partido y también la del gobierno. Y nadie más tiene cabida en el ejercicio del poder. De esta manera la Constitución pasa a ser una mera referencia que justifica una legitimidad inexistente.

La necesidad del derecho de legitimarse a través de un proceso democrático en el cual los que participan puedan sentirse identificados con los valores que subyacen en el derecho, es lo que puede ayudar a que el orden constitucional y jurídico permita lograr la paz en la sociedad. Reencontrar lo que es la falta de derecho con lo que debería

<sup>745</sup> Constitución de la República. Artículo 6. El Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, *pluralista* y de mandatos revocables. (resaltado nuestro)

ser, y la esperanza de que la ética como razón de la justicia haga que el sistema de reglas más que impuesto por la fuerza sean aceptadas de forma voluntaria y se recupere la autoridad del comportamiento ético, es el desafío.<sup>746</sup>

### CAPÍTULO III

## ÉTICA Y JUSTICIA

### III.1. La prioridad de lo justo

La ética es una regla de vida para el ejercicio de la política y del derecho y este se debe a la justicia; a su vez, es en el derecho que los valores de la democracia toman sentido. Encontrar el sentido de la palabra justicia nos ayuda a comprender que solo en democracia puede existir.

El derecho y los valores de la democracia son indisolubles. En el derecho es que los valores toman sentido, y las grandes nociones del derecho actual toman de los valores una parte esencial de su significado.<sup>747</sup>

La relación entre la ética y el derecho es esencial en la enseñanza jurídica y ello permite dar respuesta al dato concreto que existe en esa relación que comienza por la justificación del deber de cumplimiento de las normas jurídicas, pasa por la configuración de la validez del derecho y llega al ejercicio concreto de las profesiones jurídicas, o sea, el oficio del jurista. Por cuanto no existe una ruptura entre lo que el derecho es (norma positiva) y lo que debería ser (exigencias éticas), porque como sostiene Ángela Aparisi, el problema de la justicia, del derecho justo, requiere de una comprensión global e incluso crítica del fenómeno jurídico, y deberíamos añadir que requiere además de una conciencia habilitada para la reflexión ética de todo operador jurídico, pero sobre todo en quien decide, en último término, el deber ser jurídico respaldado: el juez.<sup>748,749</sup>

<sup>746</sup> Julio Rodríguez Berrizbeitia, *Fundamentación moral del derecho*, pp. 34 y 35.

<sup>747</sup> Emmanuel Dockes, *Valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales*.

<sup>748</sup> Hugo S. Ramírez García, *Derecho y ética: convergencias para la formación jurídica*, pp. 64 y 65.

<sup>749</sup> Rodolfo Vigo, *Ética del abogado. Conducta procesal indebida*, p. 69.

Sin embargo, tenemos presente que a la justicia la podemos apreciar con distinta perspectiva, se asienta en cada uno de nosotros, depende de cómo la dimensionemos y qué esperamos de ella. Se manifiesta en cada individuo de la colectividad como sinónimo de derecho. No hay duda de que la mayoría de las personas consideran que lo justo es lo que se encuentra acorde con el derecho, siendo factible que ni siquiera conozcan el derecho. Consecuentemente, en cada uno de nosotros hay una idea potencia de ella, la cual nos mueve a dar o esperar algo, y de ahí lo importante de determinar ese germen.

En segundo lugar, no creo que sea posible que pensemos que lo justo se encuentra únicamente en el derecho, pues es una de las tantas manifestaciones que tiene. De manera que cada persona al nacer viene a formar parte de una sociedad, de un país, de una nación, de un mundo globalizado, en el que hay una serie de elementos, costumbres, principios, ideales, entre otros, que vienen a determinar o condicionar lo que entendemos por justicia. De manera que si le preguntamos a un niño radicado en Estados Unidos de América qué es la justicia, no va a producirse la misma respuesta que la de un niño de Nigeria o de Venezuela. Por tanto, ese germen de derecho emana de la realidad a la que cada uno de nosotros pertenece.

Es fundamental, además, no olvidarse de que hay un sector de la población que tiene la posibilidad de acceder a estudiar, a capacitarse, no quedándose únicamente con aquello que le dio el entorno social en que nació, sino que tiene la oportunidad de desarrollarse en el mundo de la información al que tuvo acceso. Ciertamente, estas personas tendrán un concepto de la justicia y del derecho más acabado del que tienen aquellos que no entraron en el mundo del conocimiento.

No obstante, esta división de ciudadanos sin conocimiento o con conocimiento desaparece cuando viven u observan un acto que califican de injusto. Por eso avanzar en educar en justicia permite avanzar en democracia.

Ahora bien, todo indica que la justicia tiene una concepción política, como sostiene John Rawls,<sup>750</sup> con tres elementos característicos, todos ellos dominados por la esencia de la imparcialidad:

---

<sup>750</sup> John Rawls, *Liberalismo político*, pp. 36 a 39.



- La primera característica es el marco de las instituciones básicas y los principios, preceptos y normas que se aplican a ese marco, así como la forma en que han de expresarse esas normas en el carácter y las posturas de los miembros de la sociedad, que llevan a la práctica los ideales de dicha concepción.
- La segunda característica es la concepción comprensiva de la justicia, es decir, su alcance, pues incluye concepciones de lo que es el valor de la vida humana, de ideales de amistad, de relaciones familiares y de asociación y de otros muchos elementos que conforman nuestra conducta, nuestra vida en su totalidad, que agrupa todos los valores y virtudes reconocidos en un sistema articulado.
- La tercera característica es la concepción política de la justicia, cuyo contenido se expresa en términos de ciertas ideas fundamentales que están implícitas en la cultura política pública de la sociedad democrática.

Por lo anterior, la justicia como imparcialidad empieza en el interior de cierta tradición política y se la adopta como su ideal fundamental. Esta idea organizadora se desarrolla junto a dos ideas fundamentales afines: una es la idea de los ciudadanos considerados como personas libres e iguales, y la otra es la de una sociedad bien ordenada, regulada por una concepción política de la justicia.<sup>751</sup> Aquí se muestra la idea de la sociedad como un sistema justo, y al tener esa esencia de justo la ética personal de sus integrantes cobra valor, lo que crea el vínculo ciudadano con otras personas, dando una apropiada concepción de la justicia y marcando los términos de cooperación social.

---

<sup>751</sup> “El respeto a la ley y su observancia constituye la norma suprema: es tan necesaria que sin ella no puede subsistir la sociedad, esta impone una obligación estrecha a cada uno de sus individuos de cumplir con lo que respectivamente le corresponde: y no hay títulos, no hay consideraciones bastantes que los releven de esta obligación, desde la primera autoridad hasta el encargado más subalterno ya se considere la administración general de una República, ya el poder de administrar justicia, desde el dueño de la mayor fortuna hasta el más destituido de facultades. Desde el que se halla en el colmo de los honores y distinciones, hasta el más obscuro habitante comprende el imperio de la ley; y todos son ante ella iguales, porque la regla de la justicia y equidad que mide a todos, es una misma, sin que pueda admitir variaciones esenciales, por más que sea distinta la condición de las personas”. Tomado de Sergio Fernández Larraín, *Cartas a Bello en Londres 1810-1829*, p. XLVIII.

Ahora bien, la justicia como imparcialidad en lo político no lo abarca todo, y tenemos que considerar cómo extenderla para que abarque la ley y la aplicación de la misma. De allí que cuando se describe una sociedad bien ordenada se expresan tres cosas: una idea de la justicia públicamente reconocida y que todos aceptan los mismos principios de justicia, unido al cumplimiento por parte de las instituciones políticas y sociales de tales principios, y que los ciudadanos tengan un sentido efectivo de la justicia y, en función de ello, cumplen las reglas (instituciones básicas) a las que consideran justas. Aunque esta concepción de la justicia parezca muy idealizada, tenemos claro que cualquier concepción de la justicia que no pueda ordenar bien una democracia constitucional es inadecuada, como concepción democrática.

Ciertamente la justicia es un determinante sustancial de la sustantividad, ya que evita que grupos de la población tengan el poder de generar cambios de fondo en la distribución de la propiedad, entre otros derechos y garantías, o que puedan privar a sectores de la población de ejercer sus derechos y libertades fundamentales.<sup>752</sup> Una sociedad democrática se caracteriza por el hecho de existir en ella un razonable pluralismo, por cuanto es en él que puede darse el apoyo al consenso para tener una apropiada concepción de la justicia.

El ciudadano posee entonces dos poderes éticos básicos, uno en la capacidad de tener sentido de justicia y, dos, la capacidad de tener una concepción del bien, interpretado a través de lo razonable. Igualmente tienen los ciudadanos la capacidad de adquirir concepciones de justicia e imparcialidad y el deseo de actuar según estas convicciones cuando las instituciones, como el poder judicial, y sus jueces en particular, están dispuestos y actúan de acuerdo con prácticas justas e imparciales y decisiones que refuercen los intereses fundamentales (los derechos y libertades básicas). Por tanto, la justicia es un esquema normativo de pensamiento marcado por el comportamiento ético.

Así, la idea fundamental de una sociedad es una concepción de lo recto y del bien que sirva como fundamento para que los miembros de esa sociedad acepten reglas y procedimientos que guíen sus

---

<sup>752</sup> El Estado venezolano es el guardián de los derechos humanos, de ahí que la Constitución los califique de interdependientes, irrenunciables e indivisibles (Art. 19 de la CRBV).

actividades, “...si deseamos tener un sistema jurídico que imponga lo que crea correcto para que constituya obligaciones auténticas y no una sociedad que simplemente ejerza coerción en integrantes incapaces de resistir lo arbitrario”.<sup>753</sup>

### III.2. La legitimidad de la justicia

Ciertamente, la ética tiene la particularidad de que no se impone por vía jurídica, vincula mucho y condiciona comportamientos si tiene raíces; por eso para algunos investigadores en derecho comparado, se la podría calificar como un criptotipo en el concepto que el profesor Sacco ha traído al derecho.<sup>754</sup>

La ética, entonces, podría ser un término utilizado para indicar que existen reglas de esa naturaleza y que se aplican, pero que el jurista no las formula, aunque la practique. Por tanto, al aplicar esta premisa a la ética como reglas verbalizadas y practicadas, se realizan de modo automático e inconsciente. Por tanto, los criptotipos existen como contenido y son aplicados como si fuera una norma legislada. Es decir, el “...conocimiento tácito corresponde al saber actuar en determinada situación, estando dentro, y sin poder ubicarse fuera para hablar o reflexionar sobre él”.<sup>755</sup> Implica modelos de comportamiento y en otros casos aplicación de reglas sociales.

Una de las dificultades para medir si una actuación es ética se debe a la diversidad de los llamados sistemas morales que han existido en Venezuela. Es posible que la vivencia política de tantos años de dictadura desde la Independencia en 1811, haya creado un “pluralismo” de tendencias frente a un mismo acto, que cuando para algunas personas un acto es lo correcto para otras es inmoral, y no pareciera que traemos desde generaciones datos inequívocos de lo que está permitido ni de lo que está prohibido. Así, un acto es correcto para muchos e incorrecto para otros, ello sin incorporar un sentimiento muy común en nuestro país que es la lástima por quien se aparta de la ética y encontrar una justificación.

<sup>753</sup> John Rawls, *Liberalismo*, p. 117.

<sup>754</sup> Rodolfo Sacco, *Conversaciones con Roberto Sacco*, pp. 193-226.

<sup>755</sup> Caterina Raffaele, *El criptotipo, mudo e inactuado*, pp.1 y 2.

El segundo aspecto que complica este aspecto es la concepción de libertad. Es verdad que toda persona en una sociedad actúa bajo una presión social, cultural o laboral, pero entre el ser y el deber ser hay una distancia tan grande que la persona no identifica aquello que es incompatible con su libertad y por tanto inaceptable.

En tercer lugar, tenemos el problema de los valores, en cuyo campo radica el conflicto entre la objetividad y subjetividad de los valores, es decir, ¿debo acatar los valores ya definidos? ¿Conozco efectivamente el contenido de los valores, su esencia?

Estas preguntas se unen al tema de los derechos fundamentales. Ello por cuanto los destinatarios de tales derechos deben entender que los derechos no constituyen una dotación jurídica, sino el fundamento del sistema político-institucional, que no son negociables ni entre las fuerzas políticas mediante procedimientos legislativos, ni por las personas que son titulares de tales derechos, que no pueden reducir su alcance ni siquiera cuando consideran que ello favorece sus intereses.<sup>756</sup> Son inatacables e indisponibles, más aún indivisibles.<sup>757</sup>

La legitimidad que origina la Constitución democrática, con libertad, autonomía moral y la justicia material en que aquella se reconoce, son en principio las mejores vías para construir una teoría ética y una teoría crítica de la justicia. La efectiva satisfacción para todos de amplias necesidades básicas, la regla de la libertad, el establecimiento de límites precisos a ciertas desigualdades, el derecho a la diferencia, el libre diálogo crítico y los derechos que se derivan de ahí, son algunas otras exigencias fundamentales imprescindibles hoy para avanzar hacia esa ética, hacia esa teoría crítica de la justicia. En definitiva, esta (la justicia) tal vez pueda ser entendida finalmente como la inteligente (coherente) articulación de todos estos elementos, y algunos más, para el análisis de las situaciones concretas y la progresiva transformación de las que no se correspondan de manera suficiente con esos valores y objetivos derivados fundamentalmente de la libertad.<sup>758</sup>

<sup>756</sup> Stefano Rodotà, *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, p. 55.

<sup>757</sup> La distinción entre diferentes generaciones de derechos ha sido rechazada por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su estructura confiere la misma relevancia a todos los derechos en ella reconocidos.

<sup>758</sup> Véase [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10918/1/Doxa4\\_21.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10918/1/Doxa4_21.pdf) . Publicado en la revista *Sistema* (núm. 66, mayo de 1985, pp. 3-23). Dicho trabajo prolongaba a su vez e

Por eso la legitimidad de la justicia obliga a no desatender las reflexiones de Max Weber en cuanto a la racionalización del poder de dominación, cuando plantea cómo el ejercicio de ese poder es ejercido por “servidores” públicos, haciendo uso de un poder de hecho, sin abolir las formas jurídicas, sosteniéndose en la exigencia de una obediencia voluntaria en su cumplimiento, lo que conduce a la “legitimidad” de ese poder.<sup>759</sup> La legitimidad de la justicia es usada aquí para legitimar el ejercicio del poder. Observamos entonces cómo la irracionalidad de la actividad política ocurre cuando se descarta el comportamiento ético y por tanto justo.

### **III.3. La ética y la justicia como rectoras de la vida social y política**

La justicia es la que da equilibrio a una nación; es una misión del Estado y no se opone a poder político por cuanto no puede considerársele un poder autónomo. Por ello el juez es delegatario del pueblo y tiene así el poder de juzgar, como misión específica de la justicia judicial.

Un país en el que la justicia no es confiable, donde exista sospecha de su incompetencia o de su parcialidad, que esté bajo la influencia política o que sea el pretexto de un combate ideológico, es un país en el que reina la inseguridad y el ciudadano es inevitablemente una víctima. Quien decide la libertad, la fortuna y la reputación de las personas o del equilibrio de las familias debe exigir la instalación de la justicia, acorde con un grado de desarrollo democrático. Los vicios y las anomalías de la justicia en Venezuela exigen que tomemos posición ante lo que debemos construir para acabar con la vergüenza judicial que tenemos. La justicia es un asunto de Estado, que no pertenece a persona alguna, sino al pueblo, en nombre del cual se puede sentenciar.

La justicia (judicial) procede de un poder delegado del pueblo y ello hace legítimos a los jueces, al ser designados y nombrados, de

---

intentaba aclarar cuestiones planteadas en el anterior libro *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate, 1984. Elías Díaz. “*Legitimidad y justicia: la Constitución, zona de mediación*”, pp. 352 y 353.

<sup>759</sup> Philippe Raynaud, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, pp. 159 y 160.

acuerdo con la norma suprema y a las leyes que la desarrollan. Por tanto, la justicia no compite con ningún otro poder, a menos que decida sobrepasar el papel que le ha sido asignado constitucionalmente. No existe justicia sin independencia. Así, la ética política aparece para impedir hacer presión sobre ella, para que dicte decisiones, salvo que se defienda el despotismo a que se refería Montesquieu, que en nuestros tiempos se llama dictadura.

La administración de justicia no solo está ceñida a la legislación positiva, sino a la ética y a la moral. Para Andrés Bello "...la administración de justicia es el ramo principal del gobierno de un pueblo. Nada importan las decoraciones exteriores, los progresos de la industria, los adelantos del comercio, si el poder conservador de la propiedad carece de fuerzas y de agentes. Nada es más trascendente que un fallo injusto de un juez..."

"La seguridad, la propiedad, el honor, todo cuanto el hombre busca y encuentra en la sociedad, estriba precisamente en la recta administración de justicia. Son sin ella las leyes un vano simulacro; porque nada importan que existan y sean las mejores, si su mala aplicación o inobservancia las anula, o si, para conseguir su efecto, se han de experimentar mayores males que los que obligaron a reclamar su cumplimiento".<sup>760</sup>

### **III.3.1. Caracteres éticos que informan la justicia**

Las normas constitucionales abiertas se han utilizado para dar a la jurisdicción constitucional de nuestro tiempo la pauta para una distorsión judicial y transformarla en una función política que precisamente se debe evitar. La justicia entonces se transforma en política constitucional en vez de jurisdicción constitucional.

Este análisis del desplazamiento del poder político hacia los tribunales constitucionales aparece cuando se utilizan conceptos indeterminados como la justicia, invocándolo como valor superior del ordenamiento jurídico y este queda asociado a la potestad interpretativa de la Constitución, entregada a la jurisdicción constitucional.

---

<sup>760</sup> Sergio Fernández Larraín, *Cartas a Bello...*, Ob. Cit. p. XLVIII.

Así, a la concepción positivista del derecho, producto del campo jurídico, se une el campo no jurídico (arbitrariedad o discrecionalidad), produciéndose decisiones que desplazan al poder político y produciendo una apropiación indebida del poder del legislador por parte del juez, o inclusive puede llegar a cambiar el texto de una norma constitucional, invocando la competencia interpretativa.<sup>761</sup>

Es necesario destacar que hay derecho legislativo (el que ejecuta la reserva legal) y hay también derecho no legislativo, es decir, derecho material que encuentra hoy su expresión en la Constitución, la que a su vez contiene un conjunto de principios que conforma el derecho material prepositivo. Por tanto, las normas constitucionales no desplazan poder, no desplazan nada, no se abren impropriamente a la política, al libre albedrío del intérprete, y por eso se le pide al juez enfrentarse con el derecho, no amputando la dimensión material de la Constitución.

En este caso, por ejemplo, el principio/valor de la justicia, como concepto indeterminado, constituye una referencia obligada en la interpretación de una norma constitucional o legal. Lo que resulta sencillamente intolerable es que un juez invocando valores y principios constitucionales sustituya el texto de una norma constitucional por otra y pretenda sostenerse en los valores y principios constitucionales.

Tenemos que recordar en aras de la justicia, que un juez está llamado a aplicar de manera directa la norma de rango constitucional, en particular aquellas que establecen las disposiciones sobre los derechos fundamentales, las que por cierto en la Constitución venezolana se caracterizan por no ser demasiado genéricas. Claramente, cada artículo que establece un derecho lo determina y luego da rango constitucional a las obligaciones del Estado para garantizar el ejercicio de los mismos, dejando, ciertamente, a la ley los parámetros constitucionales esenciales intocables para el legislador. La justicia está entonces en manos de los jueces para que esa relación persona/Estado logre la satisfacción de los derechos humanos.

---

<sup>761</sup> Gustavo Zagrebelsky, El juez constitucional en el siglo XXI. Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Cancún, México, del 14 al 17 de mayo de 2008.

### III.3.2. Todo juez ejerce control constitucional

Desde que entró en vigencia la Constitución de 1999, el control de constitucionalidad lo ejerce por instrucción directa todo juez de la República, junto a la competencia de la especialidad que le corresponde en su función de impartir justicia, para preservar la supremacía de la Constitución y en función de ser garante del sistema protector de la Constitución y de la ley.<sup>762</sup>

De manera que al incorporar a todo juez de la República como integrante de la jurisdicción constitucional (por medio del control concentrado y control difuso), la justicia constitucional para la defensa de la Constitución está en manos de los órganos del poder judicial, que no son otros que los jueces de la República.

La Constitución venezolana solo permite que sean los órganos del poder judicial quienes accionen los mecanismos o procedimientos de control de constitucionalidad, siempre bajo una litis, y en ningún caso de una consulta. Toda sentencia que resuelva una demanda o acción judicial será proferida asegurando la integridad de la Constitución, atendiendo a los principios constitucionales y la ley aplicable, de ser el caso.

En el modelo constitucional venezolano el juez está vinculado a la ley y aunque poseen un margen de discrecionalidad en la interpretación jurídica, el fundamento de sus decisiones necesariamente tiene que estar acorde con la Constitución, sus principios y valores, además de los propios del sistema judicial, como son el acceso a la justicia y al debido proceso de toda persona. Por tanto, el juez venezolano trabaja sobre una mezcla del sistema europeo y del modelo de Estados Unidos, visto que todos los jueces están sometidos a la primacía de la Constitución y pueden desaplicar normas legales que la violenten.<sup>763,764</sup>

Además del control de constitucionalidad y de legalidad en sus decisiones y de considerar los hechos y las circunstancias del caso

---

<sup>762</sup> Germán J. Bidart Campos y Walter F. Carnota, *Derecho constitucional comparado*, pp.111, 113 y 119.

<sup>763</sup> Véase Roberto García-Calvo Montiel, *La doble vinculación del juez a la Constitución y la ley*.

<sup>764</sup> Garzón Valdés, Ernesto, *El papel del poder judicial en la transición a la democracia. La función judicial*.



sometido a su conocimiento, el juez tiene la responsabilidad en un ámbito democrático de tener una conducta ética.

En cuanto al control concentrado, le corresponde al Tribunal Supremo de Justicia garantizar la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales, colocándolo como el máximo y último interprete de la Constitución, para luego establecer que las interpretaciones que emanen de la Sala Constitucional en cuanto al contenido y alcance de las normas y principios constitucionales tienen carácter vinculantes para las otras salas del Tribunal, así como para los demás tribunales de la República.<sup>765,766</sup>

El Tribunal Supremo de Justicia, y en particular la Sala Constitucional, dejó de controlar la primacía constitucional y sus interpretaciones de la Constitución se han transformado lentamente desde la vigencia de la Constitución, en una institución, que asumiendo procesalmente una acción autónoma de interpretación de las normas constitucionales, hace decir al texto normativo lo que convenga a la conducción política desde el poder ejecutivo nacional, monopolizando la interpretación y resolviendo solo con los alegatos del accionante, sin que persona alguna pueda argumentar sobre el asunto planteado, erigiéndose así en un

<sup>765</sup> Artículo 334 constitucional.

<sup>766</sup> “Otro problema es quién es el primer y el último intérprete de la Constitución, lo que produjo apasionantes discusiones doctrinarias como las que tuvieron Hans Kelsen y Carl Schmitt a mediados del siglo pasado. Ese problema ha generado serias dudas en torno a la interpretación constitucional en Venezuela, pues algunos creen que el primer intérprete es la Asamblea Nacional, llamada como órgano electo por voluntad popular a desarrollarla a través de las leyes y demás actos parlamentarios con rango de ley. Otros, por su parte, no le dan importancia a quién es el primer intérprete, sino a los efectos prácticos que de ella deriven, refiriéndose al carácter vinculante de las sentencias proferidas por la Sala Constitucional. Nosotros vemos con preocupación cómo el Ejecutivo nacional ha tenido la iniciativa de intentar este tipo de acciones de interpretación constitucional, erigiéndose en una suerte de poder neutro al que aludía Carl Schmitt en sus tesis, que influyeron en los desmanes de la Alemania nazi.

Toda esa actividad de interpretación ha convertido a la Sala en árbitro de los conflictos entre poderes y entre los ciudadanos y el poder, pero ese arbitraje ha utilizado la interpretación para favorecer las pretensiones del poder político. En esa labor han realizado mutaciones en el texto constitucional que ha perdido su rostro, sustituido por una cara ideológica que mira solo una teoría política e ignora el llamado de “pluralidad”. Tomado de Gonzalo Pérez Salazar, “Los límites de la interpretación constitucional por parte de la Sala Constitucional”. Trabajo presentado para las Memorias del III Congreso Mundial de Justicia Constitucional, organizado por la Universidad de Bolonia, 10-13 de octubre de 2017.

tribunal sin independencia ni autonomía. No atienden los magistrados al valor de la ética pública; por tanto, la neutralidad, la transparencia y la responsabilidad del juez desaparece, transformando al Tribunal es una institución que no está sana, ante el incumplimiento de sus deberes constitucionales.

## CAPÍTULO IV

### EL JUEZ ÉTICO

#### IV.1. ¿Qué significa ser juez?

Un juez es la persona que decide voluntariamente dedicarse a hacer cumplir el derecho, entendiendo por derecho el conjunto de normas que en su especificidad tienen un valor normativo, que se traduce en un deber de cumplimiento, bien que su contenido sea una satisfacción o una carga. Es un sujeto libre y responsable, cuya conducta ética permite que la sociedad lo identifique con actuaciones justas, sin que ello signifique moralizar el derecho.<sup>767,768</sup> Es, por tanto, el juez insustituible si se quiere que se imparta justicia.

El derecho que aplica un juez está conformado por un sistema complejo de secuencias de normas y actos jurídicos establecidos de antemano. Por eso, la percepción del derecho que apoya al juez parte de una regla jurídica y busca todas aquellas que las sostienen o que a su vez son sostenidas por ella, repitiendo esta operación las veces que sea necesario, a fin de encontrar la identificación del derecho. De esa manera, los elementos del derecho se construyen en los diferentes niveles y todos conforman el conjunto.

El valor supremo del orden jurídico democrático es la igualdad y la libertad. Se impone como punto de referencia no en lo que es el derecho, sino porque su adopción en la cúspide del derecho es significativa

---

<sup>767</sup> Véase lo relativo a la ontología jurídica del humanismo realista como modelo de enseñanza del derecho, en Hugo S. Ramírez García, *Lo justo*, pp. 49-69.

<sup>768</sup> El juez es el componente subjetivo que encarna la función jurisdiccional que ejerce el Estado mediante los tribunales y cortes. De manera que la relación entre este y el Estado es de derecho público, originándose relaciones entre el juez y el Estado, y juez y ciudadanos. Véase Arístides Rengel Romberg, *Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano*.

de su influencia social y del reconocimiento como valor esencial de la sociedad.<sup>769</sup>

De allí que sea de gran relevancia las características que se exigen a la persona que desempeñe la función judicial, al conocimiento ha de unirse la experiencia, pero también una especial sensibilidad e identidad que se adquieren en el ejercicio de la labor judicial. Con ella se concreta la función de impartir justicia que la Constitución le encomienda al juez. Por tanto, si los jueces son órganos de aplicación de la ley y deciden el significado de la norma y del derecho que aplica, ello produce indudablemente creación jurídica, lo que explica que los jueces generen jurisprudencia.<sup>770</sup>

El juez busca su realización y ello supone “una estima de sí” en tanto autovaloración, que abarca la capacidad de elegir por razones y la capacidad de iniciativa, la que opera en la realización con y para los otros, reconociendo los lazos del juez para con los otros (los justiciables y sus representantes), reciprocidad insustituible que exige instituciones justas. Por eso Paul Ricoeur<sup>771</sup> diferencia la ética de la moral y la primacía de lo justo, incorporando lo que él llama la “sabiduría práctica”, cuando la norma no puede resolver conflictos. Así, las instituciones justas participan en la realización de la excelencia de la vida de las personas, mientras que unas instituciones injustas retrasan e impiden tal realización personal.

La justicia presenta entonces rasgos éticos que no están contenidos necesariamente en un escrito demandando justicia, por el contrario, la demanda puede ser justa, pero si no existen instituciones justas la aspiración de justicia (el bien) se habrá truncado.

El juez, por tanto, debe dar razón de sus obligaciones en el contexto de un destino común, como es la necesidad de la justicia, y en esa medida justifica ante sí mismo y ante los demás el arte de sentenciar.

Por tanto, el juez anda tras las normas que exigen el trato igualitario, da razones a los valores y principios constitucionales, da respuesta

<sup>769</sup> Emmanuel Dockes, *Valeurs de la démocratie*. Ob. cit., p. 123.

<sup>770</sup> Véase Rolando Tamayo y Salmorán, *Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica. La función judicial*.

<sup>771</sup> Paul Ricoeur, *Ética y moral*, en Carlos Gómez (Ed.) *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX*.

mediante criterios jurídicos a lo que se le plantee, cuidando de no afectar el derecho de las personas ni vulnerar la dignidad de alguno, valorando la libertad y resolviendo de manera científica la comprensión racional del comportamiento humano regulado por la ley, en un encuentro dialógico con la ética.

## **IV.2. La independencia y autonomía del juez**

Los jueces no son propietarios del poder que ejercen. Su misión consiste en adaptar un caso específico y concreto a la norma legal general y abstracta. En esta obra, ellos son soberanos y autónomos. La independencia que rodea esta misión no es otra cosa que protegerse de las influencias exteriores, por eso el poder de juzgar se desarrolla en la independencia y el juez en su acción jurisdiccional no es más que una autoridad respetable y no un poder político.

Ni el poder ejecutivo ni el poder legislativo pueden caer en la tentación de confiscar el poder (autoridad) de juzgar. Por eso los jueces para salvaguardar su independencia no tienen otra arma que su inteligencia, su probidad y su ética. Ciertamente son defensas débiles para contrarrestar el deseo hegemónico de los políticos, no obstante, también debe protegerse al poder ejecutivo y al poder legislativo de la tentativa de dominación judicial.

Entonces, el juez está para resolver una controversia, tomando en cuenta las evidencias o pruebas presentadas en un proceso judicial. A eso se le llama administrar justicia. El juez se caracteriza por su autonomía, independencia e inamovilidad, y es responsable civil y penalmente. Cada juez constituye un órgano judicial, por eso no se le considera en su desempeño como persona natural, sino una estructura (el Tribunal) que se integra al sistema judicial y en función de ello pueden rotarlos sin vulnerar esta garantía.<sup>772</sup>

<sup>772</sup> El juez se distingue del funcionario público, ya que en su desempeño judicial es autónomo y no tiene vínculo estatutario con el Estado; su función corresponde a un órgano persona, el Tribunal que regenta, el cual está investido de acuerdo con lo previsto en el artículo 253 constitucional con la potestad de administrar justicia, y esa potestad emana de los ciudadanos y se la imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los órganos del poder judicial (los jueces) conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

La autonomía del juez es tal, que una vez pronunciado sobre un caso bajo su jurisdicción, sus decisiones pueden ser revisadas por jueces superiores, quienes igualmente tienen otra jurisdicción y la misma independencia, cuando conocen como respuesta a recursos judiciales, y en tal carácter podrán confirmar, modificar o revocar la sentencia dictada en primera instancia.

Los jueces son los máximos garantes de la democracia, ellos “tienen la legitimidad del derecho que están llamados a aplicar; su independencia es la expresión misma de la objetividad de ese derecho”.<sup>773</sup> Los mecanismos de designación de los jueces varían en el derecho comparado, pero independientemente del modelo que se adopte, lo cierto es que lo único capaz de legitimar a un juez es su mérito profesional y su independencia.

No hay duda de que la ética del juez es una forma de vida, que se expresa en su alta especialización y su honorabilidad.<sup>774</sup>

#### **IV.2.1. El Código de Ética del Juez Venezolano**

Resulta decisivo para entender la manera en que funciona la ética en un juez, considerar la gran diferencia entre la ética protestante y la ética latina, por cuanto la base de valores aceptados en el mundo anglosajón vinculan mucho más que las mismas reglas escritas. Mientras, en el caso de la latina, la ética es republicana, busca siempre regirse por la ley.

La ética guía al juez en el proceso de reflexión para escoger en su soledad la solución interpretativa más justificable, para así lograr una sentencia que se incorpore al ideal de la jurisprudencia ética, propuesta hace algunos años por George Nakhikian.<sup>775,776</sup>

En el caso venezolano, se requiere precisar los términos en que la Constitución estableció la exigencia de que la conducta de los jueces se rigiera por un código de ética, dando la instrucción al legislador que

<sup>773</sup> Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, p.33.

<sup>774</sup> María Alejandra Correa, *Control judicial plenario*, pp. 167 y 168.

<sup>775</sup> Emilio J. Urbina Mendoza, *El artículo 10 del nuevo Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana y la Ética en la interpretación jurídica*.

<sup>776</sup> George Nakhikian, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, p. 7. (Citado por Urbina Mendoza).

calificara cuáles conductas de un juez quedaban reñidas en su actuación u omisión con las normas de comportamiento ético y, por tanto de incurrir en ellas, que deberían ser disciplinariamente sancionadas, de acuerdo con lo tipificado en el referido Código.<sup>777</sup>

La Constitución quiso resguardar la independencia en el proceso de aplicar sanciones disciplinarias y para ello estableció que los procedimientos disciplinarios lo aplicarían sus pares, es decir, jueces que valoraran la conducta de los jueces y a tal efecto estableció la jurisdicción disciplinaria a cargo de tribunales disciplinarios, y su desarrollo lo entregó a la ley que rigiera esta materia.<sup>778</sup>

La Constitución igualmente estableció conductas prohibidas para magistrados, jueces, fiscales y defensores públicos (desde su nombramiento hasta su egreso del cargo respectivo) como son “no 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 interpuesta persona, ni ejercer ninguna otra función pública, a excepción de actividades educativas.”<sup>779</sup>

La ética del juez tiene que ver con su comportamiento, es decir, aquellos actos que él controla consciente y deliberadamente y de los que es responsable. De allí que cuando se habla de un Código de Ética se refiere a un código que contiene restricciones dirigidas a la persona

<sup>777</sup> Artículo 267 constitucional: “... La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley. El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictara la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley...”.

<sup>778</sup> Al analizarse las normas del Código de Ética del Juez Venezolano de 2010, por tanto, en lo que respecta a la jurisdicción disciplinaria judicial, tiene que tenerse en cuenta el abismo que de nuevo hay entre la letra de las normas y la práctica. En cuanto a la letra de las normas, en efecto, se constata que la ley crea los “tribunales disciplinarios” como los “órganos que en el ejercicio de la jurisdicción tienen la competencia disciplinaria sobre los jueces o juezas de la República”, y que son el Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial, con competencia para conocer y aplicar en primera y segunda instancia, respectivamente, los procedimientos disciplinarios por infracción a los principios y deberes contenidos en el mencionado Código de Ética (Art. 39)”. Allan R. Brewer-Carías, *La Ley del Código de Ética del Juez Venezolano de 2010 y la interminable transitoriedad del régimen disciplinario judicial*, pp. 83-93.

<sup>779</sup> Artículo 256 constitucional.

investida de la autoridad para juzgar, para que las siga y mejorar así la forma de comportarse como juez. Por tanto, un código de ética no debería imponer conductas, sino lograr una conducta ejemplar. Una persona que está investida de la condición de juez se conduce de acuerdo con unas normas de conducta, porque así lo desea o porque se siente lo bastante orgulloso, decente y civilizado para conducirse de esa forma.

Por tanto, distinguir entre faltas disciplinarias y faltas de ética constituyen dos tipos de sanciones, unas a las faltas disciplinarias que castigan la violación a los deberes que como juez cumple en el proceso judicial, como sería incurrir en retrasos injustificados en la tramitación de los procesos (causal de amonestación), u abstenerse de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de una ley, sanción de suspensión, y como causal de destitución correspondería a sanción disciplinaria cuando realice actos propios del ejercicio de la profesión de abogado. En estos casos el juez incurre en faltas disciplinarias que no hay duda contienen una falta de ética por incumplimiento del deber como juez, pero otras conductas podrían ser contrarias a la ética, aun cuando formalmente cumpliera con el deber y no se correspondan a conductas sancionadas como faltas disciplinarias.<sup>780</sup>

Ante la previsión constitucional la Asamblea Nacional procedió a cumplir con la reserva legal de sancionar el “Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana”<sup>781</sup> –en lo adelante (CEJV)– y consagró como su objeto: establecer el régimen disciplinario y los principios éticos que guían la conducta de los jueces y juezas de la República Bolivariana de Venezuela, confirmando que los jueces solo podrán ser removidos, removidas, suspendidos o suspendidas de sus cargos, solo mediante los procedimientos expresamente previstos en el Código, con el fin de garantizar la independencia e idoneidad de estos, preservando la confianza de las personas en la integridad del poder judicial como parte del sistema de justicia. Expresamente se estableció que el Código rige la conducta de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia

<sup>780</sup> Los ejemplos han sido tomados de la Ley de Carrera Judicial de 30 de diciembre de 1980, desarrollada en el libro de Josefina Calcaño de Temeltas, *La responsabilidad de los jueces en Venezuela*, pp. 84-88.

<sup>781</sup> *Gaceta Oficial* N° 6.207 extraordinario de 28 de diciembre de 2015. Derogó el primer Código de Ética de 2009.

y su control compete a los órganos señalados en el artículo 265 de la Constitución de la República.<sup>782</sup>

Se observa cómo el Código distingue entre crear un régimen disciplinario y la conducta ética del juez, más luego no establece cuál debe ser el comportamiento ético de un juez, quedando todo el contenido del Código en una normativa de sanciones disciplinarias, confundiendo ambos supuestos, puesto que al momento de establecer las causales que producen las sanciones de destitución, suspensión o amonestación, los criterios de comportamiento estrictamente éticos de los jueces se ignoran y todo se transforma en tipos sancionatorios administrativos. El error en no distinguir una sanción disciplinaria de un comportamiento reñido con la ética, es igualmente aplicable a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sentencia, en un recurso de nulidad de varios artículos del Código, dictó medidas cautelares de suspensión de varios artículos del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana,<sup>783</sup> e incluyó entre los artículos suspendidos el que somete a los magistrados a lo establecido en el Código, argumentando que el régimen específico de su remoción está establecido en la Constitución; rechazando el contenido del artículo 2 del Código, el cual establece que las normas serán aplicables a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia en cuanto no contradigan lo previsto en la Constitución. La Constitución expresamente somete en el artículo 267 a los magistrados al régimen disciplinario del Código de Ética, de manera que es inconstitucional evadir que están sometidos al Código por actos contrarios a la ética.<sup>784</sup>

<sup>782</sup> La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dictado medidas cautelares para excluir a los magistrados de la aplicación del Código de Ética.

<sup>783</sup> República de Venezuela. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia de 7 de mayo de 2013, que decreta la suspensión de artículos del Código de Ética del Juez hasta que se dicte sentencia definitiva. (Expediente 09-1038). Luego, dada la reforma parcial del Código de Ética de 28 de diciembre de 2015, la Sala se vuelve a pronunciar suspendiendo de oficio y cautelarmente los artículos 1 y 2 del Código y ratificando las medidas cautelares innominadas dictadas por la Sala en el año 2013.

<sup>784</sup> La sentencia considera que el Código no es extensible a los jueces temporales, ocasionales, accidentales o provisorios por cuanto solo a los de carrera que obtienen la inamovilidad les sería aplicable; además toda norma que restrinja las funciones de la comisión judicial quedó igualmente suspendida.



Por su parte, el artículo 4 del CEJV establece:

Los jueces y juezas en ejercicio de sus funciones son independientes y autónomos, por lo que su actuación sólo debe estar sujeta a la Constitución de la República y al ordenamiento jurídico. Sus decisiones sustentadas en la interpretación y aplicación de la ley y el derecho, sólo podrán ser revisadas por los órganos jurisdiccionales competentes por vía de los recursos procesales, dentro de los límites del asunto sometido a su conocimiento y decisión.

Los órganos con competencia disciplinaria sobre los jueces y juezas podrán examinar su idoneidad y excelencia, sin que ello constituya una intervención indebida en la actividad jurisdiccional.

Esta norma excluye absolutamente cualquier causal disciplinaria que tenga o guarde relación con la actividad jurisdiccional del juez; sin embargo, en el artículo quedan facultados los tribunales disciplinarios para examinar la idoneidad y excelencia de los jueces, creando la posibilidad de valorar su trabajo judicial y de esta manera habilitado para usurpar su independencia y autonomía.

Igualmente, el Código de Ética del Juez (artículo 8) insiste en que la legitimidad de una sentencia y demás decisiones de los jueces “se justifican” por su sujeción a la Constitución de la República y al ordenamiento jurídico, exigiendo que su razonabilidad debe ser fiel reflejo de la verdad y la justicia, prohibiendo injerencias político-partidistas, económicas, sociales u otras, así como influencias o presiones de los medios de comunicación social, de la opinión pública o de cualquier otra índole.

Así, se ratifica que el tribunal disciplinario tiene la potestad de evaluación del comportamiento del juez ante cualquiera de los supuestos indicados, lo que le pudiera permitir con solo suponerlo, invocar la existencia de esas presiones para afectar la autonomía e independencia del juez y transformar la ética de la responsabilidad en una sanción disciplinaria.

Por tanto, este texto de Código ha olvidado—es posible que lo hiciera voluntariamente la Asamblea Nacional—, que su objetivo es regular el comportamiento ético de jueces de carrera, capacitados y formados en el arbitrio judicial, y que su aplicación debe contribuir al

perfeccionamiento de su desempeño como juez; por tanto, no es sometiéndolos al cuestionamiento por denuncia de cualquier persona que quiera desplazarlo del poder judicial y usando este Código como herramienta de poder político para tener en el sistema judicial a los jueces que convengan al Gobierno.<sup>785</sup>

Aunque es positivo reglamentar las conductas del juez *extra processum*, debe recordarse que la función propia de los órganos jurisdiccionales es realizar el derecho, realización que se materializa gracias a la interpretación. Así, el artículo 10 del Código de Ética establece:

Las argumentaciones e interpretaciones judiciales deberán corresponderse con los valores, principios, derechos y garantías consagrados por la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico. El juez o la jueza no deben invocar en su favor la objeción de conciencia.<sup>786</sup>

Recordarle a todo juez de la República—usando el Código de Ética— la obligación que tiene de la primacía constitucional cuando argumente e interprete, constituye una ofensa a la capacidad y preparación de quien siendo de carrera imparte justicia. Además, afecta de manera ostensible su libertad interpretativa, por cuanto la norma atenta precisamente contra la ética como valor superior del ordenamiento jurídico que debe regir la conducta de un juez y adelanta el sometimiento a la interpretación constitucional que con carácter vinculante pudiera tener el Tribunal Supremo de Justicia. Que por cierto solo sería vinculante en interpretación de una norma constitucional y no vinculante cuando la interpretación se refiera a una norma del resto del ordenamiento jurídico. Por tanto, es objetable la manera como el artículo reseñado limita y condiciona al juez en la independencia de juzgamiento.

Cuando se analiza el contenido del artículo 22 del CEJV dedicado a consagrar cuál debe ser la conducta de los jueces para fortalecer la

<sup>785</sup> Un ejemplo adicional que muestra un sistema disciplinario alejado de un verdadero Código de Ética es la causal 9 del artículo 27. Se amonestará al juez que se embriague o exhiba conductas indecorosas en el ejercicio de sus funciones. Quiere esto decir que ¿se puede embriagar en público pues no estaría en ejercicio de sus funciones?

<sup>786</sup> Josefina Calcaño de Temeltas, *Aproximación a la libertad de conciencia, religión y culto en derecho comparado y en Venezuela*.

confianza de los ciudadanos, precisamente por su idoneidad y excelencia, integridad e imparcialidad para el ejercicio de la función jurisdiccional, y se les ordena evitar realizar actos que les hagan desmerecer la estimación pública o que puedan comprometer el respeto y el decoro que exige el ejercicio de su función, no se señalan cuáles serían esas conductas por hechos contrarios a la ética.

Se constata entonces cómo la conducta ética del juez, por violación a los valores éticos señalados en el artículo 22 del CEJV, serán causal de sanción disciplinaria, cuando lo deseable sería establecer la conducta individual y social que le permita ser respetado en su autoridad, emitir decisiones justas, conforme a derecho, y además acorde con la probidad y dignidad propia de su investidura.<sup>787</sup>

Es tan absurdo el texto del Código de Ética, que obliga a los jueces, en ejercicio de la ciudadanía—dice la norma (artículo 25)—, a participar en actividades culturales, educativas, deportivas, sociales y recreativas organizadas por su comunidad, así como en todas aquellas que estén dirigidas al mejoramiento de las mismas, siempre que con dichas actuaciones no se ponga en riesgo, menoscabe o afecte el cabal cumplimiento de la función judicial.

Por tanto, no estamos ante un código de ética, sino ante un código sancionatorio que altera el principio de legitimidad, independencia y autonomía del juez, bajo la presunción de que los jueces no tienen ética, no conocen sus funciones, y por tanto es necesario establecer causales que permitan sacarlos del poder judicial, al estar incursos en las sanciones de destitución, suspensión o amonestación.<sup>788</sup>

<sup>787</sup> “Artículo 24. En el ejercicio de sus funciones, los jueces y juezas deben observar la ecuanimidad necesaria y se abstendrán de promocionarse personalmente a través de los medios de comunicación social u otras vías análogas, con ocasión de su investidura. Quedan excluidas de esta limitación las declaraciones necesarias sobre las actuaciones relevantes del tribunal y las explicaciones, comentarios o análisis con fines pedagógicos o informativos”.

<sup>788</sup> Es necesario traer a consideración los principios de ética judicial del Código de Ética Iberoamericano, los cuales están dirigidos más que a los jueces a los órganos judiciales y más que principios éticos a las características que debe garantizar el poder judicial. Estos principios son *la independencia* de las instituciones, *la imparcialidad* ética del sistema judicial como derecho de los justiciables y no ser discriminados del sistema, *la obligación de motivación* de las decisiones, lo que asegura la legitimidad del juez, *el conocimiento y capacitación* como derecho de los justiciables a obtener un servicio de calidad en la administración de justicia, y el fin último de la actividad judicial como es *realizar la justicia* por

## IV.2.2. El proceso deliberativo del juez

Es necesario precisar el alcance del concepto de ética profesional para el conjunto de personas encargadas de impartir justicia. Las pautas de obligatoria observancia están referidas a la ética cognitiva: evalúa la validez de una norma en términos de la ética del discurso, la validez se distingue por la ética de la norma, a la que los sujetos se sienten vinculados.

En tal sentido, los requisitos para actuar correctamente son las normas, las leyes, los mandatos y sus consecuencias. Por eso la ética de la convicción es el compromiso del juez con los valores sustantivos cuando toma decisiones y la ética de la responsabilidad atiende a la pluralidad de valores, lo que permite evaluar las consecuencias de su acción.

Ciertamente, el problema lingüístico y epistemológico muestra cómo el lenguaje está relacionado con el razonamiento analítico de un juez, aquel que necesita cubrir para sentenciar. Las funciones básicas son: la descriptiva, analítica, directiva y operativa, en razón de lo cual se describe la información, se ordena lo que persigue una acción, contrasta con la normativa aplicable y dirige el obrar de las personas. Producir cambios en la realidad en el caso que así sea lo dispuesto, se corresponde con la fase operativa. En síntesis, el juez usa el lenguaje para transmitir, informar, dirigir conductas y ejecutar acciones.

Para ejemplificar cómo informa la justicia y la ética en el proceso de deliberación del juez, y cómo los principios superiores de rango constitucional pueden modelar una sentencia, se trae a consideración una decisión judicial que resuelve la inadmisibilidad de una pretensión de estimación e intimación de honorarios profesionales de abogado.

Se inicia la sentencia transmitiendo los alegatos de la solicitud y los de quien fuera demandada, para luego informar sobre cómo la Constitución de la República estableció en el título I los principios fundamentales, entre los cuales figura que Venezuela se constituye como un

---

medio del derecho. La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes, y la *responsabilidad institucional*, referido al buen funcionamiento del conjunto de instituciones judiciales como condición necesaria para que cada juez puede desempeñar adecuadamente su función.

Estado democrático y social de derecho y de justicia, y que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la ética. Esa orientación axiológica y teleológica del proyecto constitucional sancionado en 1999, por voluntad de los ciudadanos, titulares de la soberanía—señala la sentencia—, estableció una serie de cánones para el Estado y sus miembros, todo lo cual condiciona su actuación. La integridad del texto constitucional quedó marcada por el comportamiento ético.

La sentencia afirma que el derecho a la justicia y al cumplimiento de los valores esenciales son los que permiten un mejor vivir, lo que se materializa en la obligación de todo juez de asegurar la integridad de la Constitución. Así, la sentencia reafirma que “...interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo”.<sup>789</sup>

Asume la decisión el criterio según el cual las normas de la Constitución no son programáticas, sino de inmediata aplicación, citando una sentencia del Tribunal Constitucional español que establece: “...la Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta, por cuanto incorpora el sistema de valores que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico...”.<sup>790</sup> La ética, por tanto, rige el orden social y jurídico de nuestra República.

La sentencia pasa a dirigir conductas cuando aplica a los abogados los cánones éticos del Código de Ética del Abogado Venezolano,<sup>791</sup> sometiéndolos a los órganos disciplinarios de los profesionales del derecho, y lo hace en concordancia con los valores superiores, concluyendo que la actuación de los profesionales, en particular los abogados, deben estar apegados a los postulados éticos y morales que guían sus ejecutorias en particular con otros profesionales del gremio.

<sup>789</sup> Levis Ignacio Zerpa, *Discurso de apertura del nuevo año judicial en el año 2000*.

<sup>790</sup> STC de 14 de abril de 1981, sentencia citada por la sentencia que se comenta.

<sup>791</sup> El Reglamento de Honorarios Mínimos de Abogados, artículo 31, invoca el Código de Deontología Médica artículo 105, la Ley de Abogados, artículos 18, 22, 30, 46 y 70, Código de Procedimiento Civil, artículos 17 y 341, 346 (11) y 356.

El abogado que intima, pretende el pago de honorarios judiciales de otra profesional del derecho, quien se encontraba inhabilitada para atender su propia defensa y por tanto el juez de manera anticipada declara que la conducta del abogado demandante va contra la ética profesional al estar reñida con el deber de confraternidad para con los colegas.

En aplicación del Código de Ética antes señalado, declara que constituye falta grave a la ética "...que un abogado cobre honorarios a su colega por actuaciones jurídicas o extrajudiciales que realice en nombre suyo o en su representación o patrocinio...pues tales servicios deben prestarse gratuitamente, con el mayor celo y diligencia, como un imperativo de solidaridad gremial" (artículo 53). Las normas de este Código las declara de obligatorio cumplimiento para todos los abogados y por tanto nulos todos los actos que pretendan contrariarlo.

La sentencia pasa a ejecutar las acciones cuando determina que la pretensión de cobro de honorarios profesionales entre profesionales del derecho es expresión de una conducta revestida de una grave falta de ética, tipificada incluso como "ejercicio ilegal de la profesión" y sancionada con multa o arresto proporcional de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Abogados, correspondiéndole al juez tomar las medidas necesarias para imponer dicha sanción y remitir las actas conducentes al Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados para la instrucción correspondiente.

El juez en esta sentencia valora su propia actuación ética y considera que él cometería una grave falta a sus deberes éticos profesionales, de pronunciarse por estimar la pretensión de cobro de honorarios dirigida por algún abogado contra otro de sus colegas por actuaciones judiciales realizadas en nombre suyo.

Para disponer o resolver el asunto, la sentencia retoma el artículo 2 de la Constitución de la República que establece a la ética como valor superior, lo subsume en la obligación que como juez tiene de proteger la integridad de sus normas, decide dar al Código de Ética Profesional del Abogado el reconocimiento constitucional fundado en la preeminencia de su aplicación y al deber de los abogados acatar el Código de Ética,

y a los jueces acordar la nulidad de los actos o convenios contrarios al mismo. Declara inadmisibile la pretensión.<sup>792</sup>

### *A. Cómo razona un juez*

Al juez que se le ha encomendado una decisión en derecho, debe razonarla jurídicamente. Por tal razón, le corresponde atender los trámites procedimentales del proceso y las técnicas de análisis de las normas que lo autorizan; es decir, el ordenamiento jurídico positivo y su práctica se refieren a la práctica del derecho para cuidar los actos jurídicos que sean discordantes con aquel, sea de fondo o de procedimiento. Ciertamente, el derecho es la ley, exige ser obedecida y en ella se cifra la justicia y la democracia. Ahora bien, lo que ocurre es la distorsión de esta exigencia cuando se confunde el arbitrio con la arbitrariedad y, otra situación aún más grave, una actividad judicial con un ejercicio que no es lícito.

Resulta entonces que para enderezar estos vicios hace falta jueces que recuperen en la decisión judicial un arbitrio necesario, lícito, precisamente conociendo los límites de un uso indebido de esa postura que lo haga caer en la arbitrariedad. El epicentro del mundo jurídico, desde las normas generales a las resoluciones judiciales, es recorrer el camino del legislador al juez.<sup>793</sup>

Cierto que los principios de legalidad y seguridad jurídica exigen y garantizan el hallazgo de la seguridad jurídica correcta, pero no se puede tomar como la única solución correcta, por cuanto el examen de la pluralidad de soluciones legales le permite al juez escoger la que se corresponda con el caso en estudio, ejerciendo el arbitrio legítimo que tiene el juez, obligado como está en justificar jurídicamente una decisión judicial, explicar su concordancia con el derecho, lo que no ocurre apoyándose en palabras determinantes porque así lo dice el juez. Por tanto, la norma aplicable puede ofrecer una pluralidad de soluciones correctas, dentro de las cuales mediante un acto de voluntad del juez,

<sup>792</sup> República de Venezuela. Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, 25 de mayo de 2007. Juez Humberto Angrisano. Expediente N° 6863.

<sup>793</sup> Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial*, Ob. Cit. Pp. 15 y 16.

escoge una, sosteniendo igualmente que la decisión judicial es un acto en que intervienen elementos de naturaleza heterogénea y en que resulta fundamental la personalidad individual del juez, entre otros su ética.

Tradicionalmente la motivación de una sentencia es una exposición de lo que el juez ha hecho antes de dictarla, mientras que los nuevos paradigmas colocan al juez en una argumentación cuando ya ha tomado la decisión dentro de las posibilidades que la ley permite. La motivación adquiere así una dimensión sustantiva, puesto que la ley hace valer su peso a través de ella. Las directrices generales de ley se aplican al caso concreto y rinde cuentas a la Constitución y la ley, justificando lo que ha hecho.

Lo que no puede el juez es aplicar el voluntarismo politizado, el cual ha venido mermando la confianza y ha generado el descrédito de su función, lo que ha ocasionado el abandono de jurisdicciones públicas para refugiarse en órganos de arbitraje, precisamente porque tales motivaciones son contrarias no solamente a la Constitución y la ley, sino al comportamiento antiético de los operadores de justicia.

El procedimiento para impulsar una decisión o para justificarla consta de un argumento convincente, el cual se desarrolla en una explicación y una justificación, las causas que han provocado el fallo, por qué se ha tomado la decisión (la cadena causal anterior al efecto), de manera que la justificación funciona como la operación intelectual buscada y explanada por el juez en defensa del discurso justificativo.

La sentencia constituye, por tanto, un relato que se refiere a hechos que se convierten en argumentos, y su contenido no es verdadero o falso, es correcto o incorrecto, calificativos que se desprenden de la argumentación. Por tanto, todo fallo se convierte en objeto de enjuiciamiento, sea por un tribunal superior o un comentarista, y se concentra precisamente en la argumentación. Analizar jurídicamente una sentencia es analizar sus fundamentos jurídicos, de manera que la parte dispositiva será correcta o incorrecta en la medida en que lo sean sus argumentaciones de apoyo. Es lo que se denomina argumentación sobre la argumentación. Si se trata de un tribunal superior que enjuicia la primera instancia, al anular la sentencia del inferior tiene calificaciones de índole técnica (incongruencia), error, o ética (negligencia) y si se confirma los pronunciamientos serán laudatorios.



La justificación de una sentencia ha de ser materialmente jurídica, lo que significa que la argumentación y la metaargumentación han de ser técnico-jurídicas. Por tanto, el adiestramiento técnico honestamente ejercitado aborda los conflictos que ha de resolver el sentenciador, de manera que al juez justo se une el juez técnico y empieza aquí su bagaje intelectual, además de los requisitos de orden ético como la probidad.

Está claro que el mejor instrumento de argumentación es la técnica jurídica, y para justificar lo que ha decidido no puede acudir a simples invocación de valores o de sentimientos de justicia, y menos a razones políticas o de ejemplaridad. Sin embargo, una técnica buena puede provocar paradójicamente una justicia mala y un abogado mal técnico puede frustrar los derechos más legítimos de su cliente.

¿Qué hace el juez para sentenciar?

La técnica es por tanto un instrumento común de todos los ámbitos del derecho. Esa es la forma natural de expresión del derecho y la que legitima, le permite impedir el subjetivismo, pero también tiene que considerar el peso de la doctrina dominante, atender al test de veracidad, confirmar que las premisas sean verdaderas cuando son jurídicamente relevantes, ejercer el control constitucional de las normas que se apliquen, hacer valoración de las pruebas, aplicar el control de racionalidad y la razonabilidad para evitar la arbitrariedad judicial, no suplantar el criterio de legalidad o de corrección jurídica, valorar qué pasa más allá de la ley, mantenerse en las pautas del arbitrio judicial y en el parámetro de la justicia.<sup>794</sup>

### ***B. La corrupción en la perspectiva judicial***

Aquellas sociedades que han desarrollado elevados niveles de cultura participativa, confianza en el Estado y conciencia ciudadana, poseen a su vez menores niveles de corrupción. Es decir, la corrupción es una forma extrema de ausencia de ética y en la medida en que se agrava va socavando la legitimidad del Estado. De allí que, ante este problema, la sociedad deba responder rápidamente por cuanto está en juego su propio sistema de convivencia.

<sup>794</sup> *Ibidem*. pp. 273-313.

Una de las razones fundamentales por las cuales las estrategias anticorrupción no han tenido resultados positivos, se debe en buena parte a la falta de un elemento fundamental en la vida del país: la participación activa de la sociedad civil.

La aceptación de la corrupción en el sistema judicial como un hecho común y el desaliento generalizado debe ser lo primero que se debe enfrentar. Muchos de los integrantes de la sociedad civil tienen un interés especial en lograr un sistema de integridad en los jueces, que incluya al sector privado. El ciudadano común sufre las consecuencias diarias de la corrupción, por eso un proyecto de control del propio poder judicial que haga transparente la acción de la justicia es impostergable, para crear un entorno ético. Una sociedad no se mantiene solo por normas, leyes, incluidas las éticas y morales, que proporcionan bienestar colectivo; si nos apartamos de ellas el orden se destruye.

Andrés Bello procura responsabilizar a los jueces sometiendo sus fallos a la sanción pública, al declarar que las sentencias deben ser fundadas; admitir sentencias no fundadas equivale, en nuestro concepto, a privar a los litigantes de la más preciosa garantía que pueden tener para sujetarse a las decisiones judiciales.

El jurista Bello instó a que los juicios fueran públicos; su argumento se fundaba en la representatividad del gobierno y la justicia, la que es administrada en nombre del pueblo, entonces, cómo era que se aceptara la falta de publicidad de los juicios. Por eso a su criterio la publicidad era el único mecanismo que preserva de manera segura la arbitrariedad y las prevaricaciones. Por eso, una judicatura suprema, que lo ve todo, que escudriña la conciencia misma de los jueces y a cuyos fallos no puede sustraerse autoridad alguna, requiere de publicidad, no solo de publicación de sus decisiones.

Otros criterios más administrativos sostienen que la rendición de cuentas es un mecanismo de transparencia que coadyuva a erradicar las sospechas generalizadas de enriquecimiento en el desempeño del cargo de juez. Este principio fundamental es garantía de que los ciudadanos puedan exigir a sus jueces las explicaciones necesarias respecto a sus actuaciones como jueces, en juicio o fuera de él, las cuales deben estar apegadas en todo momento a la legalidad y la ética. Cuando este diálogo institucional entre justiciados y jueces se produce de manera

regular y en el marco de los mecanismos constitucionales, estamos ante la consolidación de valores éticos y sociales cónsonos con el principio de la transparencia institucional. Por el contrario, cuando la ciudadanía y sus delegatarios permiten que la rendición de cuentas sea un simple concepto y no una práctica, se está dejando la puerta abierta para la pérdida de los valores éticos que exige la Constitución de la República.

### IV.3. Los deberes del juez

El juez, por definición, es fiel a la justicia y la verdad de la subordinación total a esas dos causas. En otras palabras, su misión es descubrir la verdad, aplicar la ley al caso concreto, referirse a los hechos objetivos, asegurar la verdad con los medios idóneos y hacerla valer constitucional y legalmente.<sup>795,796</sup>

En otra perspectiva, puede entenderse la ética del juez como el cumplimiento del deber; vale decir, relacionarse con lo que uno debe hacer o no debe hacer; ello incluye atenerse a los códigos éticos de la sociedad en que vive.

Tomemos la referencia de lo que significa el deber, tal como lo concibe Kant:<sup>797</sup> es “la necesidad de una acción por respeto a la ley”, y define el respeto como “la conciencia de la subordinación de la voluntad a la ley sin la mediación de otros influjos sensibles”.

En el caso del juez, el objeto del respeto se centra exclusivamente en la ley, esa ley que nos imponemos a nosotros mismos y, sin embargo, necesaria en sí. Ahora bien, el respeto es un sentimiento que se manifiesta como un sentimiento sui géneris, cuya especial singularidad

<sup>795</sup> La *Declaración Universal de Derechos Humanos* reconoce como fundamental el principio de que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

<sup>796</sup> El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* garantiza que todas las personas son iguales ante los tribunales y que 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 u obligaciones de carácter civil.

<sup>797</sup> Margarita Blandria, *Fundamentos a priori de la ética y el derecho en Kant*, pp. 7-26.

estaría afincada en el hecho de ser, según Kant, el único sentimiento que está al servicio de la razón pura.

En criterio kantiano, todos los deberes, por el solo hecho de ser deberes, están contenidos dentro de la ética. Sin embargo, no todos ellos, a su juicio, originan un mismo tipo de legislación. Sobre la base de los distintos tipos de deberes, desarrolla Kant la diferencia entre el derecho y la ética (esta en sentido estricto como doctrina de la virtud). Entre los deberes externos se cuentan los deberes que sirven de base a la legislación jurídica, la cual solamente se refiere a la conducta externa del individuo en relación con los demás miembros de la sociedad. El cumplimiento de estos deberes es exigible incluso de manera coercitiva, mediante jueces y tribunales que el aparato jurídico disponga. Con la legislación jurídica se busca el bien de la persona, pero en correspondencia con el bien del Estado y la sociedad, que traería como consecuencia el bien común mediante la justicia distributiva o justicia social. La ética, en cambio, no precisa de un legislador ni de un juez externo para el cumplimiento de sus preceptos, puesto que el acatamiento depende estrictamente de la libre voluntad de la persona, si es que se propone como fin su propia perfección.

A la diferencia entre deber jurídico y deber moral (deber de virtud) se refiere Kant en los siguientes términos: “El deber de virtud difiere del deber jurídico esencialmente en lo siguiente: en que para este último es posible moralmente una coacción externa, mientras que aquel sólo se basa en una auto coacción libre”. Pero la diferencia fundamental entre ética y derecho se apoya principalmente en el móvil o lo que motiva el cumplimiento del deber. Poniendo por caso el cumplimiento de un contrato, si este se cumple por temor a las consecuencias jurídicas negativas que su inobservancia acarrea, esta conducta es conforme a derecho, posee legalidad. Sin embargo, si una obligación jurídica –la de un contrato o cualquier otra– se cumple a pesar de no haber peligro de sanción o castigo, porque dicha obligación ha prescrito ya o ha sido abolida mediante una ley, y pese a ello se cumple exclusivamente por deber, esa acción posee *eticidad*, pues no es la obligación jurídica la que ha motivado su cumplimiento, sino un deber moral, que solo es posible por la libertad racional del sujeto. Otra importante diferencia entre ética y derecho es el resultado de la acción. En el derecho tiene que haberlo

necesariamente; en la ética, no. Pues, según Kant, basta con la sola intención de ejecutarlo, pese a que el resultado no llegue a concretarse debido a algún evento exterior que lo imposibilite.<sup>798</sup>

El deber del juez está directamente relacionado con su legitimidad para decir lo justo, lo que nos centra en el deber de decidir de acuerdo con la verdad, principio finalista de la justicia, atenerse a las normas de derecho a menos que las normas lo facultaran para decidir con arreglo a la equidad, resolver según lo alegado y probado en autos sin sacar elementos de convicción fuera de estos, lo que se traduce en la congruencia necesaria de toda sentencia, debe dirigir el proceso e impulsarlo, proceder de oficio cuando la ley lo autorice o en resguardo del orden público, sustanciar las causas por los procedimientos establecidos, llamar a conciliación a la luz de la orientación constitucional, ejecutar lo decidido.

Todos los deberes enumerados se inscriben en una rama judicial independiente y honorable. Obsérvese cómo la honorabilidad contiene parte de la ética al exigir altas normas de conducta, que deberán ser observadas personalmente por cada juez, a fin de preservar la integridad y la independencia de la rama judicial.

Una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 7 de junio de 2011, con ponencia de Luisa Estella Morales Lamuño (Exp. 11-0037), declara inadmisibile la demanda la nulidad de seis artículos de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. La razón principal de esta decisión es que la Sala no podía apreciar cuáles eran las razones que motivaron la interposición de la demanda de nulidad, la califica de incongruente, dispersa, por cuanto "... profundiza en temas que parecieran ajenos a la solicitud principal..." y en el escrito se llega a afirmar que el Presidente de la República actuó en la selección de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. La sentencia califica al escrito de la demanda como "...ofensivo e irrespetuoso contra altos funcionarios del Estado..." y pone en tela de juicio la capacidad jurídica y solvencia ética y moral de distintas personas...y cuyo único fin es descalificar e irrespetar al Presidente de la República,

---

<sup>798</sup> Estos párrafos sobre el deber de Kant se tomaron casi textualmente de *Fundamentos a priori de la ética y el derecho en Kant*, de Margarita Belandria. Ob. cit.

actuales magistrados de este Tribunal y diputados de la Asamblea Nacional; no pueden ser obviadas por esta Sala, sin que ello tenga una consecuencia en el proceso”.

Ahora bien, al revisar en la sentencia la transcripción parcial del escrito, se observa que sí disponía la Sala de alegatos para revisar la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia como, por ejemplo, el artículo 64. La Sala ha podido valorarlo. Se trata de que la ley establece que el Comité de Postulaciones Judiciales es un órgano asesor de la Asamblea Nacional para la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, y su sede estará en la Asamblea Nacional y sus gastos correrán a cargo de ese mismo órgano. Agrega el artículo 64 que el Comité de Postulaciones Judiciales dictará su reglamento interno de organización y funcionamiento. Ahora bien, de la simple lectura del artículo 270 de la Constitución, el demandante alega que la incorporación de diputados al Comité de Postulaciones Judiciales contradice lo permitido por la Constitución, ya que su integración será por representantes de los diferentes sectores de la sociedad. La sentencia igualmente transcribe las consideraciones del demandante relativas a la intervención de diputados en el Comité de Postulaciones, considerando que al incorporar diputados en este Comité, de órgano asesor del poder judicial se lo transforma en un órgano de la Asamblea Nacional; cuestiona por tanto el proceso de selección de magistrados (de diciembre de 2010), detallando los vicios y las impugnaciones.

Este argumento transcrito en la sentencia constituía razón suficiente para que la Sala admitiera la demanda presentada y no recurriese a una falsa ética para ampararse y proteger altos funcionarios, entre ellos a los propios magistrados integrantes de la Sala.

### **IV.3.1. La responsabilidad**

Ciertamente que la ética del juez está ligada a la responsabilidad en el desempeño de su cargo e igualmente a la legitimidad que le otorga el sostenimiento social, y que conduce a las personas a creer que esa autoridad o institución merece ser respetada y obedecida.

De esta manera, un juez es legítimo no solo porque ha sido investido con ese carácter al cumplir todos los pasos procedimentales que le autorizan sentenciar, sino también para que en su desempeño sus decisiones sean aceptadas y genere actitudes de obediencia, independientemente de quién gane o pierda el juicio.

Por otra parte, esa legitimidad del juez, vista desde esta óptica, repercute en el apoyo y la confianza hacia las autoridades judiciales por su honestidad y desempeño. Inclusive, un juez al que se le considere ético, puede lograr que sus decisiones fueran acatadas, aunque la misma no concuerde con las creencias de personas que consideren correcta o incorrecta su decisión.<sup>799</sup>

### **IV.3.2. La conducta: la vida ética del juez.**

El perfil de un buen abogado al que debe ajustar su conducta, lo concibe el Código de Ética del Abogado<sup>800</sup> en la probidad, independencia, moderación, desinterés, confraternidad, honor, dignidad y delicadeza, comportamientos que le permitiría ser valorado públicamente en el ejercicio profesional con un sentido profundo de la justicia, y su pensamiento y obrar de acuerdo al ordenamiento jurídico, aceptando las consecuencias de los riesgos de las decisiones tomadas por propia iniciativa en la aplicación de la ley.<sup>801</sup>

El juez como abogado lleva los mandamientos de la profesión —elaborado por Eduardo Couture—, entre los cuales figuran el trabajo y la lucha; el primero por cuanto la abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia y, en cuanto al segundo, es el deber de luchar por el derecho, advirtiendo que cuando encuentres un conflicto del derecho con la justicia, lucha por la justicia. Estos principios quedan sometidos a la libertad humana y los requerimientos de la justicia social, notas dominantes de la abogacía, sin las cuales el sentido docente de esta profesión estaría frustrado. Pero como la libertad y la justicia pertenecen a un orden general, dentro del cual interfieren, chocan y luchan otros

<sup>799</sup> Véase análisis de legitimidad, en Sunshine and Tyler (2003), Tyler (1990), Tyler and Huo (2002), Grimes (2006), Hinds (2007), todos trabajan en estudios que examinan los niveles de legitimidad de las autoridades.

<sup>800</sup> Código de Ética del Abogado.

<sup>801</sup> Carmen Elena Crespo de Hernández, *La ética del abogado*, pp. 52 y 53.

valores, “... ello hace que la abogacía sea, al mismo tiempo, arte y política, ética y acción”.<sup>802</sup>

El juez tiene aspiraciones, sentimientos, cultivo de su propia persona y tiene al mismo tiempo el sentimiento de obligación que cumple deberes, como ya lo referimos. Por eso las claves de articulación que aporta Adela Cortina cuando desanuda la ética de máximos (felicidad) y la ética de mínimos (justicia), distingue las normas éticas de las normas jurídicas; las primeras que nunca pueden venir impuestas desde afuera y por ello no tienen un carácter obligatorio, mientras que las jurídicas son sancionadas y publicadas por aquellos a quienes corresponde en una nación y obligan a todos los miembros de la comunidad política, esté de acuerdo o no, con la norma al venir impuesta desde afuera. El derecho viene así acompañado de una coacción externa.

De manera que cuando el juez juzga, razona y toma una decisión, ello responde a un comportamiento afectivo producto de la conducta reflexiva, en el que se mezclan normas, responsabilidad, libertad, obligación/deber y estas tareas son producto de la interacción de ambas éticas, para establecer la justicia.<sup>803</sup>

Es cierto que esta distinción entre la ética que explica de manera específica comportamientos y la ética que valora situaciones concretas, coloca en este caso al juez entre un exceso de normas éticas a cumplir y la metaética, referida a la explicación de la ética como ciencia del comportamiento.

Ser un buen juez requiere el cultivo de buenos hábitos de comportamiento (conducta), de buenos tratos a las partes, de ser reconocido como concededor del derecho, el respeto a la dignidad de las personas, el respeto a su integridad, sustentado en el deber. Por eso le corresponde llevar un estilo de vida caracterizado por la prudencia, eficiencia, probidad y la honestidad que son propias de su investidura y ser transparente en la procedencia de sus ingresos y patrimonio.

El orgullo de ser juez, de su identidad, pasa entonces por el encuentro con los otros componentes del sistema de justicia, y sobre esa reciprocidad que necesita se inserta en instituciones justas que

---

<sup>802</sup> Eduardo J. Couture, *Los mandamientos del abogado*.

<sup>803</sup> Adela Cortina, *Educación en valores y responsabilidad cívica*, pp. 49-57.



participan en la excelencia de la vida de las personas; por el contrario, si las instituciones son injustas ello retrasa o impide la realización personal del juez.

El sentido de la justicia no se agota con la construcción de sistemas jurídicos, ya que aún sin ellos seguimos teniendo el sentido de protestar por las injusticias; de alguna manera es el juez el que recibe las quejas de la falta de satisfacción de derechos y ello le permite colocarse en el campo de lo justo y de lo injusto. Este sentido de justicia como virtud ética requiere también ser cultivado.

La limitación que tiene el juez de siempre pasar por el tamiz de las normas jurídicas no significa la pérdida de su autonomía, todo lo contrario, es un enriquecimiento de la ética. Sin embargo, el marco normativo, como exigencia de la universalidad, no le dice lo que debe hacer en tanto jueces, pero sí a cuáles criterios someter las máximas de la acción. Universalizar la norma es universalizar el respeto por el otro. Tras la norma que exige trato igualitario se encuentra la posibilidad del encuentro dialógico con el que plantea justicia ante el juez.

El trabajo ético es complejo, todos sus componentes, etimológico, histórico, sociológico, antropológico, se convierten en dimensiones que actúan sobre lo debido o lo indebido, lo correcto o incorrecto. Por eso, llegar a saber lo que debe hacer el juez, ese es el contenido ético de la justicia.

## CONCLUSIÓN

El desarrollo de la vida de toda persona radica en sus decisiones. La crisis actual que vive Venezuela se origina esencialmente en la falta de práctica de los valores y la falta de exigencia de la garantía de los derechos humanos, tanto por parte de nuestros representantes como de los ciudadanos. Por eso las sociedades que tienen los ciudadanos más educados en la cultura de los valores, en el plano individual y colectivo, tendrán menos vicios y la democracia se fortalecerá en beneficio de todos.

Estamos conscientes de que los valores de la ética y de la justicia no se aprenden solo con palabras, se aprenden a través de la experiencia, se viven, se sienten y se transmiten. Si tomamos la ética, centro de

nuestro estudio como razón de la justicia, se comprueba cómo influyen estos principios en nuestro comportamiento, seamos jueces o ciudadanos; el valor de la ética depende de la libertad humana. Somos libres de ser justos o injustos, tolerantes o intolerantes, responsables o irresponsables, honestos o deshonestos. La ética en el comportamiento de un juez no es transferible, cada uno debe construirse y esa obligación también la tiene el poder judicial, al que pertenece, y cada órgano del Estado.

Una conducta ética no tiene carácter obligatorio nada más que para quien se lo reconoce, así que nunca puede venir impuesta desde fuera. Por eso este estudio estuvo orientado a analizar la ética como un valor que establece una serie de parámetros sobre el desempeño personal y en particular del juez y sus implicaciones, cualquiera sea la visión prospectiva de la problemática ética que ella presenta.

Virtudes como la honradez, el cumplimiento, la seriedad, el decoro andan en crisis en nuestra nación. En otro sentido, el abuso, el atropello, la explotación, la ventaja indebida se han vuelto corriente en nuestros días. Gobernantes, políticos, magistrados, empresarios, que deben ser los mayores guías éticos de la sociedad, muchas veces contribuyen con actos deshonestos o delincuenciales a que las costumbres se degeneren y la vida pública se pervierta.

Tenemos que reconocer que los problemas de la escogencia social y colectiva son de origen ético y político por definición. La vida real de un grupo de personas que son e integran la nación, tenemos que reconocer que al no poder elegir libremente el tipo de realización personal que prefiere y la posición que quiere ocupar en la sociedad, se debe a las circunstancias físicas y sociales que le toca vivir, ya que nada les garantiza que la función pública del Estado esté estrictamente enfocada en el ejercicio de las libertades, derechos y oportunidades básicas, en particular de aquellas personas que se encuentran en la peor situación dentro de la sociedad, puesto que la deuda social y ética radica en asegurar su bienestar y mejorar sus posibilidades de realizar sus planes de vida.<sup>804</sup>

Todo el recorrido de este ensayo se orientó a analizar y establecer el lugar de la ética en la justicia; ambos principios tienen una dimensión

---

<sup>804</sup> Luis Carlos Valenzuela D. y C. Arregocés, *La Constitución: concepción ética del bienestar*.

en peso e importancia que no tiene la norma. Los principios constitucionales interceptan a quien debe decidir el conflicto, quien tendrá que tomar en consideración el peso relativo de cada uno, tanto de los principios como de la norma. Allí reside el equilibrio ético de la decisión ciudadana, política o judicial.

Es por tanto la teoría de la ley que, compuesta de lo normativo y de lo conceptual, combina la legitimidad de lo primero y ubica la obligación de cumplir la norma en el ciudadano sobre quien recae la teoría de la adjudicación y la teoría de cumplimiento, así como los límites de la obediencia en sus diferentes formas y circunstancias, que conllevan la aplicación de las sanciones que establezca la norma. Así, la teoría de la legislación, acompañada de la teoría de la adjudicación y la teoría del cumplimiento, conforman la cuestión conceptual que nos lleva a la legislación y la jurisdicción. Así, el principio constitucional es ley y el título de los jueces para decidir qué régimen corresponde en un sistema legal, es la técnica que da preferencia a la norma que esté soportada en los principios.<sup>805</sup>

Este planteamiento nos lleva al contenido, es decir, cómo aplica esta teoría y las normas y principios en los derechos de las personas, en particular el principio de la preeminencia de los derechos humanos, el reconocimiento y tutela efectiva, ya que, justamente, para ello es imperativo formar jueces virtuosos o de excelencia que resuelvan los casos sometidos a su potestad jurisdiccional. La capacidad argumentativa del juez se une directamente con la ética democrática de los principios y valores, para que trasciendan del papel y de la idea y pasen a encarnar el comportamiento de gobernantes y ciudadanos.

Eso explica la concepción ética de la Constitución, que obedece fundamentalmente a criterios que relacionan el bienestar con la equidad y no necesariamente con solo criterios de eficiencia y crecimiento económico. Así, la Constitución venezolana contiene la esencia económica de una sociedad, al hacer explícito el fundamento ético y por ende la función de bienestar. Quienes nos han gobernado bajo la vigencia de esta Constitución se han ocupado de ignorar esta exigencia y han sumido al país en la miseria, la inseguridad y han negado el acceso a

---

<sup>805</sup> Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, pp. 28-31.

la alimentación, la salud y la educación para crear una clase proletaria empobrecida y sometida.

En medio de la degradación moral a que ha llegado el país, tonifica el ánimo el hallar actitudes edificantes. Haber tratado de recorrer el camino de la ética como razón de la justicia nos obliga a concluir que tenemos dos visiones opuestas de Estado. Por una parte una concepción pesimista, según la cual sus ejecutorias constituyen siempre para la persona una amenaza potencial de arbitrario y abuso de poder que hay que contrarrestar; y por la otra, una concepción relativamente diferente, más optimista, según la cual, por el contrario, la persona puede, con posibilidad efectiva, esperar del Estado que este ofrezca todo lo que es necesario y útil a su realización. Aquí descubrimos la relación que existe entre los derechos humanos, la ciencia del derecho y la dimensión ética de la reivindicación propia de exigir garantías para su ejercicio. La persona trata de asegurar una protección o que le sea garantizado el acceso a ciertos bienes y servicios, exigencia que está sustraída de toda impugnación posible y que tiene que ver con el carácter universal que conecta precisamente con la ética.<sup>806</sup>

Por tanto, la universalidad de los derechos concierne necesariamente a los valores y la conexión con la ética nos da la significación de los derechos humanos y su repercusión en la conciencia ética de quienes conducen las instituciones.<sup>807,808</sup>

<sup>806</sup> Diferentes disciplinas contribuyen notablemente con la ética, como filosofía y práctica, especialmente aquellas que se refieren al hombre, como la psicología, la medicina, la antropología, el derecho, la historia, la economía, entre otras, con lo cual podemos inferir que no hay actividad desplegada o desarrollada por el hombre que no esté ligada a la ética o la moral. En la construcción de una cultura ética se hace necesario un discurso sobre la responsabilidad profesional, instando a políticos y funcionarios a reflexionar sobre sus acciones, resolver los dilemas éticos que surjan a su paso y autoimponerse lineamientos coherentes con los derechos fundamentales y los principios constitucionales.

<sup>807</sup> J. Ladriere, *Derecho natural, derecho, ética*, pp. 90 a 97.

<sup>808</sup> República de Venezuela. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 17 de marzo de 1993. Citada por sentencia de aclaratoria de sentencia N° 144 fe fecha 7 de marzo de 2002, dictada el 28 de mayo de 2003, caso Hilados Flexilón, S.A. "...el artículo 1 de la LOT enuncia el trabajo como un hecho social; pero en verdad, jamás ha dejado de poseer esa naturaleza. Es decir, que también bajo el imperio de la ley del trabajo abrogada, fue un hecho influido por factores de orden ético, sociológico, psicológico y físico, que determinan la inclinación y el aprecio de la sociedad hacia el trabajo, el respeto a los valores morales que su práctica entraña, la duración y condiciones en que esa actividad debe prestarse. Es

Sobre estas bases, la posibilidad de establecer códigos de conducta surge para que las personas con un determinado fin común decidan establecer un conjunto de pautas de obligada observancia, a objeto de preservar la debida imparcialidad, objetividad, honorabilidad, vocación de servicio, eficiencia, entre otros.

Está claro que los códigos de ética profesionales no pueden suplir la responsabilidad de la decisión personal, pero un código tiene que aspirar a ser verdaderamente la conducta que produzca el ejemplo y el orgullo de quien la cumple, y proteger así el interés público.

Tres principios rigen la conducta en lo judicial: la independencia, la imparcialidad y la conducta propia del juez, quien reconoce y guía su actuación para contribuir con la independencia judicial y la imparcialidad, lo que a su vez asegura la legitimidad y efectividad de los procesos judiciales. Así, cumplir un código judicial de conducta ética en el cumplimiento de sus responsabilidades, significa asumir esos principios para que guíen su estándar ético en el cumplimiento de sus deberes como juez, entendiéndose que tales principios no restringen su independencia judicial.

La ética aglutina, por tanto, para el juez un conjunto de valores como la honradez, la laboriosidad, la eficacia, la transparencia, la atención y el servicio al ciudadano, la imparcialidad, la objetividad y otros, un inmenso compromiso a cumplir, tarea de la cual la sociedad espera frutos de calidad.

Según Adela Cortina (1997), existen diversos problemas éticos con los que tienen que enfrentarse un juez en su quehacer cotidiano, tales como la dificultad de tener que atender al mismo tiempo los requerimientos del tribunal y de los ciudadanos que actúan en sus causas; distinguir entre lo discrecional y lo arbitrario; la tentación de utilizar el cargo en función de los beneficios propios; la asimetría entre la administración de justicia e impartirla; el exceso de burocratización y la falta de transparencia en el sistema de justicia, entre otros. De ahí la necesidad de crear un clima donde haya una mayor conciencia de los asuntos éticos, prestando una atención continuada al fomento de un

---

imposible negar, entonces, que ese hecho social ha estado y está igualmente influido por los factores de orden económico que afectan el rendimiento del esfuerzo humano dentro de una sociedad determinada”.

comportamiento humano justo, ya que la ética es una actividad continua, no un estado ideal que hay que alcanzar.

El juez no puede realizar ninguna actividad que interfiera con sus funciones judiciales o que afecte su confidencialidad e independencia, por tanto, debe sostener la independencia y autoridad del tribunal y conducirse de acuerdo con las funciones que le corresponden judicialmente. También debe ser imparcial, asegurándolo en el ejercicio de sus funciones, sin tener conflicto de intereses, o que se le coloque en una situación que pueda ser percibido como que ese conflicto de intereses existe. La integridad del juez debe conducirse a sí mismo con probidad e integridad, por tanto, no puede aceptar directa ni indirectamente regalos, obsequios, o privilegios que puedan razonablemente ser percibidos como un intento de influencia en el ejercicio de sus funciones judiciales. La confiabilidad se expresa en el respeto a la confiabilidad de sus funciones judiciales y al secreto de sus deliberaciones. La diligencia del juez se ejerce en el cumplimiento de sus tareas y la dedicación a sus actividades judiciales, tomando en cuenta mantener un conocimiento actualizado, cumplir el ejercicio de sus obligaciones de manera expedita y eficiente, así como tomar las decisiones que le correspondan, sin retraso, la conducta durante el proceso, manteniendo el orden, actuar en concordancia con el decoro debido, ser paciente y cortés con los participantes y miembros del público, resguardar la igualdad, la protección y el beneficio de la ley a quien corresponda, una conducta igualitaria y sin discriminación de ningún tipo que asegure a ninguna persona que tenga acceso a la justicia tenga un trato discriminatorio. La libertad de expresión y asociación puede ser ejercida por el juez, siempre que sea compatible con sus funciones en el tribunal y no afecte la independencia judicial o su imparcialidad. Pueden participar en debates públicos cuando el tema sea jurídico, judicial o de administración de justicia, siempre que no comente casos pendientes o exprese comentarios que afecten la integridad del sistema judicial. La actividad extrajudicial no podrá desarrollarla cuando sea incompatible con sus funciones judiciales o que afecte su imparcialidad e independencia; no puede ejercer ninguna función política.

Por tanto, la independencia judicial es un requisito previo al principio de legalidad y una garantía fundamental para un juicio justo. Para

ello el juez debe ejercer su función judicial de forma independiente, libre de cualquier influencia ajena, de presiones, interferencias directas o indirectas, provengan de cualquier fuente o por cualquier razón. La imparcialidad es esencial en el desempeño correcto de las funciones judiciales y ella se refiere no solo a la decisión en sí misma, sino al proceso mediante el cual se toma la decisión. Para ello el juez debe desempeñar sus tareas judiciales sin favoritismo, predisposición, ni prejuicio y aumentar la confianza del público con su comportamiento, de la abogacía y de los litigantes. No realizar comentario alguno que afecte el resultado del proceso. La integridad es esencial para el desempeño correcto de las funciones judiciales, con lo cual el juez debe asegurarse que está por encima de cualquier reproche a los ojos de un observador razonable. La corrección es esencial, ya que exige del juez no participar en la resolución de un caso cuando se encuentre en causales de inhibición, por cuanto no puede estar asociado en alguna forma con el caso, recibir abogados en su residencia o en lugares públicos: no permitir la influencia de su familia en criterios judiciales del juez, ni utilizará el prestigio de su cargo para ayudar a intereses privados, familia o cualquier otra persona; no ejercer la abogacía mientras desempeñe funciones jurisdiccionales; la igualdad de trato ante el tribunal para desempeñar debidamente las funciones jurisdiccionales; cumplir sus obligaciones sin manifestar predisposición o prejuicio hacia ninguna persona o grupo por motivos irrelevantes, ni permitir que otras personas intencionalmente hagan diferencias entre personas implicadas en un asunto sometido a la decisión del juez.<sup>809</sup>

La enumeración de comportamientos que se le exigen a un juez constituye el Código de Conducta Ética que debe regirlos y su objetivo es preservar un comportamiento impropio en todas sus actividades, de forma que su actuar promueva la confianza pública en la integridad e imparcialidad de la rama judicial. La confianza pública y la imparcialidad de la rama judicial se mantiene si cada juez cumple esta responsabilidad. Por eso un código con este contenido está concebido para

---

<sup>809</sup> Tomado de los “Principios de Bangalore sobre la conducta judicial” y el trabajo de los participantes en la reunión del Grupo Intergubernamental de Expertos de Composición Abierta para el Fortalecimiento de los Principios Básicos sobre la Conducta Judicial, celebrada el 1 y 2 de marzo de 2007 en la Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

proporcionar orientación a los jueces y no debe estar elaborado para servir de base en la determinación de la responsabilidad civil o enjuiciamiento penal. El hecho de una acción disciplinaria, en el caso que sea procedente abrirla, deberá determinarse mediante una aplicación razonable del texto legal que lo contenga y deberá en tal caso considerarse la gravedad de la infracción, la intención del juez, un patrón de actividad inapropiada y el efecto de esa actividad inapropiada sobre el sistema judicial.

En el caso venezolano podemos concluir que el legislador, la Asamblea Nacional, no siguió la orden constitucional consagrada en el artículo 267, la que le señaló expresamente que el régimen disciplinario de los magistrados y jueces debía estar *fundamentado* en un Código de Ética del Juez Venezolano, lo que significa que la Constitución estableció dos instrumentos distintos, el Código de Ética, con las características que hemos sostenido a lo largo de este trabajo, y la ley que regiría el procedimiento disciplinario de los jueces y la determinación de las sanciones que serían aplicadas por los tribunales disciplinarios fundamentado en el primero. La violación a la norma constitucional se concretó entonces cuando la Asamblea Nacional dictó la ley bajo el nombre de Código de Ética, creando bajo la misma el régimen disciplinario de los jueces venezolanos.

Por tanto, el esfuerzo sostenido que tendrá que hacer la República, sus instituciones y ciudadanos para tener un poder judicial que se ajuste a la Constitución, exige concentrarse en el propósito de la justicia, que deje de ser una palabra de referencia para entrar en el campo del valor de la justicia, de manera que ella deje de tener precio. Allí comienza la razón de la ética de todos los operadores que integran el sistema de justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Rivera, Antonio. *Transparencia y democracia: claves para un concierto*. IFAI, México, 2008.
- Aguirre Oráa, José María. *De la ética a la justicia*. *Revista de Filosofía Bajo Palabra*. Segunda época, n° 8, 2013, Universidad de la Rioja. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4416097.pdf>



- Alcoberro, Ramón. *Introducción a Max Webber (1864-1920)*, Filosofía i Pensament Ramón Alcoberro [página web en línea], s.f. Disponible en <http://www.alcoberro.info/V1/weber.htm>
- Ángel Trinidad, Zaldívar. *La transparencia y el acceso a la información como política pública y su impacto en la sociedad y el gobierno*. Porrúa, México, 2006.
- Antiseri, Darío. *Principios liberales*. Unión Editorial, Madrid, 2005.
- Aristóteles. *Ética nicomáquea y ética eudemia*. Gredos, Madrid, 1985.
- Aron, Raymond. *Ensayo sobre las libertades*. Cuarta edición. Alianza Editorial, Edición Libro de Bolsillo, Madrid, 1984.
- Ayllón, José. *Introducción a la ética. Historia y fundamento*. Palabra, Madrid, 2006.
- Badiou, Alain. *La ética. Ensayo sobre la conciencia del mal*. Herder, Impresos Enach, México, 2004.
- Bautista, Oscar D. *Ética pública y buen gobierno. Fundamentos, estado de la cuestión y valores para el servicio público*. Instituto de Administración Pública del Estado de México (IAPEM), Toluca, 2009.
- Bautista, Oscar D. *Necesidad de la ética pública*. Serie Cuadernos de Ética Pública, N° 1, Poder Legislativo del Estado de México – UAEM, México, 2009.
- Belandria, Margarita. *Fundamentos a priori de la ética y el derecho en Kant. Dikaiosyne*, Revista del Grupo Investigador Logos: Filosofía, derecho y Sociedad, n° 30. Universidad de Los Andes, Centro de Investigaciones Jurídicas, Editorial venezolana, Mérida, 2015.
- Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*. Segunda edición. Marcial Pons, Madrid, 2001.
- Bidart Campos, Germán J. y Carnota, Walter F. *Derecho constitucional comparado*. Tomo I. SA editora, Comercial, Industrial y Financiera. EDIAR, Argentina, 1998.
- Boorstin, Daniel J. *The mysterious science of the law. An essay on blackstones commentaries*. The University of Chicago Press, EEUU, 1996.
- Brewer-Carías, Allan. El Código de Ética del Juez Venezolano de 2010 y la interminable transitoriedad del régimen disciplinario judicial. *Revista de Derecho Público*, n° 128 (octubre-diciembre), Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2011.
- Calcaño de Temeltas, Josefina. *La responsabilidad de los jueces en Venezuela*. Impresos Urbina, Caracas, 1982.
- Calcaño de Temeltas, Josefina. *Aproximación a la libertad de conciencia, religión y culto en derecho comparado y en Venezuela*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, 2015.

- Camps, Victoria. *Ética, retórica, política*. Alianza Universidad, Madrid, 1988.
- Camps, Victoria. *Moral pública. Conceptos fundamentales de ética teológica*. Marciano Vidal (comp.). Ed. Trotta, Madrid, 1992.
- Cicerchia, Lucía y Rodoreda, Tomás. El concepto de ética en la obra de Max Weber. Academia (página web en línea), s.f. Disponible en [http://www.academia.edu/12652395/El\\_concepto\\_de\\_Etica\\_en\\_la\\_obra\\_de\\_Max\\_Weber](http://www.academia.edu/12652395/El_concepto_de_Etica_en_la_obra_de_Max_Weber)
- Clavier, Paul. *Qu est-ce que le bien? Chemins philosophiques*. Librairie Philosophique J. Vrin. Paris, 2010.
- Correa, María Alejandra. Estado de justicia: control judicial plenario. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo*, n° 8, 2016, Universidad Monteávila, Centro de Estudios de Derecho Público, disponible en <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2016/12/Estado-de-justicia%E2%80%A6Maria-Alejandra-Correa.pdf>
- Cortina, Adela. *Educación en valores y responsabilidad cívica*. Editorial El Búho, Codice LTDA, Bogotá, 2002.
- Cortina, Adela. *El mundo de los valores: ética mínima y educación*. Codice LTDA, Bogotá, 2003.
- Cortina, Adela. *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*. Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2007.
- Cottret, Bernard. *La Révolution Américaine. La quête du bonheur 1763-1787*. Ed. Perrin. 2003 y 2004, París, 2003.
- Couture, Eduardo J. *Los mandamientos del abogado*. Séptima edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.
- Crespo de Hernández, Carmen Elena. La ética del abogado. *Revista del Consejo de la Judicatura*, n° 18 julio-septiembre, año 5, Caracas, 1980.
- Dell'Ordine, José. *Ética*. Monografías, 2010. Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos5/etica/etica.shtml>
- Dockes, Emmanuel. *Valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales*. Dalloz, París, 2005.
- Dworkin, Ronald. *Taking rights seriously*. Duckworth, Great Britain, 1977.
- Dworkin, Ronald. *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*. Paidós, Barcelona, 2008.
- Fernández Larraín, Sergio. *Cartas a Bello en Londres 1810-1829*. Prólogo, Santiago de Chile, 1968.
- Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- García-Calvo Montiel, Roberto. *La doble vinculación del juez a la Constitución y la ley. La función judicial*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2003.

- García de Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. Civitas, Madrid, 1997.
- Garzón Valdés, Ernesto. *El papel del poder judicial en la transición a la democracia. La función judicial*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2003.
- Grández, Pedro *Per ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Ed. Palestra, Lima, 2016.
- Grimmer, Luis Santiago y Lombardía, Federico Nicolás. Política y ética en Aristóteles y Maquiavelo: un contrapunto para pensar la felicidad política, en *Anacronismo e Irrupción, Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica*, vol. 3, núm. 4 (2013).
- Guerrero Gutiérrez, Eduardo. *Para entender la transparencia*. Nostra Ediciones, China, 2008.
- Hooker Brad y Little, Margaret Olivia. *Moral particularism*. Clarendon Press, Oxford, 2000.
- Infante, Alfredo, S.J. *Ética y Estado en Venezuela*. Ponencia presentada en las Jornadas Domínguez Escobar, Colegio de Abogados del Estado Lara, 2017.
- Jaspers, Karl. *The future of mankind*. University of Chicago Press, Chicago, 1958.
- Jurgen, Habermas. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Trotta, Madrid, 2008.
- Justicia (2016). Justicia (2016). Wikipedia (página web en línea). Disponible en <https://wikipedia.org/wiki/Justicia>
- Ladrière, J. *Les droit de l'homme dans la crise de l'État providencie*. Derecho natural, derecho, ética. *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, Université Saint-Louis, Bruselas, 1984.
- Le Borgne, Jean-Yves. *Changer la justice*. Ed. Puf, París, 2017.
- Li-Carrillo, Víctor y Rogelio Perdomo. *Teoría de la argumentación y derecho*. Sucre, Caracas, 1968.
- Locke, John. Carta sobre la tolerancia, en Miranda, Carlos. *Selección de escritos políticos de John Locke*. Estudios Públicos. Disponible en [https://www.dooos.org/libros/carta\\_tolerancia\\_John\\_locke.pdf](https://www.dooos.org/libros/carta_tolerancia_John_locke.pdf)
- López Guerra, Luis, Espín, Eduardo, García Morillo, Joaquín, Pérez Tremps, Pablo y Satrústegui, Miguel. *Derecho constitucional*. Volumen I (El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos), Ed. Titant lo Blanch, Valencia, 1991.
- López Quintás, Alfonso. *Ética privada y ética pública*. De la Real Academia Española de Ciencias Morales y Políticas. Disponible en [http://www.riial.org/espacios/dpersona\\_doc20ep.pdf](http://www.riial.org/espacios/dpersona_doc20ep.pdf)

- Malena. *Aristóteles y la ética*. Filosofía [página web en línea], 2008. Disponible en <http://filosofia.laguia2000.com/filosofia-griega/aristoteles-y-la-etica>
- Maquiavelo, Nicolás (1469-1527). Mgar.net [página web en línea] Disponible en <http://www.mgar.net/var/maquiave.htm>
- Mendonca, Daniel. *Los secretos de la ética*. Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2002.
- Naessens, Hilda. *Ética pública y transparencia*. Rey Tristán, Eduardo, Calvo González, Patricia. XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: Congreso Internacional, Sep. 2010, Santiago de Compostela, España. Universidad de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, pp.2113-2130, 2010, Cursos e Congresos; 196. Disponible en web: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531532/document>
- Nakhikian, George. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968.
- Nieto, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel, S.A., España, 2000.
- Nietzsche, Friedrich. *La genealogía de la moral*. Edimat Libros, Madrid, 2011.
- Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV). Documentos fundamentales. *Libro Rojo*, Venezuela, junio, 2010.
- Peces-Barba, Gregorio. *Ética pública-ética privada*, Universidad Carlos III. *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, 1997.
- Peces-Barba, Gregorio. *Diez lecciones sobre ética, poder y derecho*, 1ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- Pérez, Julián y Gardey, Ana. *Código de ética*. Definición de (2009-2010). Disponible en <http://definicion.de/codigo-de-etica/>
- Pérez de la Fuente, Oscar. *Modelo ético maquiavélico*. Estrategia Minerva [página web en línea], 2013. Disponible en <http://webphilosophia.com/estrategia/modelo-etico-maquiavelico/>
- Pérez Salazar, Gonzalo. *Los límites a la interpretación constitucional*. Trabajo presentado para las *Memorias del III Congreso Mundial de Justicia Constitucional*, organizado por la Universidad de Bolonia, 10-13 de octubre de 2017.
- Piotte, Jean-Marc. *Les grands penseurs du monde occidental. L'éthique et la politique de Platon a nos jours*. Fides, Canadá, 2005.
- Platón. *Obras completas*. Aguilar, Madrid, 1986.

- Polo Santillán, Miguel Ángel. *Ética, definiciones y teorías*. Colección Textos Universitarios, Primera edición digital, marzo 2016, Universidad de Lima, Fondo Editorial, Lima.
- Raffaele, Caterina. El criptotipo, mudo e inactuado. *Revista de Derecho Privado*, n° 32, Bogotá, Junio/julio 2017.
- Ramírez, José. *Ética, moral y valores*. Monografías [página web en línea], 2009. Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos23/etica/etica.shtml>
- Ramírez García, Hugo S. *Derecho y ética: convergencias para la formación jurídica*. *Dikaion. Revista de Actualidad Jurídica*, n° 17 (2008), Universidad de la Sabana, Facultad de Derecho, Bogotá, 2008.
- Rawls, John. *Liberalismo político, política y derecho*. Primera reimpresión en español. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- Raynaud, Philippe. *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*. *Recherches Politiques*, PUF, París, 1987.
- Rengel Romberg, Arístides. *Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Arte, Caracas, 1968.
- República Argentina. Ley 25.188. Deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos los niveles y jerarquías, Ley de Ética de la Función Pública, Promulgada el 26 de octubre de 1999.
- República Bolivariana de Venezuela. Código de Conducta para los Funcionarios Civiles o Militares que Cumplan Funciones Policiales en el Ámbito Nacional, Estatal y Municipal. *G.O.* N° 38.527 de 21 de septiembre de 2006, Ministerio de Interior y Justicia.
- República Bolivariana de Venezuela, Decreto 2.248, mediante el cual se crea la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional “Arco Minero del Orinoco. Gaceta Oficial N° 40.855 de 24 de febrero de 2016.
- Ricoeur, Paul. *Ética y moral*, en Gómez, Carlos (Ed.). *Doce textos fundamentales de la ética del siglo xx*. Alianza, Madrid, 2003.
- Rodotá, Stefano. *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*. Editorial Trotta, Fundación Alonso Martín Escudero, Madrid, 2006.
- Rodríguez, Francisco. *La ética*. Monografías [página web en línea], 2014. Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos6/etic/etic.shtml>
- Rodríguez Berrizbeitia, Julio. *Fundamentación moral del derecho*. Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013.

- Rodríguez Berrizbeitia, Julio. *Integración y orientación de la obra filosófica de Dworkin, Putnam y Hart: relación del filósofo y el jurista con el mundo de hoy*. Serie Estudios 110, Centenario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015.
- Sacco, Rodolfo. *Conversaciones con Roberto Sacco*. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 17, diciembre 2011.
- Scarciglia, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- Schedler, Andreas. *¿Qué es la rendición de cuentas?* Cuadernos de Transparencia, n° 3, Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), México, 2004.
- Tamayo, Rolando. *Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica. La función judicial*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2003.
- Tzvetan, Tóдоров. *Simbolismo e interpretación*. Monte Ávila Editores (Latinoamericana), Caracas, 1992.
- Urbina Mendoza, Emilio J. *Apuntes para una ética de la investigación del derecho en la era digital*. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello / N°s. 60-61(2005-2006)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.
- Valenzuela D., Luis Carlos y Arregocés, C. *La Constitución: concepción ética del bienestar*. Webpondo, Org., Recursos para economistas, Edición N° 18 octubre-diciembre 2005, Colombia, 2005.
- Valles, Jaquelin. *La ética*. Monografías [página web en línea], 2009. Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos70/informe-etica/informe-etica2.shtml>
- Vigo, Rodolfo. *Ética del abogado. Conducta procesal indebida*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- Weber, Max. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (página web en línea), versión electrónica, <https://fortunatti.files.wordpress.com/2015/04/la-etica-protestante-y-el-espíritu-del-capitalismo.pdf>.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El juez constitucional en el siglo XXI*. Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Cancún, México, del 14 al 17 de mayo de 2008.

# **DISCURSO DE CONTESTACIÓN DEL ACADÉMICO DR. RAFAEL BADELL MADRID, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN**

## **SUMARIO**

I. Introducción. II. Presentación de la beneficiaria. Datos personales y formación académica. Publicaciones. Conferencias. Actividad judicial. Condecoraciones y distinciones. Familia. III. Del trabajo de incorporación: La ética como fundamento de la justicia. Consideraciones preliminares. Capítulo I: Pensamiento ético. Capítulo II: Ética constitucional. Capítulo III: Ética y justicia. Capítulo IV: El juez ético. IV. Consideraciones finales. V. Bienvenida. Bibliografía.

Señor doctor

Gabriel Ruan Santos

Presidente de la Junta Directiva de la Academia de Ciencias  
Políticas y Sociales

Señores doctores

Humberto Romero-Muci, Julio Rodríguez Berrizbeitia,

Luciano Lupini y Carlos Ayala Corao,

integrantes de la Junta Directiva de la Academia  
de Ciencias Políticas y Sociales

Señores numerarios de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Señores académicos de otras corporaciones académicas

Señores rectores, decanos y demás autoridades universitarias.

Doctor Raúl Arrieta Cuevas

y demás miembros de la familia Arrieta Sosa.

Señora Elia Gonzalo de Quintero y demás miembros  
de la familia del doctor Jesús Ramón Quintero

Señores profesores y demás ilustres personalidades invitadas

Señoras y señores

## I

### INTRODUCCIÓN

Hoy es un día muy especial. Es un día de júbilo. Se ha convocado este acto particularmente destinado a abrir las puertas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, con la solemnidad de rigor, a la nueva académica electa para ocupar el sillón número 24: doctora Cecilia Sosa Gómez.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales recibe hoy con júbilo a una magnífica y sobresaliente mujer venezolana. Agradezco al señor Presidente y demás miembros de esta Corporación, el honor que



me han dispensado al designarme en esta tarea de darle la bienvenida a la distinguida doctora Cecilia Sosa. Pocas cosas podría yo hacer con más convencimiento y placer que presentar ante este auditorio a la beneficiaria.

Este evento es de mucha significación para la Academia por varias razones. Despedimos a un ilustre académico y recibimos a quien ha de sustituirlo. Viene a ocupar la doctora Cecilia Sosa el sillón número 24, vacante por el sensible fallecimiento de nuestro querido y muy admirado colega académico doctor Jesús Ramón Quintero, a quien le rendimos hoy justo y respetuoso tributo. Saludamos, con todo afecto y admiración, a su señora esposa doña Elia Gonzalo de Quintero y a su muy distinguida familia y, por nuestro conducto, expresamos una vez más el pesar de esta corporación por su fallecimiento, además de ser la adecuada oportunidad para resaltar, y esta es otra de las significaciones de este acto, su brillante desempeño como académico, jurista, profesor y venezolano ejemplar.<sup>810</sup>

Con palabras muy apropiadas se refirió al doctor Quintero el distinguido académico doctor Tomás Carrillo Batalla el 20 de mayo de

---

<sup>810</sup> Jesús Ramón Quintero nació en Maracaibo, estado Zulia, el 12 de junio de 1942 y murió en Caracas el 01 de febrero de 2016. Fue hijo de Víctor Raúl Quintero y Dolores Prieto de Quintero. Obtuvo el título de abogado en la Universidad Católica Andrés Bello en 1965. Fue miembro del Colegio de Abogados del Distrito Federal desde el 17 de septiembre de ese año. Cursó estudios de posgrado y especialización en la Universidad de Madrid, donde se especializó en Derecho Penal y Criminología. Desde 1969 hasta 1986 fue profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica Andrés Bello y también fue profesor de los cursos de posgrado en su especialidad, tanto en la Universidad Católica Andrés Bello como en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica del Táchira. Ejerció la profesión de abogado desde el año 1969, actuando como asesor de numerosas instituciones públicas y privadas, concentrándose especialmente en el área de derecho procesal penal. Asimismo participó como conferencista invitado en eventos, foros y congresos científicos en la materia de su especialidad. Fue Asesor del Congreso de la República y participó en la elaboración y estudio de numerosos proyectos de leyes. Entre sus obras individuales pueden mencionarse: “Los delitos bancarios. Seis ensayos hermenéuticos” (1997); “Los jueces *suspectus*” (1994); y “15.842 palabras sobre el proceso constituyente” (recopilación de artículos de prensa, 1999). En cuanto a libros y ensayos, se encuentran la separata del libro *Estudios de derecho procesal civil, Homenaje a Humberto Cuenca*, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia; “Acerca de la inexistencia de la sentencia civil”; y la separata del libro homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona (2002), titulada “La interpretación judicial del derecho: El legado de Hans Kelsen”, publicada igualmente por el Tribunal Supremo de Justicia.

2003, cuando en un acto como el de hoy le daba la bienvenida como miembro de esta corporación, y a tales efectos expresó:

...el Dr. Jesús Ramón Quintero, con sus obras manifestó gran erudición, no solo en derecho y procedimiento penal, sino en el derecho y procedimiento civil, demostrando además un manejo fácil y versación en materias sobre interpretación general, así como de filosofía del derecho.<sup>811</sup>

Al doctor Jesús Ramón Quintero lo recuerdo de forma muy especial cuando nos correspondió trabajar juntos en un delicado caso profesional. Allí fui testigo de su sabiduría y de su trato amable y cortés. Conocí a un jurista completo: profesor, abogado litigante y académico. Sustituyó el muy apreciado doctor Jesús Ramón Quintero a su maestro, el doctor Tulio Chiossone,<sup>812</sup> jurista, humanista, político, historiador

<sup>811</sup> Discurso de Contestación del académico doctor Tomás Enrique Carrillo Batalla al Discurso de Incorporación del doctor Jesús Ramón Quintero a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 70, n° 141 (2003), Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2003, pp. 93-104. Disponible en [http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/IndividuosDocs//39/BolACPS\\_2003\\_141\\_93-104.pdf](http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/IndividuosDocs//39/BolACPS_2003_141_93-104.pdf)

<sup>812</sup> Tulio Chiossone nació en Rubio, estado Táchira, el 16 septiembre de 1905 y falleció en la ciudad de Caracas a los 96 años, el 26 de diciembre de 2001. Hijo de Carlos Chiossone Estrada y de María Villamizar Peñuela. En 1929 obtuvo el título de Doctor en Ciencias Políticas en la Universidad de Los Andes. En 1930 obtuvo el título de Abogado de la República, conferido por la hoy extinta Corte Suprema de Justicia del Estado Mérida. Tulio Chiossone, a la par del ejercicio de funciones públicas, tuvo una intensa actividad académica, que ejerció durante 36 años. Impartió sus enseñanzas en la Escuela de Ciencias Políticas –hoy Escuela de Derecho– de la Universidad de Los Andes, en diversas disciplinas jurídicas. Participó en la elaboración de distintas leyes y otros cuerpo normativos: en 1937 presentó el Proyecto de Ley de Régimen Penitenciario, que se convirtió en ley de la República hasta 1961; igualmente participó en la redacción de la Ley de Justicia y Protección de Menores, en 1938 –en coautoría con Rómulo Gallegos y Ángel Bustillos; el Reglamento de la Ley de Régimen Penitenciario (1937); el Código de Justicia Militar (1938); la Ley Orgánica del Ejército y de la Armada (1941); la Exposición sobre el Proyecto de Código Civil de 1942; la Ley de Mejoramiento de la Vivienda Campesina, aprobada por la Asamblea Legislativa del Estado Mérida, en 1944; y el Código Penal (1957), entre otras. En 1945, en la llamada “Revolución de Octubre”, Tulio Chiossone fue perseguido y juzgado por los juzgados de responsabilidad civil, y puesto en prisión, tras lo cual, optó por el exilio. En 1947 fue llamado por Alberto Carnevali para regresar al país e incorporarse nuevamente a su vida universitaria. Desde 1953 hasta 1978 se desempeñó como catedrático –Profesor titular– en la Universidad Central de Venezuela (UCV) en las áreas de derecho penal y derecho procesal penal; y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), donde enseñó Derecho Penal. Fue Director del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho

y sociólogo, individuo de número de esta academia y, también, de la Academia Venezolana de la Lengua, y quien a su vez vendría a sustituir al primer ocupante de este sillón 24 que hoy se cubre nuevamente, el doctor Guillermo Tell Villegas Pulido,<sup>813</sup> abogado y político, ejerció

---

de la Universidad Central de Venezuela, desde 1964 hasta 1978. En el ámbito judicial, el doctor Tulio Chiossone se desempeñó como Juez de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Mérida, desde 1930 hasta 1934; Vocal de la Corte de Casación (1953), en la que también ejerció la presidencia; miembro del Instituto de Codificación y Jurisprudencia (1953-1958) y Magistrado de la Corte Suprema de Justicia –en la Sala Penal– desde 1959 hasta 1975. El doctor Tulio Chiossone, además, fue columnista de distintos periódicos venezolanos. Como articulista se inició en el diario *Patria*, de Mérida, y prosiguió en los diarios *El Universal* y *El Nacional*, donde a lo largo de su vida escribió incontables artículos sobre temas jurídicos, históricos, literarios, etc. En los últimos veinte años de su vida, ya jubilado, se fue distanciando del derecho penal y centró más la dedicación a sus otras áreas del conocimiento: estudios de la evolución política y social, historia, lenguaje, lexicografía y toponimia, creación literaria, historia del estado Táchira y de Venezuela, vida y trayectoria del libertador Simón Bolívar, entre otras temáticas. Véase, sobre la vida del doctor Tulio Chiossone: Discurso pronunciado por el Dr. Luis Felipe Urbaneja en el Acto del Homenaje rendido por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales a los doctores Tulio Chiossone, Luis Loreto, Alejandro Urbaneja, y Elogio del doctor Manuel R. Egaña. Disponible en [http://aciropol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/1985/BoIACPS\\_1985\\_41\\_99\\_100\\_125-140.pdf](http://aciropol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/1985/BoIACPS_1985_41_99_100_125-140.pdf).126-130; y Belandria, Margarita, “Semblanza del jurista venezolano Tulio Chiossone”, en *Dikaiosyne*, n° 19 revista semestral de filosofía práctica, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, julio-diciembre de 2007. Disponible en <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/19137/2/articulo11.pdf>.

<sup>813</sup> Guillermo Tell Villegas Pulido nació en el estado Barinas el 28 de julio de 1854 y falleció en Caracas el 25 de julio de 1949, a los 94 años de edad. Hijo de José Antonio Villegas y Nieves Pulido, y sobrino de Guillermo Tell Villegas, quien fue un político, presidente interino de Venezuela en tres ocasiones: entre el 20 de junio de 1868 y el 20 de febrero de 1869, entre el 26 y el 27 de abril de 1870 y entre el 17 de junio y el 7 de octubre de 1892. Guillermo Tell Villegas Pulido realizó sus estudios de Derecho en la Universidad Central de Venezuela y obtuvo su título en el año 1875. En 1879 fue nombrado Comisionado Especial de Venezuela en Panamá. Trabajó como Secretario de la Gobernación del Distrito Federal y también para el general Antonio Guzmán Blanco. En 1881 fue Juez de Primera Instancia en Caracas, en lo que más tarde funcionó como la Corte Suprema. Durante el período 1890 a 1892 fue diputado al Congreso Nacional por el estado Bolívar. Tras la renuncia de su tío, Guillermo Tell Villegas, en 1892 asumió la presidencia de la República durante la “Revolución Legalista”. Durante su gestión contribuyó al establecimiento del Hospital Psiquiátrico de Caracas. Fue derrocado por Joaquín Crespo en octubre de ese año, tras lo cual se exilió de Venezuela. En 1898, al regreso de su exilio, Guillermo Tell Villegas tomó la Gobernación del Estado Falcón. En el período 1899 a 1909 fue Procurador General de la República, así como gobernador de los estados Guárico (1900 a 1901) y Apure (1903 a 1904). Además, fue Fiscal General de Venezuela (1899-1909, 1913-1916 y 1936) y Cónsul de Venezuela en Trinidad (1906 a 1907). Fue también Presidente de la Cámara de Diputados en 1909. En 1912 hasta 1934 se desempeñó como Presidente Interino de la Orden del Libertador; fue

la Presidencia de la República, de forma interina en el año 1892 y fue Procurador General de la República, así como Gobernador de los estados Falcón, Guárico y Apure; Fiscal General de Venezuela; Cónsul de Venezuela en Trinidad; Presidente de la Cámara de Diputados y Vicerrector de la Universidad Central de Venezuela.

## II

### PRESENTACIÓN DE LA RECIPIENDARIA

#### DATOS PERSONALES Y FORMACIÓN ACADÉMICA

Ahora le corresponde el sillón 24 a una extraordinaria mujer caraqueña, representativa de lo mejor de nuestro país. A una gran jurista, investigadora, profesora de vocación infatigable, autora de una valiosa obra jurídica, estudios y artículos en el área del derecho público, jueza de preponderante actuación. Además, incansable luchadora por los ideales democráticos y el régimen de libertades.

Cecilia Sosa nació en Caracas en 1943, hija de Mariano José Sosa y de doña Cecilia Angélica Gómez. Junto con Tomás Domingo, Mariano, Ciro y Ramiro formaban una familia noble y disciplinada, en la que la venezolanidad era un valor fundamental. Cecilia Sosa fue educada con un esmero especial por parte de su madre, quien procuró que tuviera formación en el área artística y musical, ballet, pintura y piano fueron algunas de estas actividades. Estudió en el Colegio San José de Tarbes de La Florida, siendo parte de su primera promoción de bachilleres. Culminó sus estudios de Derecho en la Universidad Central de Venezuela

---

Decano de la Facultad de Ciencias Políticas, Vicerrector de la Universidad Central de Venezuela (1930-1933) y miembro fundador de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, presidiéndola en tres oportunidades. Guillermo Tell Villegas Pulido, además, se dedicó al periodismo: fue fundador de las revistas *Alianza Literaria* (1876), *La Mayoría* (1879), en la ciudad de La Victoria, y el diario *Monitor* en Ciudad Bolívar (1889). En 1939 elaboró el "Índice alfabético de la recopilación de leyes y decretos de Venezuela". Y entre sus obras se encuentran las siguientes: "Jurisprudencia médica venezolana" (1916); "Los extranjeros en Venezuela: su no admisión, su expulsión" (1919); "El Matrimonio - Estudio de Medicina Legal en relación con la Ley Venezolana" (1920); "Estudio sobre el libro El Presidente del doctor R.F. Seijas"; "El certificado prenupcial" (1938); "Índice de leyes y decretos de los Estados Unidos de Venezuela" (1939); "La inquisición de la paternidad por el examen de la sangre" (1940).

en 1967. Ingresó al Instituto de Derecho Público, bajo la coordinación del notable académico doctor Allan Brewer-Carías y la dirección del maestro Antonio Moles Caubet. Fue abogada de la Comisión Nacional de Recursos Hidráulicos y de la Comisión de Administración Pública, de nuevo bajo la coordinación del académico Allan Brewer-Carías.

Luego viajó a Francia, donde realizó una maestría en “Planificación y, además, se tituló como doctora en Ciencias Administrativas en la Universidad de París (La Sorbonne, 1977); hizo también un diplomado en la Escuela de Altos Estudios de Ciencias Sociales de París, donde obtuvo el título de Planificación Prospectiva, 1974-1976. Al finalizar esta etapa, la recipiendaria viajó a Oxford, donde había sido seleccionada para ocupar la Cátedra Andrés Bello, en el St. Anthony College de esa prestigiosa universidad, durante el año académico 1977-1978.

La doctora Sosa regresó a Venezuela en 1978 y allí inició una intensa actividad de investigación, docencia y lucha por los principios democráticos y republicanos, todo ello con un hilo conductor que no ha variado, ni se ha detenido, antes y, por el contrario, cada día se muestra más comprometida y entregada al estudio y enseñanza del derecho no solo a través de clases formales, sino también por medio de conferencias y cursos que dicta frecuentemente en los eventos más importantes que se desarrollan en el país y también en universidades extranjeras, en lo que para nosotros constituye un ejemplo y motivo de auténtica admiración. Ha recorrido el país entero ya varias veces, dando conferencias, clases, y participando en foros jurídicos y políticos.

A partir de 1979, invitada por el decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, distinguido y notable académico doctor Alfredo Morles Hernández, ocupó la dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas de esa Universidad. Allí tuve la oportunidad de conocerla y trabajar bajo su dirección, cuando ingresé en 1981 como asistente de investigación, y tuve la oportunidad invaluable de participar en varios importantes proyectos bajo su orientación y conducción.

La doctora Sosa ha sido profesora por más de 40 años en los estudios de pregrado, posgrado y doctorado, tanto en su alma mater, Universidad Central de Venezuela, como en la Universidad Católica Andrés Bello. Ha sido profesora, además, en la Universidad Arturo Michelena, en la Universidad Simón Bolívar y en la Universidad Yacambú. Sus

materias: Derecho Administrativo, Teoría de la Organización Administrativa; Régimen Jurídico de la Función Pública; Régimen Jurídico de la Descentralización; Mecanismos de Protección de la Constitución; Amparo Constitucional y otros temas especializados en el área del derecho público.

## **PUBLICACIONES**

La recipiendaria es autora de una abundante y diversa contribución doctrinaria; libros, conferencias publicadas, estudios, artículos en revistas especializadas. Destacan así:

- El libro *Venezuela: bases de una política hidráulica*, en coautoría con Pedro Pablo Azpúrua, 1972.
- Su tesis de Doctorado: “Consecuencias del intervencionismo económico y las libertades públicas en derecho venezolano”, 1977.
- *Los Estudios legales sobre las aguas*. Coplanarh, Ministerio de Obras Públicas.
- Su investigación sobre el “Conflicto de intereses Estado-ciudadano”, 1978. (Inédito)
- El libro *Derecho ambiental venezolano*. Fundación Polar-Universidad Católica Andrés Bello. 1983. Coautor Oswaldo Mantero.
- El libro *Hacia una Ley de Aguas*, en coautoría con Pedro Pablo Azpúrua. Ministerio de Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, 1984.
- El libro *Sistematización de las normas jurídicas aplicables a las fundaciones en Venezuela*. Fundación Polar, 1986.

## **CONFERENCIAS**

De sus múltiples conferencias destacamos:

- “La Integridad Jurídica” en el Seminario “Democracia con Justicia”.
- “La Reforma Del Poder Judicial “en el ciclo de Conferencias sobre la Reforma del Sistema Procesal Penal.

- “Proposiciones de Reforma Al Sistema Judicial Venezolano”, en Seminario sobre “Reforma al Poder Judicial: ¿Por qué no Funciona la Justicia?”.
- “El Derecho al Debido Proceso”, Foro “Derecho y Libertades Públicas”.
- “La Administración de Justicia en Venezuela”, II Taller sobre Administración de Justicia y Derechos Humanos.
- “Historia y Perspectiva de la Jurisdicción Administrativa en Francia y América Latina”, Coloquio Internacional Conmemorativo del Bicentenario de la Creación del Consejo de Estado Francés.
- “Situación Penitenciaria en América Latina”, Taller de Trabajo de Discusión del Código Orgánico Procesal Penal y su Impacto en el Sistema de Justicia Venezolano.
- “Autonomía Presupuestaria del Poder Judicial”, Directorio Ampliado de la Federación de Jueces de Venezuela.
- “Avances en la Reforma Judicial en Venezuela”, Departamento de Estado de los Estados Unidos de América.
- “Realidad y Perspectiva del Derecho Público Frente al Siglo XXI”, I Seminario de Encuentro y Análisis UCV-UCAB.
- “Avances en el Proceso de Reforma Judicial en Venezuela y el Código Orgánico Procesal Penal”, Seminario “Administración de Justicia y Derechos Humanos de América Latina”.

## **ACTIVIDAD JUDICIAL**

Tuvo también la doctora Sosa una valiosa y encomiable actuación dentro del poder judicial en nuestro país. Fue conjuenza, magistrada y presidenta de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, desde 1986 hasta 1989, cuando fue seleccionada para integrar la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, donde permaneció desde 1989 hasta agosto del año 2000. Fue la primera mujer en presidir una Corte Suprema de Justicia en el continente americano, presidencia que ejerció por cuatro períodos consecutivos, desde 1996 hasta el año 2000, además de haber estado simultáneamente en la presidencia de la Sala Político Administrativa. Es miembro de la Comisión Andina de

Juristas, con sede en Lima, Perú, desde 1998. Presidenta de la Organización de Cortes Supremas de las Américas (OCSA), desde noviembre de 1998 hasta agosto de 1999.

Como Presidenta de la Organización de Cortes Supremas de las Américas firmó un Convenio con la Organización de Estados Americanos (OEA) para la eficiencia y transparencia del poder judicial. Como Presidenta de la Corte Suprema de Justicia dirigió el más ambicioso proyecto de modernización del poder judicial. Este proyecto, financiado en parte por el Banco Mundial, tenía como finalidad la reforma estructural del máximo tribunal en las áreas de apoyo administrativo y gerencial, actividad judicial, política institucional y divulgación de sentencias. Presidió y organizó la I y II Cumbres Iberoamericanas de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos (1998 y 1999).

En la Sala Político-Administrativa, máximo tribunal encargado de controlar y someter a derecho la actuación de la administración, tuvo la doctora Cecilia Sosa un comportamiento vertical y sobresaliente. Autora de una extraordinaria línea jurisprudencial en la que destaca la calidad, profundidad y originalidad de sus fallos, muchos de ellos precedentes jurisprudenciales emblemáticos, todavía hoy orientadores de las más importantes teorías del derecho administrativo.

Razones éticas: libertad de conciencia frente a la arrogancia del poder autocrático la llevaron a renunciar en 1999a su posición de Magistrada Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, denunciando la muerte de la independencia del poder judicial. Esta renuncia tuvo una gran repercusión nacional e internacional. El asunto fue incluso comentado por el Chief Justice de Estados Unidos de América William H. Rehnquist, en los siguientes términos:

*Recently we witnessed the resignation of the president of the Supreme Court of Venezuela. Cecilia Sosa, who had served on the Court since 1989. President Sosa, resigned from office because she felt the new constituent assembly, created to write a new constitution for the country, was threatening the independence of both the legislative and judicial branches of government.*<sup>814</sup>

<sup>814</sup> Rehnquist, William H., Jackson, Vicky, Tushnet, Mark (Edits.). *Defining the field of comparative constitutional law*. Praeger, Connecticut/London, 2002, p. viii.



La seguidilla de acontecimientos posteriores, lamentablemente prueban a diario la veracidad de aquella prematura y grave denuncia, peor aún sufrimos todas las consecuencias nefastas de que ello sea así. Los abusos en el ejercicio del poder y la concentración absoluta en quienes gobiernan, unida a la violación sistemática de los derechos civiles, sociales, económicos y políticos de los que hemos sido víctimas los venezolanos, solo han podido ocurrir por la complicidad de un sistema judicial que prefirió actuar en connivencia con el régimen, antes que reivindicar su independencia, y pasar, como le correspondía, a controlar el ejercicio del poder y defender la supremacía de la Constitución. Todavía más grave, se pretende dar apariencia de legalidad a la violación directa del ordenamiento jurídico a través de leyes hechas a la medida y en infracción de claros y precisos postulados constitucionales, carentes de toda técnica y avaladas por ese cuerpo de jueces corruptos, cómplices de la barbarie.

Cecilia Sosa Gómez, junto con otros distinguidos miembros de esta corporación: nuestro decano académico doctor René De Sola, las académicas doctoras Hildegard Rondón de Sansó y Josefina Calcaño de Temeltas y los académicos doctores Luis Henrique Farías Mata y Román José Duque Corredor, tuvieron un desempeño como jueces que la historia les reconocerá como admirable, digno, justo y decente.

La toma del poder judicial como mecanismo de control absoluto del poder fue sin duda estrategia de los golpistas del fallido intento del 4 de febrero de 1992, la cual concretaron en el proceso constituyente de 1999, mediante el Decreto de Reorganización del Poder Judicial del 18 de agosto del mismo año<sup>815</sup>). Con la intervención del poder judicial, paso primero para controlar de forma absoluta de todos los poderes del Estado, se distorsionó el rol constituyente y se convirtió esa Asamblea en instrumento de destrucción de los poderes constituidos, eliminación del control judicial, arbitrariedad y concentración del poder, en lugar de separación de poderes, principio cardinal del Estado democrático de derecho, ahora totalmente inexistente.

---

<sup>815</sup> Publicado en *Gaceta Oficial* N° 36.772 de fecha 25 de agosto de 1999. Por medio de este decreto se creó una Comisión de Emergencia Judicial, que tenía competencia reformar estructuralmente el poder judicial, incluyendo la destitución de jueces.

Hoy se reitera esta desviada actuación con la imposición, desde el poder concentrado, de una ilegítima Asamblea Nacional Constituyente que, a pesar de la letra expresa de la Constitución, en lugar de dedicarse al objetivo constitucional de la elaboración de un nuevo texto fundamental, se manifiesta a diario sustituyendo y usurpando las competencias de los poderes constituidos.

La destrucción del poder judicial se ejecutó premeditadamente por un régimen que en su ejercicio se mostraría con su verdadera identidad autoritaria, para deshacerse de jueces de principios y valores propios de un Estado de derecho como la recipiendaria y los distinguidos académicos mencionados, y sustituirlo por jueces complacientes, sumisos a las órdenes del Gobierno, con lo cual se perdió definitivamente el Estado de derecho.

Es, obviamente, el poder judicial el que mantiene la supremacía constitucional: el delicado equilibrio entre la actuación de los órganos del poder público, ejercicio del poder, frente a los derechos y libertades ciudadanas. Ese poder hoy está desbordado, nadie lo controla. Se han impuesto las vías de hecho sobre el derecho. Ha cambiado nuestra posición de ciudadanos, titulares de derechos por el de simples súbditos, sometidos al abuso, la fuerza y la arbitrariedad del poder político, militar y policial que se desempeña a su antojo sin el límite del respeto a los derechos humanos fundamentales.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha dado suficientes demostraciones de rechazo a esta circunstancia. Utilizando las palabras del notable académico doctor Alfredo Morles:

Desde su puesto de vigía y como guardián intelectual de los valores superiores del ordenamiento jurídico, decimos que la Academia hoy, con la ayuda de la nueva académica, ratifica su voluntad inquebrantable de luchar para el restablecimiento del Estado de derecho perdido y del restablecimiento del orden democrático.

A seguir este camino nos anima la incorporación de la recipiendaria.

## CONDECORACIONES Y DISTINCIONES

La recipiendaria ha recibido muchos reconocimientos y condecoraciones por su labor como profesora, investigadora, jueza y ciudadana valiosa y ejemplar. Recibió, incluso, la más alta distinción del país, la Orden “Gran Cordón del Libertador”, conferida por el Presidente de la República, previo voto favorable del Consejo de la Orden.

Algunas de las condecoraciones recibidas por la recipiendaria son las siguientes:

- Medalla Municipal y Honor al Mérito por el Municipal de Abogacía en Primera Clase, por el Concejo Municipal del Distrito Sucre.
- Diploma de Honor conferido por el Colegio de Abogados del Distrito Federal.
- Orden “General de División Francisco Esteban Gómez” en su clase de oro, conferida por el Gobernador del Estado Nueva Esparta y Presidente de la Orden Cívico-Militar.
- Orden “Doctor Cristóbal Mendoza” en su Primera Clase, conferida por el Gobernador del Estado Trujillo.
- Orden Militar de la Defensa Nacional, en el Grado de Oficial, conferida por el Presidente de la República, previo voto favorable del Consejo de la Orden.
- Orden Bicentenario del Colegio de Abogados del Distrito Federal.
- Orden de Honor al Mérito en su Única Clase, conferida por el Consejo de Honor de la Guardia Nacional, Comando Regional N°5.
- Condecoración “Antonio José de Sucre” en su Primera Clase, conferida por el Gobernador del Estado Sucre.
- Orden al Mérito “Doctor Esteban Agudo Freites”, en su Única Clase, conferida por el Ministerio Público.
- Orden Honor al Mérito en su Única Clase, conferida por la Federación Nacional de Asociaciones de Jueces de Venezuela.
- Distinción Honorífica, conferida por la Confederación de Abogados de los Países Andinos.

- Orden “Miguel Acosta Saignes” en su Única Clase, conferida por el Presidente de la Asamblea Legislativa del Estado Aragua.
- Orden “Guaicaipuro” en su Primera Clase, concedida por el Concejo Municipal del Estado Miranda.
- Orden Honor al Mérito, conferida por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial.
- Orden “Rafael Pizani” en su Única Clase, conferida por el Consejo de la Judicatura.
- Orden “Gran Cordón del Libertador”, conferida por el Presidente de la República, previo voto favorable del Consejo de la Orden.
- Diploma de Honor conferido por el Colegio de Abogados del Distrito Federal.
- Orden “Doctor Cristóbal Mendoza” en su Primera Clase, conferida por el Gobernador del Estado Trujillo.
- Orden Militar de la Defensa Nacional, en el Grado de Oficial, conferida por el Presidente de la República, previo voto favorable del Consejo de la Orden.
- Orden Bicentenario del Colegio de Abogados del Distrito Federal.
- Condecoración “Antonio José de Sucre” en su Primera Clase, conferida por el Gobernador del Estado Sucre.
- Orden al Mérito “Doctor Esteban Agudo Freites” en su única clase, conferida por el Ministerio Público.
- Orden Honor al Mérito en su Única Clase, conferida por la Federación Nacional de Asociaciones de Jueces de Venezuela.
- Distinción Honorífica, conferida por la Confederación de Abogados de los Países Andinos.
- Orden Honor al Mérito conferida por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial.
- Orden “Rafael Pizani” en su única clase, conferida por el Consejo de la Judicatura.

Lo que yo he podido escasamente decir hoy ante ustedes, en modo alguno limita o agota la obra de esta mujer excepcional. Cincuenta años

de dedicación, sin pausa, a la actividad jurídica, académica y de investigación. Nuestra beneficiaria tiene una enorme sabiduría y la privilegiada perspectiva que deriva de tantos años de actividades académicas, científicas y judiciales. Es una luchadora incansable, con una extraordinaria calidad humana y una voluntad enorme para llevar adelante los retos que se ha planteado. Sin duda, una de las más valiosas mujeres del país.

## **FAMILIA**

Cecilia Sosa Gómez está casada con el brillante jurista y profesor doctor Raúl Arrieta Cuevas, su compañero de vida, abogado, de dilatada carrera académica y doctor en Derecho de la Universidad de Oxford, ciudad en la que se conocieron. Tienen tres hijos: César, con una sobresaliente carrera de diseñador industrial, quien reside en la ciudad de Torino, Italia; Raúl, abogado en ejercicio en Chile, conocido internacionalmente por su experticia en la materia de tratamiento y protección de datos; y Andrés, también abogado, quien ya no está más entre nosotros físicamente, pero a quien tenemos más presente que nunca y cuyo espíritu retumba orgulloso y se manifiesta hoy a través de mis palabras. Cecilia tiene 5 nietos y vive una vida intensa pero sencilla, austera y digna. Interesada por la música, las artes, la cocina, el mar, la fotografía y una nueva cosa cada día, deja llevar su vida en el contraste entre la mujer intelectual, rigurosa, de temple, ánimo y voluntad inquebrantable, con una dama caraqueña apacible, cariñosa y sabia.

## **III**

### **DEL TRABAJO DE INCORPORACIÓN LA ÉTICA COMO FUNDAMENTO DE LA JUSTICIA CECILIA SOSA GÓMEZ**

El trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la beneficiaria: “La ética como fundamento de la justicia”, es un tema de importancia fundamental y de particular pertinencia en estos momentos de oscuridad que vive nuestro país.

## CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El estudio se desenvuelve en cuatro capítulos, precedidos de una nota previa, en la cual están insertas las consideraciones generales sobre la búsqueda de la relación entre la ética y la justicia y su trascendencia en el comportamiento judicial de los operadores de justicia, para asomar la necesidad de nuevos paradigmas que incorporen a la definición del derecho, las dimensiones de la ética.

### CAPÍTULO I: PENSAMIENTO ÉTICO

El primer capítulo se refiere, de una parte, a los orígenes y conceptualización de la ética. Allí se expone el pensamiento ético de los grandes filósofos: Pitágoras, Sócrates, Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Baruch Spinoza, David Hume, Maquiavelo, Immanuel Kant y Max Weber, entre otros; y, de otra parte, estudia un concepto de ética, para diferenciarla de la moral y señalar su naturaleza respecto a su capacidad de coacción, así como su expresión en distintos ámbitos esenciales para la vida en la colectividad.

La doctora Sosa Gómez se refiere a las distintas concepciones sobre la ética: como perfeccionamiento de la conducta humana, basada en las virtudes y la inteligencia de la conducta desde el pensamiento de Pitágoras, Sócrates, Platón y Aristóteles; luego atiende a la ética unida a los valores y principios del cristianismo, representada en San Agustín y Santo Tomás de Aquino y por Martín Lutero, con matices protestantes incorporados. En cuanto a los filósofos éticos modernos, destaca el pensamiento de Descartes (con sus elementos de ética en el *Discurso del método*), Baruch Spinoza y David Hume.

La recipiendaria señala la importancia del pensamiento sobre la ética de John Locke (*Carta sobre la tolerancia*, de 1689), quien distingue entre la moral y la ética y entre ética pública y ética privada; y de Alexis de Tocqueville, en sus trabajos referidos a la esencia del poder judicial y su misión de ocuparse de los intereses de los particulares y de estar a disposición de toda persona que se sienta lesionada en sus derechos.

Analiza la concepción de la ética pública presente en el pensamiento de Aristóteles, Maquiavelo, Immanuel Kant y Max Weber, para reflejar las distintas perspectivas de las relaciones entre ética y política.<sup>816</sup>

Asimismo, el primer capítulo incorpora las principales acepciones vinculadas con la ética en el derecho, es decir, la ética en lo público y lo privado;<sup>817</sup> la ética pública y ética administrativa; la ética profesional; la ética de la investigación; la ética de la obligación; la ética de la responsabilidad; y la ética de la transparencia. Y además, con el objeto de acercarse a un concepto de ética, señala la diferenciación<sup>818</sup> entre la ética y la moral.

<sup>816</sup> Para Aristóteles, señala la doctora Cecilia Sosa Gómez, la felicidad individual, que es el fin supremo del comportamiento del hombre, era inconcebible fuera de la felicidad de la polis, o separada de la comunidad; por lo que la excelencia del ser humano se alcanzaba cuando se desarrollaban aquellas virtudes que contribuyen a fortalecer la comunidad política. Maquiavelo, por su parte, desconoce la ética como rectora de la actividad política, de forma que este admitía el incumplimiento de la misma con el fin de alcanzar el poder y conservarlo. En este sentido, para Maquiavelo la lógica de la política reside en su divorcio de la ética. Por su parte, Immanuel Kant, sobre la base de que todos tenemos la capacidad innata de diferenciar el bien y el mal, concebía la ética como la disposición de la buena voluntad y en este sentido describía una moral tan excelsa e inalcanzable que impedía la convergencia entre moral y política. Por último, Weber dirigía su la ética hacia una concepción económica, capitalista, que inclusive admitía la creación de riqueza como un imperativo moral. Para Weber, existía entre la ética y la política una distancia casi insalvable, de modo que el político no solo podía regirse por una ética de principios, sino por acciones, lo que hace que la política a veces fuse incompatible con la ética. *Vid.* Sosa Gómez, Cecilia, “La ética como fundamento de la justicia”. Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

<sup>817</sup> En este sentido, “ética privada hace referencia a la concepción de la vida buena que cada quien alberga, a la idea de lo que constituye para cada uno la felicidad, aspiración futura de todas las personas, en la que cada persona se asegura el derecho a perseguir sus propios ideales de perfección y felicidad, siempre que con ello no lesione los derechos de los demás. Por tanto, pueden ser aconsejados pero nunca impuestos, pues ello lesionaría la libertad personal y la autodeterminación de la moral de cada individuo”. *Vid.* Sosa Gómez, Cecilia, “La ética como fundamento de la justicia”. Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

<sup>818</sup> La doctora Sosa Gómez explica al respecto que “...la esencia de su diferencia es que la moral tiene una base social, mientras la ética surge de la interioridad de la persona (conciencia y voluntad); también destaca que la moral es un conjunto de normas que actúan en la conducta desde el exterior y a veces desde el inconsciente, mientras que la ética influye en la conducta de la persona desde sí misma. Por eso se afirma que la ética es conceptual y se desarrolla a partir de la reflexión sobre los valores”.

## CAPÍTULO II: ÉTICA CONSTITUCIONAL

En segundo lugar, la recipiendaria analiza la relación entre la ética y el derecho, con el objeto de describir qué se entiende por ética constitucional y cuáles implicaciones tiene para lo privado y lo público, dada la obligatoriedad y supremacía del texto constitucional.

Sobre el primer punto, es decir, el vínculo existente entre el derecho y la ética, la autora expone lo siguiente:

De manera que entre la ética y el derecho rige la razón: la idea que provoca la formación del derecho es la misma que rige la ética, y esta correlación puede resumirse en la siguiente frase: legislar para convivir en paz por medio de la justicia. El derecho debe producir normas que permitan la convivencia pacífica y eso se obtiene solamente cuando se pone al servicio de otra finalidad, como es la realización de la justicia para el progreso del hombre. Esta es la finalidad suprema de la ley, bienestar, justicia y progreso, objetivo sin el cual carecería de sentido. El acoplamiento entre la ética y el derecho ocurre cuando lo que se considera justo para la ética la ley lo impone bajo su sistema coercitivo.<sup>819</sup>

Respecto de la relación ética y texto fundamental, la doctora Sosa afirma que existe una concurrencia que se produce desde el momento en que el comportamiento ético sostiene el diseño constitucional, en un determinado modelo de Estado democrático, que exija el cumplimiento de “la finalidad de garantizar la plena vigencia de los derechos y libertades públicas, organizar el encuadramiento del poder, sometiendo los órganos y las personas a la Constitución; manteniendo el control del poder fundamentalmente en la justicia constitucional; y manteniendo la división política, horizontal y vertical para evitar la concentración del poder en un solo órgano”.

---

<sup>819</sup> Sin embargo, admite la doctora Sosa, que no siempre se encuentra una estrecha relación entre ética y derecho, por lo que también podemos estar ante la presencia de una disparidad: “La disparidad entre el derecho y la ética es la deliberada intención de hacer un derecho injusto, y que sus leyes, actos y sentencias se reduzcan al ejercicio del poder antiético y corrompido, donde se violenta el derecho deliberadamente para transformarlo en una fachada de legalidad”.



Refiriéndose entonces a la Constitución de 1999, la doctora Cecilia Sosa señala lo siguiente:

La Constitución que rige para la República de Venezuela (1999) es la primera que coloca a la cabeza del texto, que su esencia es asegurar el derecho a la vida como al resto de los derechos fundamentales, sin discriminación ni subordinación alguna, expresando el rasgo esencial del ordenamiento democrático y de Estado de derecho. Así, para el texto fundamental los derechos humanos deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana. Ello solo se consigue cuando la libertad de la vida en sociedad resulta garantizada en igual medida que la libertad individual; por tanto, al estar la ética presente en el mejor vivir para cada persona, el ejercicio y garantía de todos los derechos están impregnados por la ética.<sup>820</sup>

De conformidad con lo anterior, la ética en la Constitución “exige a todas las personas en funciones públicas, o en actividades privadas, es decir, quienes ejerzan el poder público o las personas sean físicas o morales, que su comportamiento esté sujeto a la ética. Por tanto, para todo el que habite o realice funciones públicas o privadas, la ejecución y el cumplimiento de la Constitución está regido por la ética”.<sup>821</sup>

Tal como lo expresa la doctora Sosa, la Constitución de 1999 incorpora en su texto la expresión “ética” en cinco oportunidades:

“*La primera*, la ética marca el hilo conductor de los 350 artículos de la Constitución (Art. 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 entre otros *la ética* y el pluralismo político (resaltado nuestro).

*La segunda* referencia a la ética, como principio constitucional (Art. 102), alude al derecho la educación cuando señala: “...La educación...*está fundamentada en el respeto a todas las corrientes del*

---

<sup>820</sup> Ibídem.

<sup>821</sup> Sosa Gómez, Cecilia, “La ética como fundamento de la justicia”. Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

*pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano, y el pleno ejercicio de la personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo...*”.

La tercera cita de la Constitución hace imperativo el comportamiento ético que debe regir para todo juez de la República (Art. 267) y a tales fines consagra el régimen disciplinario de magistrados y jueces, fundamentado en el *Código de Ética del Juez Venezolano* que a tales fines dicte la Asamblea Nacional, ordenando que dicho procedimiento sea público, oral y breve.

La cuarta referencia constitucional a la ética (Art. 274) consagra la obligación constitucional de los órganos que ejercen el poder ciudadano para que “...prevengan, investiguen y sancionen los hechos que atenten contra la *ética pública y la moral administrativa*”.

La quinta y última regulación constitucional de la ética (Art. 280) establece entre los requisitos indispensables para desempeñar el cargo de Defensor del Pueblo, que la persona que se elija deba “...cumplir con las exigencias de honorabilidad, *ética y moral* que establezca la ley...”.

Reflexionando sobre estos comentarios de la doctora Sosa sobre la ética en la Constitución de 1999, cabe señalar que en todos y cada uno de los textos constitucionales de Venezuela desde la Constitución de 1811, pueden encontrarse incluidos diversos valores y exigencias éticas y morales, que han sido dispuestos como imperativos de rango constitucional para los ciudadanos y los funcionarios del Estado.<sup>822</sup>

En efecto, en la Constitución de 1811 fueron muy evidentes las cláusulas éticas constitucionales que predicaban, por ejemplo, la justicia y la honestidad en el ejercicio de los derechos del hombre. De esta forma, era muy común encontrar en dicho texto constitucional alusiones a los límites morales de los derechos, así como imperativos como el de “hacer siempre a los otros todo el bien que quisieras recibir de ellos” o el que expresa lo contrario “no hagas a otro lo que no quisieras que se te hiciese” (artículo 193 de la Constitución de 1811).

<sup>822</sup> Se trata de la enunciación constitucional de los diversos valores morales o éticos que, junto a los fines constitucionales de Venezuela, engloban el llamado patrimonio moral de la República (en nuestro país mayormente asociado con el pensamiento del libertador Simón Bolívar), y comprende la exigencia del cumplimiento de valores superiores considerados fundamentales para la vida en la sociedad venezolana.

También encontramos que estaba determinado constitucionalmente que ningún hombre podría ser de bien, ni buen ciudadano, de no observar las leyes fiel y religiosamente, de no ser buen hijo, buen hermano, buen amigo, buen esposo y buen padre de familia (artículo 195). De otra parte, era igualmente común que en el texto fundamental se fusionaran los deberes jurídicos con deberes morales y religiosos.<sup>823</sup>

Con el pasar de los años, en las Constituciones venezolanas se introdujeron exigencias éticas en ámbitos más específicos como el laboral,<sup>824</sup> el de los medios de comunicación,<sup>825</sup> y sobre todo el educativo<sup>826</sup>

<sup>823</sup> Estos deberes consistían en prestar juramento de fidelidad al Estado, de sostener, y defender la Constitución, de cumplir bien y fielmente los deberes de sus oficios, y “de proteger y conservar pura e ilesa, en estos pueblos, la Religión católica, apostólica, romana que ellos profesan” y eran exigidos a figuras como el Presidente y demás miembros del Ejecutivo (senadores, representantes, militares y demás empleados civiles), (artículo 206 de la Constitución de 1811).

<sup>824</sup> A partir de la Constitución de 1830 se hizo evidente en los textos constitucionales de Venezuela la exigencia de la adecuación de las actividades laborales conforme a las normas morales. Así pues, determinaba el artículo 209 de la Constitución de 1830, lo siguiente: “Ningún género de trabajo, de cultura, de industria, o de comercio será prohibido a los venezolanos, excepto aquellos que ahora son necesarios para la subsistencia de la República, que se libentarán por el Congreso cuando lo juzgue oportuno y conveniente. También se exceptúan todos los que sean contrarios a la moral y salubridad pública”. Por su parte, el artículo 16 de la Constitución de 1858 establecía que: “Todos los venezolanos tienen el derecho de ejercer cualquiera profesión o industria, exceptuando solamente las que constituyen la propiedad de un tercero por privilegio concedido conforme a la Ley, las que ataquen la moral pública o la salubridad de las poblaciones, y las que embarquen las vías de comunicación”.

<sup>825</sup> El artículo 14 de la Constitución de Venezuela de 1858 expresamente ponía un límite a la libertad de expresión, fundamentado en preceptos morales. De este modo dispuso dicho artículo que “Todos los venezolanos tienen el derecho de expresar sus pensamientos y opiniones, por medio de la imprenta, sin necesidad de previa censura, y también de palabra o de cualquier otro modo; pero bajo la responsabilidad que determine la Ley para los casos en que se ofenda la moral pública, o se ataque la vida privada. El juicio en materias de imprenta serán por jurados”. Cabe destacar que, desde la Constitución de 1811, ya la libertad había sido limitada por la moral, pero en su connotación religiosa: la moral cristiana, de modo que señalaba el artículo 181 de ese texto constitucional lo siguiente: “Será libre el derecho de manifestar los pensamientos por medio de la imprenta; pero cualquiera que lo ejerza, se hará responsable a las leyes, si ataca, y perturba con sus opiniones la tranquilidad pública, el dogma, la moral cristiana, la propiedad, honor y estimación de algún ciudadano”.

<sup>826</sup> Las exigencias morales en el ámbito de la educación han sido una constante en las Constituciones de Venezuela, de forma que siempre se ha exaltado la educación moral y cívica de los ciudadanos venezolanos desde las primeras etapas de su vida. Llamen la atención al respecto el artículo 32, 15 de la Constitución de 1936, que disponía la libertad de enseñanza

(Constituciones de 1830 en adelante), exigencias que imponían el respeto y el cumplimiento de los límites morales en dichas actividades.

Sin embargo, fue a partir de la Constitución de 1947 cuando comenzó a proclamarse de forma literal la fundación de la “nación venezolana”, el cumplimiento de su destino y la realización de sus finalidades en el “patrimonio de autoridad moral e histórica que ganaron los venezolanos conducidos por Simón Bolívar, en la empresa emancipadora del continente americano”, además de la integridad de su territorio, el potencial de su economía, el respeto a la libertad y la consagración del trabajo como virtud suprema y como supremo título de mejoramiento humano.

La Constitución de 1961 fue también enfática en los valores éticos que persigue el Estado venezolano. Así entonces, el texto constitucional de 1961 fue alusivo a los propósitos de índole moral de proteger y enaltecer el trabajo, amparar la dignidad humana, promover el bienestar general y la seguridad social; lograr la participación equitativa de todos en el disfrute de la riqueza, según los principios de la justicia social, y fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre; mantener la igualdad social y jurídica, sin discriminaciones derivadas de raza, sexo, credo o condición social, así como de “conservar y acrecer el patrimonio moral e histórico de la nación, forjado por el pueblo en sus luchas por la libertad y la justicia y por el pensamiento y la acción de los grandes servidores de la patria, cuya expresión más alta es Simón Bolívar, el Libertador”.

Es cierto que la Constitución de 1999 incorporó la expresión “ética”, como bien lo apunta la recipiendaria, pero además, siguiendo el modelo de sus predecesoras, desde su Exposición de Motivos y a lo largo de todo su texto fundamental, establece una serie de normas con

---

en los siguientes términos: “La educación moral y cívica del niño es obligatoria, y se inspirará, necesariamente, en el engrandecimiento nacional y la solidaridad humana. Habrá, por lo menos, una Escuela en toda localidad cuya población escolar no sea menor de treinta alumnos (se repite en la Constitución de 1945)”; el artículo 49 de la Constitución de 1947, según la cual “Artículo 49.- El Estado garantiza la protección integral del niño desde su concepción hasta su completo desarrollo de modo que este se realice dentro de un ambiente de seguridad material y moral”; y el artículo 81 de la Constitución de 1961 que expresamente exigía que la educación estuviese a cargo de personas de reconocida moralidad y de idoneidad docente comprobada.

contenidos éticos exigidos en su mayoría a todos los ciudadanos de la República, y en otros casos, a quienes ejercen funciones específicas del Estado.

En efecto, en tal Exposición, y en lo referido al primer título de la Constitución, sobre los principios fundamentales, se consagra además de la condición libre e independiente de la República Bolivariana de Venezuela, la condición permanente e irrenunciable que fundamenta en el ideario de Simón Bolívar, el Libertador, su patrimonio moral y los valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional.<sup>827</sup>

También, en el artículo 2 de la Constitución se determina como valor superior del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado democrático y social de derecho y de justicia de Venezuela, 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. En este sentido, cualquier actuación de los órganos del Estado venezolano –incluyendo leyes– que sea contraria a la ética, no solo es adversa a las aspiraciones que tiene la colectividad venezolana sobre esa actividad pública, sino que además transgrede los valores fundamentales del Estado de derecho y de justicia de Venezuela.<sup>828</sup>

Así pues, en cuanto a los requerimientos éticos exigidos a quienes ejercen funciones públicas –fundamentales por ser la función pública

<sup>827</sup> Asimismo, “se rescata el legado histórico de la generación emancipadora, que en la gesta heroica de la independencia de Venezuela luchó para forjarnos una patria libre, soberana e independiente de toda potencia extranjera”, y se distingue además como “figura paradigmática de esa revolución inicial”, al libertador Simón Bolívar, de quien “se recoge el sentimiento popular que lo distingue como símbolo de unidad nacional y de lucha incesante y abnegada por la libertad, la justicia, la moral pública y el bienestar del pueblo, en virtud de lo cual se establece que la nación venezolana, organizada en Estado, se denomina República Bolivariana de Venezuela”.

<sup>828</sup> Tenemos que tener en cuenta, además, que la Constitución, al plasmar en su artículo 3 como fines esenciales del Estado venezolano: 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; fija como última aspiración del Estado el perfeccionamiento no solo de su sociedad, sino de cada uno de los individuos, es decir, el perfeccionamiento moral de la persona (como afirmación ética). De esta forma señala el artículo 3, además, que la educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.

de vital importancia en el cumplimiento de las tareas y actividades orientadas al bien común, es decir, al servicio<sup>829</sup>– la Constitución de Venezuela ha sido también muy prolífera. En este sentido, desde los ya comentados artículos 2 y 3 de la Constitución se determinan los valores superiores del Estado –incluyendo la ética–, así como los fines esenciales del mismo, según los cuales debe regirse e informarse cualquier actuación de los órganos del Estado, con el objeto de evitar la arbitrariedad en el uso del poder público y “elevar la calidad de la administración pública mediante la conducta honesta, eficiente, objetiva e íntegra de los funcionarios en la gestión de los asuntos públicos”.<sup>830</sup>

En efecto, el artículo 141 establece igualmente varios principios que rigen y fundamentan la actuación de la administración pública, entre los cuales, como valor ético o moral encontramos la honestidad, junto con los principios de 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.

Asimismo, se les exige constitucionalmente a los funcionarios públicos la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, lo cual implica, además de una exigencia ética, que estos estén únicamente al servicio del Estado y no de parcialidad alguna, por lo que su nombramiento o remoción no podrá estar determinada por la afiliación u orientación política (artículo 145 de la Constitución). Es por ello que también dispone la Constitución de forma expresa que el ingreso de los funcionarios de carrera, por ejemplo, deberá estar basado en concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia (artículo 146 de la Constitución).

Igualmente, en la carrera judicial se exige que los jueces titulares ingresen o sean ascendidos por concursos públicos de oposición que garanticen la idoneidad y excelencia de los administradores de justicia de la República (artículo 255 de la Constitución), a quienes también se

---

<sup>829</sup> Sosa Gómez, Cecilia, “La ética como fundamento de la justicia”. Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

<sup>830</sup> Oscar, Diego Bautista, *Necesidad de la ética pública*. México, Serie Cuadernos de Ética Pública N° 1, Poder Legislativo del Estado de México – UAEM, México, 2009, p. 15. Cit. en Sosa Gómez, Cecilia, “La ética como fundamento de la justicia”. Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

les exige, junto a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, fiscales del Ministerio Público y defensores públicos los principios éticos de imparcialidad e independencia<sup>831</sup> en el ejercicio de sus funciones, es decir, desde su nombramiento hasta el egreso del cargo que ejercen.<sup>832</sup>

Ahora bien, con referencia a los requisitos éticos y morales que deben cumplir ciertos funcionarios públicos para su nombramiento, es preciso hacer alusión, como lo hace la recipiendaria en su trabajo de incorporación, en primer lugar, a los que expresamente dispone la Constitución. Estos son:

1. Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y Procurador General de la República, artículos 263 y 249 de la Constitución, respectivamente:

Artículo 263. Para ser magistrado o magistrada del Tribunal Supremo de Justicia se requiere:

1. Tener la nacionalidad venezolana por nacimiento.
2. Ser ciudadano o ciudadana de reconocida honorabilidad.
3. Ser jurista de reconocida competencia, gozar de buena reputación, haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince años y tener título universitario de postgrado en materia jurídica; o haber sido profesor universitario o profesora universitaria en ciencia jurídica durante un mínimo de quince años y tener la categoría de profesor o profesora titular; o ser

---

<sup>831</sup> Ello para reiterar lo dispuesto en el artículo 254 de la Constitución, según el cual “El Poder Judicial es independiente y el Tribunal Supremo de Justicia gozará de autonomía funcional, financiera y administrativa”. En el mismo sentido, la Constitución dispone que 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” (artículo 294 de la Constitución).

<sup>832</sup> Lo cual implica la prohibición de cualquier tipo de activismo político partidista, gremial, sindical u otro de índole semejante; las actividades privadas lucrativas incompatibles con sus funciones (ni por sí mismo ni por persona interpuesta); el ejercicio de otra función pública (a excepción de actividades educativas); o la asociación de los jueces entre sí (artículo 256 de la Constitución). Cabe destacar que, igualmente, a los integrantes de la Fuerza Armada Nacional, en situación de actividad, si bien tienen derecho al sufragio, se les prohíbe igualmente optar a cargo de elección popular, así como participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político (artículo 330 de la Constitución).

o haber sido juez o jueza superior en la especialidad correspondiente a la Sala para la cual se postula, con un mínimo de quince años en el ejercicio de la carrera judicial, y reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones.

4. Cualesquiera otros requisitos establecidos por la ley.
2. Defensor del Pueblo. Artículo 280 de la Constitución:  
Para ser Defensor o Defensora del Pueblo se requiere ser venezolano o venezolana, mayor de treinta años, con manifiesta y demostrada competencia en materia de derechos humanos y cumplir con las exigencias de honorabilidad, ética y moral que establezca la ley. Las faltas absolutas y temporales del Defensor o Defensora del Pueblo serán cubiertas de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

Si bien a las personas que ejercerán los cargos de elección popular, es decir, los gobernadores<sup>833</sup>, alcaldes<sup>834</sup>, legisladores nacionales y estatales<sup>835</sup> y el presidente de la República<sup>836</sup>, no se les exige expresamente una intachable reputación y honorabilidad, el texto propio de la Constitución demanda que toda persona que ejerza funciones públicas esté regida por los valores y principios que siguen la Constitución, incluyendo los éticos y morales.

En este sentido, es precisamente para la vigilancia del cumplimiento de dichos principios de la ética pública y la moral administrativa en

---

<sup>833</sup> Para ser gobernador o gobernadora se requiere ser venezolano o venezolana, mayor de veinticinco años y de estado seglar (Artículo 160 de la Constitución).

<sup>834</sup> Para ser alcalde o alcaldesa se requiere ser venezolano o venezolana, mayor de veinticinco años y de estado seglar (Artículo 174 de la Constitución).

<sup>835</sup> “Artículo 188. Las condiciones para ser elegido o elegida diputado o diputada a la Asamblea Nacional son:

1. Ser venezolano o venezolana por nacimiento o por naturalización con quince años de residencia en territorio venezolano.
2. Ser mayor de veintiún años de edad.
3. Haber residido cuatro años consecutivos en la entidad correspondiente antes de la fecha de la elección”.

<sup>836</sup> Para ser elegido presidente o presidenta de la República se requiere ser venezolano o venezolana por nacimiento, no poseer otra nacionalidad, mayor de treinta años, de estado seglar y no estar sometido o sometida a condena mediante sentencia definitivamente firme y cumplir con los demás requisitos establecidos en la Constitución (Artículo 227 de la Constitución).



las actuaciones del Estado que está dispuesto, como innovación de la Constitución de 1999, el poder ciudadano.<sup>837</sup>

Por último, la Constitución hace alusión a la obligación moral y ética de todo el pueblo de Venezuela de ser fiel a su tradición republicana, su lucha por la independencia, la paz y la libertad, y el deber de desconocer por ello cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticas o menoscaben los derechos humanos (artículo 350 de la Constitución).

### CAPÍTULO III: ÉTICA Y JUSTICIA

En el capítulo tercero del trabajo de incorporación, la recipiendaria se refiere a la justicia como fin último del derecho, y asimismo, trata la relación de la justicia con la ética y la política y su materialización judicial en el Estado democrático.

Explica la doctora Sosa que la justicia es un concepto social y jurídico indeterminado, por lo que suele verse desde las distintas perspectivas condicionadas por elementos como el entorno social, la educación, las costumbres, los principios e ideales, en fin, por la realidad a la que a cada quien pertenece.

Sin embargo, en este trabajo se admite la concepción política de la justicia (John Rawls<sup>838</sup>), que entraña la esencia de la justicia como

<sup>837</sup> Este poder está conformado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, y goza de autonomía funcional, financiera y administrativa en el ejercicio de sus funciones que comprenden, según el artículo 273 de la Constitución, las siguientes: "...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".

<sup>838</sup> Esta concepción jurídica, según Rawls, implica la perspectiva de la justicia según la imparcialidad en distintos ámbitos como el marco de las instituciones básicas y los principios, preceptos y normas que se aplican a ese marco, así como la forma en que han de expresarse esas normas en el carácter y las posturas de los miembros de la sociedad, que llevan a la práctica los ideales de dicha concepción, la concepción comprensiva de la justicia, es decir, su alcance, pues incluye concepciones de lo que es el valor de la vida humana, de ideales de amistad, de relaciones familiares y de asociación, y de otros muchos elementos que conforman nuestra conducta, nuestra vida en su totalidad, que agrupa todos los valores y

imparcialidad, la cual “empieza en el interior de cierta tradición política y se adopta como su ideal fundamental”. Afirma la doctora Sosa que esta idea de justicia plantea la aspiración de un sistema de sociedad justo, fundamentada por una parte en la libertad y la dignidad humana, es decir, en la consideración de las personas como iguales y libres; y por otra, en una sociedad bien ordenada. Sin embargo, admite la doctora Sosa, también, la insuficiencia de esta concepción de la justicia de la siguiente forma:

... la justicia como imparcialidad en lo político no lo abarca todo, y tenemos que considerar cómo extenderla para que abarque la ley y la aplicación de la misma; de allí que cuando se describe una sociedad bien ordenada se expresan tres cosas: una idea de la justicia públicamente reconocida y que todos aceptan los mismos principios de justicia, unido al cumplimiento por parte de las instituciones políticas y sociales de tales principios, y que los ciudadanos tengan un sentido efectivo de la justicia y en función de ello cumplen las reglas (instituciones básicas) a las que consideran justas. Aunque esta concepción de la justicia parezca muy idealizada, tenemos claro que cualquier concepción de la justicia que no pueda ordenar bien una democracia constitucional es inadecuada, como concepción democrática.

Es por ello que la autora plantea de seguida el tema de la legitimidad otorgada a la justicia, en la cual la ética constitucional es un factor clave para su determinación. En este sentido indica que:

La legitimidad que origina la Constitución democrática, con libertad, autonomía moral, y la justicia material en que aquella se reconoce son, en principio, las mejores vías para construir una teoría ética y una teoría crítica de la justicia. La efectiva satisfacción para todos de amplias necesidades básicas, la regla de la libertad, el establecimiento de límites precisos a ciertas desigualdades, el derecho a

---

virtudes reconocidos en un sistema articulado; y el contenido expresado en términos de ciertas ideas fundamentales que están implícitas en la cultura política pública de la sociedad democrática. *Vid.* Sosa Gómez, Cecilia, “La ética como fundamento de la justicia”. Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

la diferencia, el libre diálogo crítico, y los derechos que se derivan de ahí, son algunas otras exigencias fundamentales imprescindibles hoy para avanzar hacia esa ética, hacia esa teoría crítica de la justicia.

Así pues, determina la recipiendaria que:

En definitiva, esta (la justicia) tal vez pueda ser entendida finalmente como la inteligente (coherente) articulación de todos estos elementos, y algunos más, para el análisis de las situaciones concretas y la progresiva transformación de las que no se correspondan de manera suficiente con esos valores y objetivos derivados fundamentalmente de la libertad.

Bajo ese orden de ideas –concluye la doctora Sosa– que es el juez a quien le corresponde realizar la misión de conseguir la justicia en un Estado y de darle “equilibrio a la nación”, mediante el poder de juzgar que se le atribuye siempre por delegación del pueblo y limitado al objetivo concreto de materializar la justicia judicial, lo cual implica la prohibición de desplazar el poder político; la prohibición de apropiarse del poder del legislador; y, por supuesto, la prohibición de interpretar el texto constitucional para modificar o mutar indebidamente las normas constitucionales.

#### **CAPÍTULO IV: EL JUEZ ÉTICO**

Finalmente, el cuarto y último capítulo del trabajo comprende el examen de la figura del juez como operador e impartidor de la justicia; como sujeto soberano, autónomo, independiente, responsable y libre, al cual se le exige una conducta ética que permita a la sociedad identificarse con sus justas actuaciones. Para ello analiza el régimen de deberes y los principales problemas que enfrenta el juez al momento de realizar su misión, por la cual debe adaptar un caso específico y concreto a la norma legal general y abstracta, dar trato igualitario, dar razones a los valores y principios constitucionales, y dar respuesta a lo que se le plantea a través de criterios jurídicos, siempre valorando la libertad y respetando el derecho y la dignidad de las personas y “resolviendo de

manera científica la comprensión racional del comportamiento humano regulado por la ley, en un encuentro dialógico con la ética”.

La recipiendaria plantea este último capítulo desde el carácter insustituible del juez en la labor de impartir de justicia, y en este sentido afirma:

De allí que sea de gran relevancia las características que se exigen a la persona que desempeñe la función judicial, al conocimiento ha de unirse la experiencia, pero también una especial sensibilidad e identidad que se adquieren en el ejercicio de la labor judicial. Con ella se concreta la función de impartir justicia que la Constitución le encomienda al juez.

El juez debe dar razón de sus obligaciones en el contexto de un destino común: la necesidad de la justicia, y en esa medida justificar ante sí mismo y ante los demás, el arte de sentenciar. Los caracteres de autonomía e independencia que debe tener un juez son los que permiten asegurar la ética en el cumplimiento de sus funciones y el logro de la justicia verdadera. En este sentido, señala la doctora Sosa:

Los jueces son los máximos garantes de la democracia, ellos “tienen la legitimidad del derecho que están llamados a aplicar; su independencia es la expresión misma de la objetividad de ese derecho”. Los mecanismos de designación de los jueces varían en el derecho comparado, pero independientemente del modelo que se adopte, lo cierto es que lo único capaz de legitimar a un juez es su mérito profesional y su independencia.

Ni el poder ejecutivo, ni el poder legislativo pueden caer en la tentación de confiscar el poder (autoridad) de juzgar. Por eso los jueces para salvaguardar su independencia no tienen otra arma de que su inteligencia, su probidad y su ética. Ciertamente son defensas débiles para contrarrestar el deseo hegemónico de los políticos. No obstante, también debe protegerse al poder ejecutivo y al poder legislativo de la tentativa de dominación judicial.

Por otra parte, se refiere la doctora Sosa al tema de los deberes del juez y el Código de Ética del Juez Venezolano bajo los lineamientos

constitucionales,<sup>839</sup> límites que deben estar presentes en el proceso deliberativo del juez (en su razonamiento) y en la generalidad de su conducta (la vida ética del juez):

La ética del juez tiene que ver con su comportamiento, es decir, aquellos actos que él controla consciente y deliberadamente y de los que es responsable. De allí que cuando se habla de un Código de Ética se refiere a un Código que contiene restricciones dirigidas a la persona investida de la autoridad para juzgar, para que las siga y mejorar así la forma de comportarse como juez. Por tanto, un Código de Ética no debería imponer conductas, sino lograr una conducta ejemplar. Una persona que está investida de la condición de juez se conduce de acuerdo con unas normas de conducta, porque así lo desea o porque se siente lo bastante orgulloso, decente y civilizado para conducirse de esa forma.

A ese juez con ética se refirió el Libertador cuando dijo:

El juez está investido de una dignidad especial, la de administrar justicia, para alcanzar esa altísima condición se requiere poseer dotes científicos y morales que eleven su personalidad, que lo fortalezcan y prestigien, que le hagan respetable y por lo tanto confiable ante la comunidad siempre alerta, ante las posibles presiones políticas, económicas y sociales que pretendan someterlo a sus intereses.

<sup>839</sup> Explica la doctora Sosa que “en el caso venezolano, se requiere precisar los términos en que la Constitución estableció la exigencia de que la conducta de los jueces se rigiera por un Código de Ética, dando la instrucción al legislador que calificara cuáles conductas de un juez quedaban reñidas en su actuación u omisión con las normas de comportamiento ético y, por tanto, de incurrir en ellas, deberían ser disciplinariamente sancionadas, de acuerdo como lo tipificara el referido Código.

La Constitución quiso resguardar la independencia en el proceso de aplicar sanciones disciplinarias y para ello estableció que los procedimientos disciplinarios lo aplicaran sus pares, es decir, jueces que valoraran la conducta de los jueces y a tal efecto estableció la jurisdicción disciplinaria a cargo de tribunales disciplinarios, desarrollo entregado a la ley que rigiera esta materia.

La Constitución igualmente estableció conductas prohibidas para magistrados, jueces, fiscales y defensores públicos (desde su nombramiento hasta su egreso del cargo respectivo) como son “no 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 interpuesta persona, ni ejercer ninguna otra función pública a excepción de actividades educativas”. *Vid.* Sosa Gómez, Cecilia, “La ética como fundamento de la justicia”. Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

## IV

## CONSIDERACIONES FINALES

El estudio de incorporación de la doctora Sosa es de una significación especial en estos momentos cuando lo ético ha dejado de ser un valor desde el poder. Partiendo de la base de que el ideal ético y humanístico que inspira al derecho es la justicia, y que la justicia tiene como objetivo principal hacer a los ciudadanos más plenamente libres, toda violación a la libertad individual es una violación a los principios éticos. Creemos inseparables las consecuencias de la ética y de la libertad: sería muy difícil –si no, imposible–, hablar de ética sin libertad.<sup>840</sup>

La libertad ha sido concebida como un ideal, como un principio ético<sup>841</sup> y, a su vez, como un elemento integrante de la ética,<sup>842</sup> de modo que la ética exige como condición previa la libertad.<sup>843</sup> La ética únicamente tiene sentido si el ser humano tiene la capacidad de aspirar a la perfección –cumpliendo determinadas exigencias éticas– y solo puede aspirar al desarrollo de su perfección y alcanzar en último término su sentido y felicidad plena si es libre.<sup>844</sup> En la relación ética-libertad, destaca María Nogales la paradoja.

De ahí la paradoja entre la ética y la libertad: “La libertad hace posible el comportamiento ético; la ética sin libertad no es posible”. Pero, a su vez, el comportamiento ético hace al hombre más valioso en tanto que a través suyo y gracias a ello incrementa su libertad. La libertad pues, posibilita lo ético y lo ético incrementa el valor y

<sup>840</sup> Ya lo decía Michael Foucault, en su famosa cita: “La libertad es la condición ontológica de la ética”, escribió Michael Foucault. *Ontología*, copio del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*”.

<sup>841</sup> Thiebaut, C., *Conceptos fundamentales de filosofía*. Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1998-2000.

<sup>842</sup> Nogales, María, “La libertad moral”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva época, vol. II, 2010, pp. 433-450. Disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH1010110433A/20546>

<sup>843</sup> De modo que si el hombre no fuese libre, no cabría hablar de responsabilidad de sus actos, “y un hombre que no es responsable de sus actos no puede ser una persona capaz de comportamiento ético”. Nogales, María, “La libertad moral”. Ob. cit., p. 448.

<sup>844</sup> Nogales, María, “La libertad moral”. Ob. cit.

aumenta la densidad y calidad de la libertad. Cuanto más ético es un comportamiento, más libre es la persona que así se comporta.<sup>845</sup>

La libertad, concebida como uno de los valores más trascendentales del ser humano,<sup>846</sup> fue entendida por Kant como un ideal que no puede separarse de la propia existencia humana, por lo tanto, es un atributo natural e inalienable del individuo que lo orienta en el saber y en la vida humana, y que le da la capacidad de erigirse como un ser ético.<sup>847</sup> La libertad se entiende como el estado de la persona que tiene la facultad de realizar algo por sí misma, por iniciativa propia, por no estar sometida a esclavitud;<sup>848</sup> consiste en la “propiedad de la voluntad, por medio de la cual las personas tienen la capacidad de elegir y de actuar”.<sup>849</sup>

A partir de la Ilustración se ha mantenido la noción de que los hombres son seres autónomos, capaces de decidir, y por ello no puede considerarse legítimo al gobierno que desconozca dicha naturaleza. La democracia, por estar basada en el respeto de los derechos civiles, sociales, culturales, económicos y políticos del hombre, es el único sistema político capaz de permitirles a los ciudadanos obrar con mayor libertad, desarrollarse y formarse como personas.<sup>850</sup> Es por ello que la

<sup>845</sup> Polaino-Lorente, A., *Manual de Bioética General*. Rialp, Madrid, 2000, p. 154. Cit. en nogales, María, “La libertad moral”. Ob. cit., p. 448.

<sup>846</sup> En este sentido afirmaba Marx, citado por Garate, que “La libertad es hasta tal punto la esencia del hombre que hasta sus oponentes la comprenden”. *Vid.* Garate, R. *Ética y libertad*. Universidad de Deusto. Bilbao. Artes Gráficas Rontegui, S.A.L. Vizcaya, 1995, p. 22, cit. En López Gómez, José, Bracho, Cira y González, Rosa, “La libertad como valor”, disponible en <http://servicio.bc.uc.edu.ve/multidisciplinarias/educacion-en-valores/a1n1/1-1-8.pdf>

<sup>847</sup> Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Edit. Porrúa, México, 1998. Cit. en Carrillo Guarín, J. “Libertad, autonomía y democracia” en *Ética y empresa, ¿son compatibles la ética y la gestión empresarial en el contexto de la economía de mercado?* Ediciones Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas-Unibiblos, Bogotá, 2006. Disponible en <http://www.bdigital.unal.edu.co/1235/8/04CAPI03.pdf>

<sup>848</sup> Martínez Echeverri, cit. en López Gómez, José, Bracho, Cira y González, Rosa, “La libertad como valor”, disponible en <http://servicio.bc.uc.edu.ve/multidisciplinarias/educacion-en-valores/a1n1/1-1-8.pdf>

<sup>849</sup> Ramos, M.G. “Programa para Educar en Valores”, Dirección de Medios y Publicaciones. Universidad de Carabobo, Valencia, 2002, p.120, cit. en López Gómez, José; Bracho, Cira y González, Rosa, “La libertad como valor”. Ob. cit. p. 111 (6).

<sup>850</sup> En ese sentido y, sin embargo, también es admitida la desconfianza en el empleo tergiversado de la palabra democracia: “Después de haber cifrado nuestras esperanzas en la acción

democracia solo es tal “en la medida en que es capaz de defender, en situaciones sociales concretas, el derecho de cada individuo y de cada colectividad de actuar conforme a su propia libertad y en el respeto de la libertad ajena”.<sup>851</sup>

El Estado de derecho tiene la tarea de hacer realidad los ideales éticos en circunstancias concretas a quienes les corresponda ejercer el poder, de modo que se respeten siempre los valores de la libertad individual.<sup>852</sup> De forma que la consecución y el respeto de la libertad es el límite ético para el ejercicio del poder (“sin libertad el hombre no podrá crecer, mejorar, perfeccionarse, desarrollarse. Para encontrar esa perfección hay que tomar decisiones. Y aquí reposa el núcleo de lo que es la ética”<sup>853</sup>). Sin embargo, el ejercicio de la libertad no debe dañar un interés ajeno individual, tampoco puede ir en contra de los intereses de la colectividad, es decir, un interés social. En ejercicio de la libertad no puede el hombre dejar de cumplir con sus derechos sociales, pero en nombre de los derechos sociales no puede admitirse la anulación de la libertad individual.

Así entonces, toda limitación excesiva e injustificada a la libertad por parte del Estado, es una falta de ética en la actividad pública y ello ha sido, lamentablemente, la práctica recurrente en todos los ámbitos de acción de la estructura estatal venezolana actual. Venezuela es un claro

---

política, estamos ahora tan convencidos de que el peor obstáculo que se opone a la libertad, pero también a la modernización, es el despotismo político, sea del tipo totalitario, de tipo absolutista tradicional o de tipo solamente autoritario y que desconfiamos de todo aquello que relacione demasiado estrechamente la acción política y la vida social, desconfiamos de cualquier definición de la democracia concebida como tipo de sociedad y no únicamente como régimen político... A veces nos parece que la palabra democracia está tan mancillada que vacilamos en emplearla: si [las democracias populares] no fueron más que máscaras de dictaduras impuestas por un ejército extranjero”. Touraine, A., *¿Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, S.A., Buenos Aires, 1997, p. 322, cit. en López Gómez, José, Bracho, Cira y González, Rosa, “La libertad como valor”. Ob. cit., p. 111.

<sup>851</sup> Carrillo Guarín, J. *Libertad, autonomía y democracia*. Ob. cit., p. 52.

<sup>852</sup> Mora Rodríguez, Arnoldo, “Ética, política y derecho”. *Filosofía*, XLI (103), enero-junio, Universidad de Costa Rica, disponible en <http://www.inif.ucr.ac.cr/recursos/docs/Revisita%20de%20Filosof%C3%ADa%20UCR/Vol.%20XLI/No.%20103/%C3%89tica%20pol%C3%ADtica%20y%20derecho.pdf>, p. 76.

<sup>853</sup> Nogales, María, *La libertad moral*. Ob. cit. p. 446.



ejemplo de la distorsión entre ética y derecho. La deliberada intención de hacer un derecho injusto, en el cual las leyes, los actos y las sentencias se reducen al “ejercicio del poder antiético y corrompido, donde se violenta el derecho deliberadamente para transformarlo en una fachada de legalidad”.<sup>854</sup>

La Constitución es la norma crucial del sistema jurídico, es a ella, a las decisiones políticas fundamentales y a los valores éticos principales que engloba, que deben pegarse y corresponderse todas las restantes normas en la inmensa pirámide jurídica.<sup>855</sup> De esta forma, todo aquel proceso de regulación<sup>856</sup> que no esté guiado y condicionado por estos principios es antiético y por lo tanto inconstitucional.<sup>857</sup>

En lo que se refiere al poder ejecutivo, la actuación de los órganos estatales se caracteriza por estar dirigida al único fin de perpetuarse en el poder; no velan en el ejercicio de sus funciones por los fines constitucionales y legales del interés general, del interés público, de la máxima felicidad del pueblo, sino que actúan en una completa y manifiesta desviación de poder. En este sentido, el Gobierno de Venezuela se ha encargado de disminuir, coartar y hasta eliminar los derechos de los

<sup>854</sup> Vid. Sosa Gómez, Cecilia, “La ética como fundamento de la justicia”. Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

<sup>855</sup> Carbonell, Miguel, “Ética y derecho”, estudio introductorio al libro de García Ramírez, Sergio (coord.). *Los valores del derecho mexicano. Una aproximación*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1997, pp. VII-XVIII. Disponible en [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Etica\\_y\\_Derecho.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Etica_y_Derecho.pdf)

<sup>856</sup> Sin importar el nivel del cual emane dentro de la distribución vertical y horizontal del poder público.

<sup>857</sup> En cuanto a las leyes de la pasada Asamblea Nacional, muchas han sido las que desvirtuaron el contenido democrático y federal del Estado venezolano dispuesto en la Constitución, sin necesidad de reformar o enmendar el texto constitucional, y entre ellas podemos mencionar las siguientes: Ley Orgánica de los Consejos Comunales (*Gaceta Oficial* N° 39.335 de 28 de diciembre de 2009); Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno (*Gaceta Oficial* N° 5.963 extraordinario del 22 de febrero de 2010); Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (*Gaceta Oficial* N° 39.522 del 01 de octubre de 2010); Ley Orgánica de Contraloría Social (*Gaceta Oficial* N° 6.011 extraordinario del 21 de diciembre de 2010); Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (*Gaceta Oficial* N° 6.011 extraordinario del 21 de diciembre de 2010); Ley Orgánica de las Comunas (*Gaceta Oficial* N° 6.011 extraordinario del 21 de diciembre de 2010); Ley Orgánica del Poder Popular (*Gaceta Oficial* N° 6.011 Extraordinario del 21 de diciembre de 2010); Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular (*Gaceta Oficial* N° 6.011 extraordinario del 21 de diciembre de 2010), entre otras.

venezolanos en cada una de sus manifestaciones, sociales, civiles, políticas, económicas y culturales<sup>858</sup>.

Las vejaciones de los derechos civiles y políticos han estado representadas, en los últimos años, por la alta población herida y asesinada, producto del desproporcionado e irracional uso de la fuerza pública en la represión de las manifestaciones, la cual incluyen el uso de armas de fuego, pretendida legal en una ilegítima e írrita Resolución del Ministerio de la Defensa<sup>859</sup> y acompañada de torturas y tratos crueles e inhumanos, además de la desaparición forzosa de personas (todos estos medios expresamente prohibidos en el ordenamiento jurídico venezolano). Estas cifras no contabilizan los casi 30.000 muertos al año producto de la delincuencia desbordada, en una antiética posición gubernamental que no solo no la combate, sino que la estimula y utiliza también como medio para inhibir el desenvolvimiento libre de la personalidad de sus pobladores.

En lo político, antiético es sin duda persecución y acoso de políticos y ciudadanos en manifiesta oposición al Gobierno (entre ellos alcaldes, gobernadores y diputados); el sinnúmero de presos políticos, además de los políticos exiliados; el sometimiento de la ciudadanía a la jurisdicción militar; el cierre administrativo de incontables empresas de radiodifusión y televisivas y la prohibición de transmisión de empresas internacionales del mismo sector informativo en el espacio venezolano (en entera violación al derecho de libertad de expresión, información y comunicación<sup>860</sup>), entre otros.

---

<sup>858</sup> Sobre este particular, véase pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el desconocimiento del estado de derecho y la violación de derechos fundamentales en Venezuela, de fecha 22 de diciembre de 2010.

<sup>859</sup> Al respecto véase el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la Resolución 008610, dictada por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa de 23 de enero de 2015, de fecha 6 de marzo de 2015. Disponible en web de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/comunicado-academia-FANB-manifestaciones.pdf>

<sup>860</sup> Como reseña el profesor Romero-Muci: “Durante los últimos años han recrudecido las agresiones físicas, el hostigamiento policial y judicial, los actos de intimidación y toda clase de restricciones contra periodistas y medios de comunicación. Desde multas hasta amenazas de muerte. Las agencias de seguridad (GNB, Sebin, PNB) son usadas para silenciar las críticas públicas, las denuncias de corrupción y violación a los derechos humanos. La estigmatización es una práctica contra los medios de comunicación y periodistas, logrando

En materia de derechos civiles, cómo mantener silencio ante lo antiético que es la falta de atención y la conducta dirigida a impedir la ayuda internacional frente a la enorme crisis humanitaria que afecta al país, especialmente a las clases más necesitadas, lo cual evidencia aún más la ausencia de calidad ética del Gobierno.

En cuanto a los derechos económicos, el Gobierno ha hecho uso de su fuerza coercitiva sobre la libertad económica de los particulares, no con miras al interés general de la población y la satisfacción de necesidades públicas y sociales mediante la producción de bienes y servicios –como lo dicta la Constitución y los principios éticos–, sino con el único propósito de disminuir y limitar su participación en la actividad económica de su preferencia, a veces hasta como sanción o castigo por su oposición al régimen político.

Dichas intromisiones en la actividad económica se han manifestado a través de distintas formas, como la reserva, la apropiación de propiedad privada a través de la compra forzada, la expropiación y la nacionalización, o incluso mediante la apropiación a través de las vías de hecho;<sup>861</sup> también, el Estado ha intervenido en el mercado a través de la creación de empresas públicas pero con el claro objetivo de que el Estado sea el principal actor económico, según corresponde al modelo estatista, colocando en un segundo plano (si lo hubiere) a la libre iniciativa privada, todo ello sobre el apoyo normativo de decretos con “rango, fuerza y valor de ley”, violatorios del núcleo esencial del derecho de

---

la autocensura. En otros casos, el efecto silenciador se logra por medio de la censura previa o el cambio de propietarios de los medios de comunicación (*Últimas Noticias, El Universal* y *Globovisión*), los que han morigerado su antigua línea editorial”. *Vid.* Romero-Muci, Humberto, “Desinstitucionalización y desigualdad desde el estado: el caso venezolano”. *Ob. cit.*

<sup>861</sup> En primer lugar podemos hacer mención a la posesión por parte de la Administración, sin procedimiento y sin garantías judiciales, de las empresas relacionadas con bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos. También, podemos referirnos a un caso similar ocurrido respecto de las empresas que operaban en el sector de transformación del hierro. Un tercer caso parecido también a los anteriores se produjo con ocasión de la reserva por parte del Estado de la industria de fabricación de cemento en la República. Y por último, vale la pena referirse a la infinidad de casos en que el Ejecutivo nacional, a través del Instituto Nacional de Tierras (INTI), ha apropiado sin que medie procedimiento expropiatorio, tierras con vocación agraria o bienhechurías edificadas sobre ellas de manos de particulares, bajo la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

libertad económica<sup>862</sup> y propiedad, e inclusive de decretos de Estado de emergencia económica.

Se ha arrebatado al poder legislativo su natural competencia normativa de forma totalmente inconstitucional, de nuevo bajo la apariencia de legalidad de los decretos de delegación y emergencia, que en detalle vulneran su naturaleza excepcional y los límites constitucionales. La concentración antiética del poder deriva no solo del uso inadecuado y distorsionado de la institución de la delegación legislativa, sino del exceso e inconstitucionalidad de los actos de ejecución con base en ella dictados, tendentes como están a desconocer la Constitución económica informada por los principios de neutralidad política, libre mercado, libre competencia, libertad económica y propiedad privada.

Pero no solo el Ejecutivo nacional ha actuado de forma antiética en el ejercicio de sus funciones, también lo han hecho los otros poderes que a este se han sometido. El esquema de concentración del poder que se ha instalado por la vía de hecho al cobijo del uso distorsionado del derecho, ha permitido que los controles y contrapesos del Estado de derecho hayan desaparecido. Todos los poderes en Venezuela se enderezan a cumplir instrucciones para mantener el régimen político imperante, sus actuaciones coadyuvan parcial o totalmente a los fines e intereses del mismo y en modo alguno a la consecución de los fines del Estado democrático y social de derecho y de justicia, como lo son la libertad y felicidad de sus ciudadanos.

Cuando la vía electoral o la libre autodeterminación de los titulares ha permitido el asomo de instancias independientes a los mandatos del régimen, este se ha encargado de destruirlos, destituyéndolos, apresándolos, e incluso creando autoridades paralelas y vaciando de competencias al órgano que circunstancialmente no domina.

Con referencia al poder legislativo y a la función normativa, en un Parlamento dominado por el partido de Gobierno destacan una

---

<sup>862</sup> Entre estos el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio; el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Precios Justos; el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras; el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario; la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario; el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora.

multiplicidad de leyes, reglamentos, decretos y demás normas que han sido dictados sin respeto alguno a la más mínima noción de la técnica legislativa y en el fondo a la medida de los deseos de un poder político, cuyos fines adversan los valores y principios del Estado democrático de derecho, que en papel contempla la Constitución.

El poder judicial, por su parte, especialmente la jurisdicción penal, se ha convertido en el instrumento perverso de criminalización de la disidencia, y cuando esta no le ha servido para tal propósito entonces a ello se han prestado jueces militares que en violación flagrante de principios constitucionales han llevado a su justicia, que no es justicia, a civiles por presuntas faltas civiles también.

Las Salas del Tribunal Supremo de Justicia han sido, por su parte, las encargadas de concretar la exención del control de la arbitrariedad, es decir, el principio totalmente contrario a aquel que es fundamental en el Estado de derecho. El juez que es, conforme a la doctrina constitucional, el garante del Estado de derecho, como lo destaca la recipiendaria, se ha convertido en el instrumento de facilitación de la actuación totalitaria del Gobierno.<sup>863</sup> A esto ha propendido especialmente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, creada por la Constitución de 1999 para garantizar la supremacía constitucional, pero que en la práctica se ha caracterizado por producir sentencias de muy lamentable condición antiética. Magistrados –muchos ellos elegidos sin cumplir con los requisitos constitucionales para su designación–<sup>864</sup> y abiertamente militantes y defensores de la acción del Gobierno, se han

<sup>863</sup> 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.*

<sup>864</sup> Única forma que tiene el Ejecutivo para tomar el control absoluto de esa instancia judicial suprema.

encargado de distorsionar y manipular la interpretación de la Constitución para desbordar el conjunto de poderes atribuidos a sí misma y ponerlos a disposición del Ejecutivo nacional lo que, en palabras del académico doctor Ruan Santos, ha generado una virtual 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 Ejecutivo, ha concentrado una masa de competencias y prerrogativas nunca vistas en la historia nacional.<sup>865</sup>

Ello se ha visto maximizado desde hace ya casi dos años. A partir de la elección e instauración de la nueva Asamblea Nacional, electa mediante votación universal, directa, personalizada y secreta, en diciembre del año 2015, con resultado favorable a los partidos de oposición, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha procedido a dictar una serie de decisiones cuyo fin único ha sido limitar, cercenar y suprimir las facultades constitucionales<sup>866</sup> de dicho órgano constitucional.<sup>867</sup> De nuevo, en todas aquellas instancias de poder que no controla

---

<sup>865</sup> 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 iberoamericana”, p.2, pendiente de ser publicado en el *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Vid. [www.acienpol.org.ve](http://www.acienpol.org.ve)

<sup>866</sup> Como bien lo señala el doctor Ruan Santos, “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: 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”, *vid.* Ruan Santos, Gabriel, “El secuestro del Tribunal Supremo de Justicia”. *Ob. cit.*

<sup>867</sup> 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;

el régimen, los poderes a él sometidos se manifiestan para destruirlos, apresarlos o crear autoridades paralelas, vaciando de competencias al órgano de tendencia disidente.

Finalmente, dentro de este comportamiento antiético en el ejercicio del poder, cabe destacar también la participación antiética del poder electoral, por la cual se irrespetaron e ignoraron los mandamientos de la ética y la libertad de los ciudadanos venezolanos, así como sus derechos políticos, siendo que en más de una ocasión el Consejo Nacional Electoral desconoció los procesos electorales constitucionalmente establecidos: en algunos casos demorando el inicio del proceso (como ocurrió con la elección de los gobernadores, demorada desde diciembre del año 2016 y realizada extemporáneamente el 15 de octubre de 2017); en otros negándolos por completo (como es el caso del referendo revocatorio del Presidente de la República desde el año 2015 y el referendo consultivo de la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente del presente año); e inclusive, realizando procesos electorales en completa contravención de las disposiciones constitucionales (como es el caso de las elecciones de los constituyentes del 30 de julio de 2017). Aquellos procesos que realiza oportuna o en retardo conveniente a los intereses del régimen, los complica, los enreda, los dificulta. Las denuncias de ventajismo, fraude, no ya de los partidos opositores, sino de los ciudadanos y organizaciones civiles, e incluso del proveedor del sistema computarizado operativo, se ignoran sin más, tanto por el ente electoral como por los órganos de control, quienes en una acción militante desconocen todo reclamo que provenga de quienes no se someten al pensamiento único del régimen político que se ha apropiado del poder en Venezuela.

---

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/...>, cit. en Brewer-Carías, 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 156 de 27 y 29 de marzo de 2017”, p.7.

Lo mismo puede constatarse respecto de los órganos del poder ciudadano que conforman el llamado Consejo Moral Republicano, encargados por disposición constitucional expresa del control y vigilancia de la ética pública, han dejado mucho que desear en el ejercicio de sus funciones. Las exigencias éticas requeridas para el nombramiento y ejercicio de los respectivos cargos deberían ser un factor determinante en el efectivo cumplimiento de las funciones propias de sus cargos, sin embargo, en ningún momento pudimos presenciar la actuación del Fiscal General de la República, el Contralor General de la República o el Defensor del Pueblo en manifiesta oposición a la actuación arbitraria, totalitaria y déspota de los órganos del poder público, y en necesaria defensa de los derechos, intereses y libertades de los venezolanos. Por el contrario, el reciente proceso de persecución a la titular del Ministerio Público, quien se manifestó adversa a las sentencias que anulaban al Parlamento y al proceso constituyente convocado inconstitucionalmente por el Gobierno, son de nuevo ejemplo de la acción antiética de un régimen de concentración absoluta del poder y desconocimiento de los derechos humanos fundamentales.

La libertad en nuestro país ha sido secuestrada de forma permanente por las instancias del poder. “La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres”.<sup>868</sup>

Si, como dice la recipiendaria, el valor de la ética depende de la libertad humana, es claro que en un Estado dominado por un régimen que no la concibe como derecho fundamental, sino que la desconoce, la atropella, la elimina no hay ética alguna en las instancias de poder y los ciudadanos no somos concebidos como tales, pues han pretendido convertirnos en esclavos. Fieles al valor de la dignidad humana seguimos y seguiremos rebelándonos antes tamaña ignominia.

---

<sup>868</sup> Miguel de Cervantes, cit. en Royano Gutiérrez, María L., “El Quijote: crítica social y moral de su época”, Aula de Teología, 14 de marzo de 2017, Universidad de Cantabria, Campus Cultural Universidad de Cantabria. Disponible en [www.campuscultural.unican.es](http://www.campuscultural.unican.es)



## V

### BIENVENIDA

Navegamos en una larga y oscura noche que se ha instalado de forma permanente y evita que aparezca la luz del día, en un mar lleno de tempestades, tormentas y peligros pero con el firme propósito de dirigirnos afanosamente a la tierra de gracia, de la libertad, de la ética, del derecho, del respeto de los derechos civiles, sociales, económicos y políticos. Vamos en busca de la civilidad para acabar con esta barbarie repugnante y oprobiosa. En esa travesía hemos perdido a un apreciado y valioso miembro de nuestra tripulación. Sin detenernos en nuestro andar, hoy lo sustituimos, y seguimos en nuestro objetivo: navegar firme y con determinación en busca de ese Estado de derecho que perdimos, a falta de valorarlo, de cultivarlo y de mejorarlo.

Quiere la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en esta fecha, invitar a la doctora Cecilia Sosa a que nos acompañe en esta comprometida travesía en la que la Academia ha de ser la orientadora del camino que estamos obligados a seguir; primero, para reencontrar nuestro Estado de derecho y derrocar la tiranía y, después, cuidar que nunca más volvamos a estos mares oscuros y oprobiosos. Que estemos seguros que cuando acabe la tiranía, no le demos, nunca más, tiempo para que se levante.

Doctora Cecilia Sosa Gómez, en nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales le doy la más cordial bienvenida. Venga usted a ocupar su sillón 24, al lado de sus compañeros numerarios que la reciben con mucha alegría y orgullo.

Señoras y señores.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bautista, Oscar. *Necesidad de la ética pública*. México, Serie Cuadernos de Ética Pública, N° 1, Poder Legislativo del Estado de México – UAEM, México, 2009,
- Belandria, Margarita. *Semblanza del jurista venezolano Tulio Chiossone. Dikaiosyne*, n° 19, Revista semestral de filosofía práctica Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, julio-diciembre de 2007. Disponible en <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/19137/2/articulo11.pdf>.
- Brewer-Carías, 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<sup>s</sup> 155 y 156, de 27 y 29 de marzo de 2017)*, Artículo web disponible: [enhttp://allanbrewercarias.com/?s=El+golpe+de+estado+judicial+continuado&taxonomy\\_year=](http://allanbrewercarias.com/?s=El+golpe+de+estado+judicial+continuado&taxonomy_year=)
- Carbonell, Miguel. *Ética y derecho*, estudio introductorio al libro de García Ramírez, Sergio (coord.). *Los valores del derecho mexicano. Una aproximación*. México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1997, pp. VII-XVIII. Disponible en [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Etica\\_y\\_Derecho.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Etica_y_Derecho.pdf)
- Carrillo Batalla, Tomás E. *Discurso de contestación al Discurso de incorporación del Dr. Jesús Ramón Quintero a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 70, n° 141 (2003), Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2003.93-104. Disponible en [http://acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/IndividuosDocs//39/BolACPS\\_2003\\_141\\_93-104.pdf](http://acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/IndividuosDocs//39/BolACPS_2003_141_93-104.pdf)
- Carrillo Guarín, J. *Ética y empresa, ¿son compatibles la ética y la gestión empresarial en el contexto de la economía de mercado?*, Ediciones Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas-Unibiblos, Bogotá, 2006. Disponible en <http://www.bdigital.unal.edu.co/1235/8/04CAPI03.pdf>
- Garate, R. *Ética y libertad*, Universidad de Deusto. Bilbao. Artes Gráficas Rontegui, S.A.L. Vizcaya, 1995.
- Hernández, José I. *Sobre el inconstitucional exhorto del Consejo de Defensa Nacional al TSJ*, en Prodavinci, 1 de abril de 2017, Disponible en <http://prodavinci.com/blogs/sobreel-inconstitucional-exhorto-del-consejo-de-defensa-nacional-al-tsj-por-jose-ignacio-hernandez/...>

- Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Edit. Porrúa, México, 1998.
- Mora Rodríguez, Arnoldo. *Ética, política y derecho*. *Filosofía*, XLI (103), enero-junio, Universidad de Costa Rica, disponible en <http://www.inif.ucr.ac.cr/recursos/docs/Revista%20de%20Filosof%C3%ADa%20UCR/Vol.%20XLI/No.%20103/%C3%89tica%20pol%C3%ADtica%20y%20derecho.pdf>, p. 76.
- Nogales, María, *La libertad moral. Anuario de Derechos Humanos*, Nueva época, vol. II, 2010. Disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH1010110433A/20546>
- Polaino-Lorente, A. *Manual de bioética general*. Rialp, Madrid, 2000.
- Ramos, M.G. *Programa para Educar en Valores*. Dirección de Medios y Publicaciones, Universidad de Carabobo, Valencia, 2002.
- Rehnquist, William H., Jackson, Vicky, Tushnet, Mark (Edits.). *Defining the field of comparative constitutional law*. Praeger, Connecticut/London, 2002.
- 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](http://www.acienpol.org.ve)
- Royano Gutiérrez, María L. *El Quijote: crítica social y moral de su época*. Aula de Teología, 14 de marzo de 2017, Universidad de Cantabria, Campus Cultural Universidad de Cantabria, Disponible en [www.campuscultural.unican.es](http://www.campuscultural.unican.es)
- 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](http://www.acienpol.org.ve)
- Sosa Gómez, Cecilia. *La ética como fundamento de la justicia*. Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

- Thiebaut, C. *Conceptos fundamentales de filosofía*. Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1998-2000.
- Touraine, A. *¿Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*. Fondo de Cultura Económica de Argentina, S.A., Buenos Aires, 1997.
- Urbaneja, Luis. *Discurso pronunciado por el Dr. Luis Felipe Urbaneja en el Acto del Homenaje rendido por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales a los doctores Tulio Chiossone, Luis Loreto, Alejandro Urbaneja y elogio del Dr. Manuel R. Egaña*. Disponible en [http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/1985/BolACPS\\_1985\\_41\\_99\\_100\\_125-140.pdf](http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/1985/BolACPS_1985_41_99_100_125-140.pdf), pp.126-130.

**SESIÓN SOLEMNE CON MOTIVO  
DE LA INCORPORACIÓN  
DEL DR. CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA  
COMO INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N° 29.  
5 DE DICIEMBRE DE 2017.**

# **DISCURSO DE INCORPORACIÓN DEL DR. CESAR AUGUSTO CARBALLO MENA\* A LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

---

\* UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO: Abogado. Especialista en Derecho del Trabajo. Doctor en Derecho (mención *summa cum laude*). Jefe del Departamento de Derecho Social. Jefe de la Cátedra de Derecho Colectivo del Trabajo. Prof. en la Facultad de Derecho, en la Especialización en Derecho del Trabajo, y en el Doctorado en Derecho. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas. INSTITUTO VENEZOLANO DE DERECHO SOCIAL: Vicepresidente y Miembro de Número (sillón 29).

Señores,  
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales  
y demás miembros de su junta directiva;  
Señores Individuos de Número de esta Corporación;  
Señores Individuos de Número de otras Academias Nacionales;  
Señora María Trinidad Pulido Santana de Parra Aranguren  
y demás miembros de su distinguida familia;  
Señoras y señores.

## I

### INTROITO

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales es lugar de culto para quienes creemos, hoy con más firmeza que ayer, desasosegados por el colapso de nuestra institucionalidad democrática, que a ella corresponde actuar protagónicamente en la edificación y defensa de la conciencia cívica<sup>869</sup>.

Precisamente por ello, agradezco a esta corporación el inconmensurable orgullo y la invaluable experiencia de formar parte de un proyecto centenario<sup>870</sup> de construcción republicana, vórtice de estudio, debate y divulgación del pensamiento científico en lo jurídico, político y social, y evocación de nombres, trayectorias y obras que han esculpido

---

<sup>869</sup> “Entiendo por *conciencia cívica* aquella idea de la subjetividad humana *moderna* y de su modo de actuar, que se construye y desarrolla en primera persona del singular, para discernir la rectitud moral de nuestras acciones y pasiones en el ámbito de una teoría y práctica republicanas de la política.” CASTRO LEIVA, Luis (1999): *Sed buenos ciudadanos*. Ed. Alfadil, Caracas, p. 65.

<sup>870</sup> Ley que creó la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (16 de junio de 1915).

nuestra concepción de justicia y orientado a la sociedad en las horas más abyectas.

Agradezco muy especialmente, no como gesto fatuo de urbanidad ni ritual de protocolo desangelado, sino como sinónimo de compromiso imperecedero, juramento de fidelidad intelectual, y humilde iniciación, a los ilustres Académicos que tuvieron el gesto de postularme ante este altísimo consejo científico y a los que me han brindado su decidido respaldo, docta orientación e inestimable amistad. De modo particular, al numerario Dr. Ramón ESCOVAR LEÓN, primera voz que prohijó la opción –tan remota entonces a mis oídos- que hoy cristaliza y quien me distingue al brindarme el discurso de contestación.

Como he mencionado en otra oportunidad<sup>871</sup>, soy consciente que este honor es debido en gran medida, quizá exclusivamente, a que solo y siempre he sido un profesor de Derecho del trabajo que, por azar o buen tino, hizo de la Universidad Católica Andrés Bello su lugar en el mundo. Es por ello que no puedo dejar de evocar en este acto los nombres de Fernando PARRA ARANGUREN, Osvaldo MANTERO DE SAN VICENTE y Humberto VILLASMIL PRIETO<sup>872</sup>, quienes, en esa Casa de Estudios, con su sabiduría, amistad, y aliento, me enseñaron el oficio, más bien el apostolado, de doctrinar sobre el *Nuevo Derecho*<sup>873</sup>.

Aspiro proseguir el quehacer de estos maestros, dedicándome –con más ahínco aún- a la formación de nuevas generaciones de juristas, y retribuir, con esfuerzo y compromiso indeclinables, la munificencia de los Individuos de Número de esta corporación al recibirme en ella como uno más, aunque siga siendo –ante los académicos que me formaron- apenas un discípulo.

<sup>871</sup> Discurso de orden pronunciado en el acto de conferimiento del Doctorado Honoris Causa en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello al académico Dr. Alfredo MORLES HERNÁNDEZ (Caracas, 25 de abril de 2017).

<sup>872</sup> Influjo análogo ejercieron sobre mí las enseñanzas de Bartolomé ROMERO TAJAN, juez íntegro y de proverbial bonhomía, y las obras jurídicas de Rafael CALDERA, Rafael ALFONZO-GUZMÁN, Néstor DE BUEN LOZANO y Oscar ERMIDA URIARTE, fuentes de conocimiento e inspiración, y herramientas atemporales e indispensables en el ejercicio académico.

<sup>873</sup> Referido a la obra de Alfredo PALACIOS intitulada *El Nuevo Derecho: legislación del trabajo*. J. Lajouane, Buenos Aires, 1920.



## II

### PANEGÍRICO DEL DOCTOR GONZALO PARRA ARANGUREN

Me corresponde el honor y la responsabilidad, ambos inmensos, de suceder en el sillón 29 de esta corporación al Dr. Gonzalo PARRA ARANGUREN, excepcional jurista que supo desenvolverse, dentro y fuera del país, siempre con soberbia brillantez, como académico, docente, magistrado, abogado en ejercicio y autor de numerosas –y, sobre todo, prestigiosas- obras científicas.

No tuve el privilegio de ser su alumno en las aulas de la Universidad Católica Andrés Bello, donde fundó y dictó por cuarenta años (1957-1996) la cátedra de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, aprendí a admirar su pensamiento y trayectoria a través de la devoción y respeto intelectual que le profesaron, en todo momento y sin excepciones, las autoridades universitarias, los profesores de la cátedra y las innumerables hornadas de discípulos.

Quiso además el destino que fuesen, de un lado, su hija, María Josefina PARRA, mi querida compañera de estudios de Derecho, y del otro, su hermano, Dr. Fernando PARRA ARANGUREN, mi maestro y mentor en el Derecho del trabajo, impulsador y editor de mis primeros ensayos jurídicos, compañero en la coordinación de libros, amigo entrañable, y por quien siento “*indeclinable afecto filial, al margen de tiempos y distancias*”<sup>874</sup>.

El Dr. Gonzalo PARRA ARANGUREN nació en Caracas el miércoles 5 de diciembre de 1928<sup>875</sup>; hijo del joven sabio<sup>876</sup> Dr. Caracciolo PARRA

---

<sup>874</sup> CARBALLO MENA, César Augusto (2015): Encomio. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 5. Edición homenaje a Fernando Ignacio Parra Aranguren. Ed. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, p. 23.

<sup>875</sup> El día de la llamada *masacre de las bananeras*, en Magdalena, Colombia, a propósito de la represión de trabajadores que ejercían la huelga contra la United Fruit Company; hecho que sería reflejado por Gabriel GARCÍA MÁRQUEZ en su novela *Cien años de soledad* y que tanta vinculación guarda con mi trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: *Tercerización laboral*.

<sup>876</sup> POLANCO ALCÁNTARA, Tomás (1988): *Conversaciones sobre un joven que fue sabio (Semblanza del Dr. Caracciolo Parra León)*. Estudios, monografías y ensayos N° 111. Academia Nacional de la Historia, Caracas.

LEÓN (1901-1939), Doctor en Ciencias Políticas y Eclesiásticas, Vicerrector de la Universidad Central de Venezuela (1928-1935) y miembro de las Academias Nacional de la Historia y Venezolana de la Lengua, y de Doña Josefina ARANGUREN LARES (1907-2005), venerable árbol matriarcal que afrontó, con “la fuerza inagotable de su carácter”<sup>877</sup>, la temprana muerte de su esposo, velando con éxito por la formación académica, moral y espiritual de sus hijos<sup>878</sup>. A ella, precisamente, dedicó el Dr. Gonzalo PARRA ARANGUREN su trabajo de incorporación a esta ACADEMIA, intitulado *La Constitución de 1830 y los Venezolanos por Naturalización*, “como homenaje de gratitud por los sinsabores y angustias de su época temprana, al verse sola en el camino de la vida rodeada de seis pequeños hijos”<sup>879</sup>.

Contrajo matrimonio con Doña María Trinidad PULIDO SANTANA, con quien edificó, a partir del afecto, sólidas creencias religiosas, conducta ética, y trabajo ejemplar, una honorable familia que integran además sus hijos, María Josefina, Gonzalo Enrique y María Magdalena PARRA PULIDO, y sus nietos, María Josefina, Elsa Eugenia, Eloise María y Paul Antoine.

En ellos y su descendencia, así como en el resto de sus familiares, amigos y discípulos<sup>880</sup> alrededor del mundo<sup>881</sup>, seguirá viviendo el Dr.

<sup>877</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo (1969): Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. V. 32, N° 38-40. Anauro editores, Caracas, p. 172. Recuperado de: [http://aciropol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/1969/BolACPS\\_1969\\_32\\_38\\_149-17.pdf](http://aciropol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/1969/BolACPS_1969_32_38_149-17.pdf).

<sup>878</sup> Caracciolo, Gonzalo, Andrés, Josefina, Fernando y Estrella PARRA ARANGUREN.

<sup>879</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo (1969): Ob. cit., p. 172.

<sup>880</sup> “La extensa producción bibliográfica del Dr. Gonzalo Parra Aranguren, su labor de años al servicio del derecho, bien en el ejercicio privado o en la judicatura, los años entregados a la prometeica labor de enseñar, convencido como estaba de que la misión más noble del ser humano es la transmisión de los conocimientos adquiridos que le permitan a las nuevas generaciones enrumbar a la humanidad por la senda del progreso, son todas pruebas irrefutables de que la vida, su vida, no se ha extinguido con la muerte.” URDANETA, Enrique (2016): *Gonzalo Parra Aranguren, una vida ejemplar*. Caracas, p. 1. Recuperado de: <http://aciropol.org.ve/cmaciropol/Resources/Noticias/Gonzalo%20Parra-Aranguren.pdf>.

<sup>881</sup> “Su influencia y sus aportes [...] desbordaron con creces el contexto local, e incluso el regional, para incorporarlo a esa acotada lista de personas cuya huella se proyecta en ámbito global [...] En Venezuela, en América Latina y en muchos otros lugares del mundo resulta una imprudencia escribir o hablar de algunos temas del Derecho Internacional Privado sin consultar la obra de Gonzalo PARRA-ARANGUREN.” OCHOA MUÑOZ, Javier (2017):

Gonzalo PARRA ARANGUREN porque los hombres, al igual que las palabras<sup>882</sup>, solo mueren –realmente- cuando no existe quien los piense:

Pienso que en este momento  
tal vez nadie en el universo piensa en mí,  
que sólo yo me pienso,  
y si ahora muriese, nadie, ni yo, me pensaría [...]  
Tal vez sea por esto  
que pensar en un hombre  
se parece a salvarlo”<sup>883</sup>.

Transitó el Dr. PARRA ARANGUREN, siempre con lustrosos méritos, el ejercicio profesional, el apostolado académico y la función judicial<sup>884</sup>: Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas (*Summa Cum Laude*) en la Universidad Central de Venezuela (1950); Curso de postgrado en Derecho Comparado y Jurisprudencia (LL.M.) en Inter-American Law Institute, Universidad de Nueva York (1951-1952); Doctor en Derecho (*Cum Laude*) en la Universidad Ludwig Maximilians, Munich (1955); Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Central de Venezuela (1956-1996) y en la Universidad Católica Andrés Bello (1957-1996); Juez Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda<sup>885</sup> (1958-1971); Individuo de

---

*La partida del Doctor Gonzalo Parra-Aranguren. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.* N° 8. Caracas, p. 591. Recuperado de: <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2017/05/RVLJ-8-589-593-a.pdf>.

<sup>882</sup> “La palabra es el hombre mismo. Estamos hechos de palabras.” PAZ, Octavio (1967): *El arco y la lira*. p. 9. Recuperado de: <http://www.ecfrasis.org/wp-content/uploads/2014/06/Octavio-Paz-El-arco-y-la-lira.pdf>.

<sup>883</sup> JUARROZ, Roberto (2008): *Poesía vertical (Antología)*. V. CCXXV de la Colección Visor de Poesía. 2ª edición. Visor Libros, Madrid, p. 35.

<sup>884</sup> Recuperado de: [http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2008/seguimiento-demandape-ruana/documentos/JUEZ\\_GONZALO\\_PARRA1.pdf](http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2008/seguimiento-demandape-ruana/documentos/JUEZ_GONZALO_PARRA1.pdf).

<sup>885</sup> “Como juez, desarrolló una continua y fecunda labor dejando plasmada en sus decisiones la impronta de su alta condición de jurista.” URDANETA, Enrique (2016): *Ob.cit.*, p. 3. “Además de la autoridad intelectual que respaldaba sus decisiones, las mismas iban, además, rubricadas por su autoridad moral, su independencia de criterio y su dignidad. No era posible concebir una sentencia suya derivada de manejos ajenos a lo que arrojaba el expediente”. ESCOVAR LEÓN, Ramón (2016): *Gonzalo Parra Aranguren*. *El Nacional*, 8 de diciembre de 2016. Recuperado de: [http://www.el-nacional.com/noticias/columnista/gonzalo-parra-aranguren\\_52750](http://www.el-nacional.com/noticias/columnista/gonzalo-parra-aranguren_52750).

Número de la ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES<sup>886</sup>, ocupando el sitio que dejó vacante su Maestro, Dr. Lorenzo HERRERA MENDOZA, quien –como él mismo reconoció<sup>887</sup>- le “enseñó su prodigiosa manera de enfocar la vida y los conocimientos sobre Derecho internacional privado”; Presidente de esta ACADEMIA (1993-1995); Miembro de diversas Academias extranjeras<sup>888</sup>; Miembro de la Comisión de Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela (1984-1996); Miembro de la Comisión de Investigación designada por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la aplicación del Convenio 111 sobre discriminación (empleo y ocupación)<sup>889</sup>, 1958, por parte de la República Federal de Alemania (1985); miembro de la Corte Permanente de Arbitraje, La Haya (desde 1985); Profesor del Curso General de Derecho Internacional Privado en la Academia de La Haya de Derecho Internacional (1988); Primer Juez Asociado en la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela<sup>890</sup> (1988-1992); Magistrado suplente del mismo Alto Tribunal (1992-1996); Miembro de la Sociedad Alemana de Derecho Internacional (1998); Miembro del Consejo de Gobierno del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) (1982-1993 y 1996-1997); y Magistrado<sup>891</sup> de la Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya (1996-2009).

<sup>886</sup> Electo el 31 de enero de 1967 e incorporado el 16 de octubre de 1968.

<sup>887</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo (1969): Ob. cit., pp. 170 y 171.

<sup>888</sup> Entre otras, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina (1982); Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, España (1994); y Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid (1994).

<sup>889</sup> La *Declaración de la OIT relativa a los Principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento* (1998) establece que los Estados miembros de dicha organización tienen el compromiso de “respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales” desarrollados por ciertos convenios, entre los cuales se incluye al Convenio 111. Recuperado de: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_467655.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_467655.pdf).

<sup>890</sup> “En sus memorables sentencias se aprecia un razonamiento claro y preciso. Tuvo siempre por norte la justicia en sus actuaciones que supo impartir con los sólidos conocimientos atesorados y el criterio jurídico con que la Providencia lo dotó pródigamente.” URDANETA, Enrique (2016): Ob.cit., p.3.

<sup>891</sup> Art. 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “La Corte será un cuerpo de magistrados independientes elegidos, sin tener en cuenta su nacionalidad, de entre personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio

Conferencista en prestigiosos eventos dentro y fuera del país<sup>892</sup>, y prolífico autor de obras que constituyen “patrimonio intelectual de la comunidad jurídica global”<sup>893</sup>, entre las que destacan<sup>894</sup>, *Die Regel “Locus Regit Actum” und die Formen der Testamente*<sup>895</sup> (1955); *La Nacionalidad Venezolana originaria*, en dos volúmenes (1964); *La Constitución de 1830 y los venezolanos por naturalización* (1969); *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Vol. I (1982) y Vol. II (1998); *La Nacionalidad Venezolana. Vol. I. Antecedentes Históricos y Vol. II. Problemas Actuales* (1983); *La influencia del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer en la legislación venezolana* (1983);

---

de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional”. Recuperado de: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/CIJ.pdf>.

<sup>892</sup> Entre otros: Conmemoración del centenario de la Introducción del Código Civil y la instalación del Tribunal Superior de Justicia (Curacao, 1969); Curso sobre derecho internacional (Río de Janeiro, 1978, 1979, 1982, 1988, 1992 y 1997), organizado por el Comité Jurídico Interamericano y la Fundación Brasileña Gétulio VARGAS; Academia de Derecho Internacional de La Haya, sobre “Evolución reciente de conflictos de los convenios de las leyes en América Latina” (1979); Primeras Jornadas de Derecho Internacional de América Latina, organizadas por la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, 1979); Duodécimo Congreso del Instituto Hispano-Luso de Derecho Internacional (Mérida-Venezuela, 1980); Jornadas de Derecho Internacional (Salamanca, 1992); Seminario sobre Principios para la Contratos Comerciales internacionales, organizado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) (Roma, 1993); Reunión de trabajo sobre reseñas y libros para la unificación del Sistema Jurídico de América Latina (Roma, 1993); Octava Conferencia Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho de Familia (Cardiff, 1994); Congreso sobre los Niños en Movimiento, organizada por el comité holandés del Año Internacional de la Familia en colaboración con la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (La Haya, 1994); Seminario sobre “Adopción, un Acto de Amor”, organizado por el Instituto Colombiano para Bienestar de la Familia (Bogotá, 1995); Simposio “Il Nuovo Diritto Internazionale privato Italiano”, (Universidad de Padua, 1996); Simposio “Globalización de la Ley del menor: el papel de la Convención de La Haya” (La Haya, 1997), Congreso de Derecho Civil, organizado por el Colegio de Abogados de Puerto Rico (San Juan, 1998); en el Internacional Seminario sobre Adopción (Caracas, 1996), y en la Congreso Interamericano “Hacia una Nueva Regulación de los Contratos Internacionales” (Valencia, Venezuela, 1996).

<sup>893</sup> OCHOA MUÑOZ, Javier (2017): Ob.cit., p. 589.

<sup>894</sup> Ver:

- Recuperado de: [http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2008/seguimiento-demanda-peruana/documentos/JUEZ\\_GONZALO\\_PARRAL.pdf](http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2008/seguimiento-demanda-peruana/documentos/JUEZ_GONZALO_PARRAL.pdf).
- URDANETA, Enrique (2016): Ob.cit., pp. 3 y 4.

<sup>895</sup> La regla *locus regit actum* y la forma de los testamentos.

*Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado* (1984); *Ensayos de Derecho Procesal Civil Internacional* (1986); *Curso General de Derecho Internacional Privado* (1991); *Estudios de Derecho Procesal Civil Internacional* (1998); *Escritos diversos de Derecho internacional privado* (1998); *Estudios de Derecho mercantil internacional* (1998); y *El régimen de los bienes en el matrimonio en el Derecho internacional privado venezolano* (2007).

En el ámbito legislativo<sup>896</sup>, cabe destacar que el Dr. Gonzalo PARRA ARANGUREN integró las comisiones que redactaron, de una parte, la sección correspondiente a la *nacionalidad venezolana* a propósito del proceso que condujo a la sanción de la Constitución de 23 de enero de 1961, y del otro, junto con los profesores Roberto GOLDSCHMIDT y Joaquín SÁNCHEZ-COVISA<sup>897</sup>, el *proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado* (1958-1963), con posterioridad revisado –ligeramente<sup>898</sup>– en 1965, que terminó materializándose –en gran medida– en la Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Gaceta Oficial 36511 de la misma fecha). Asimismo, brindó asesoría en la elaboración del proyecto de ley de reforma de las secciones del Código de Comercio relativas a instrumentos de crédito y bancarrota (1963-1965) e integró el Consejo de Asesoría Jurídica del Congreso Nacional de Venezuela (1990-1996).

<sup>896</sup> La Ley sobre Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 30 de junio de 1924 (Gaceta Oficial N° 15361 de 13 de agosto del mismo año) prevé como una de las condiciones alternativas que deben reunir los miembros de dicha corporación, además de la “reconocida e incontestable competencia en el dominio de las Ciencias Políticas”, “haber sido codificador o miembro revisor de las Comisiones de Códigos creados por el Gobierno Nacional” (Art. 1, Único).

<sup>897</sup> Ver: MAEKELT, Tatiana (2004): Ley venezolana de Derecho Internacional Privado, tres años de su vigencia. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 142. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, p. 27; y

- HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio (1999): Nueva Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 111. Universidad Central de Venezuela, Caracas, pp. 243 y 244. Recuperado de: [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/111/rucv\\_1999\\_111\\_241-253.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/111/rucv_1999_111_241-253.pdf).

<sup>898</sup> MAEKELT, Tatiana (2000): Ley de Derecho Internacional Privado venezolano. Comentarios generales. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 117. Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 148. Recuperado de: <http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/Maekelt/S-0359.pdf>.

Todo cuanto he referido de la fulgurante y dilatada trayectoria profesional del Dr. PARRA ARANGUREN no deja de ser el apretado resumen<sup>899</sup> de la obra monumental de un hombre sabio, infatigable y metódico. Si a ello se le adiciona su caballerosidad, vasta cultura, proverbial bonhomía, y gentileza, imperativo resulta reiterar que su nombre y patrimonio moral e intelectual seguirán presentes para nosotros y, sin duda alguna también, para próximas generaciones de juristas.

Así que, ante su muy apreciada familia, amigos, y discípulos, asumo el compromiso de divulgar, para orgullo de nuestro gentilicio y mejor porvenir del Derecho y la Justicia, el ejemplo ético y la obra jurídica del maestro Gonzalo PARRA ARANGUREN; y donde quepa presentarme como Individuo de Número de esta Academia destacaré también, porque constituye complemento inescindible de la honra y responsabilidad que ello traduce, que me tocó suceder a un jurista cuya dimensión profesional y humana, al margen de lo que me depare el más optimista de los futuros concebibles, jamás podré tan siquiera rozar.

### III

#### SÍNTESIS DEL TRABAJO DE INCORPORACIÓN

*Tercerización laboral* es el tema que decidí desarrollar como trabajo de incorporación a esta ACADEMIA, atendiendo a las razones siguientes:

- Se inserta en la línea de investigación que he desarrollado –particularmente– en el último lustro, vinculada, de un lado, a la técnica del test de laboralidad o haz de indicios como instrumento idóneo de establecimiento de la existencia de la relación de trabajo en los supuestos de servicios personales objetivamente ambiguos<sup>900</sup>, y del otro, al contenido y alcance de la

---

<sup>899</sup> Por ejemplo, he omitido o simplificado de modo radical lo concerniente al ejercicio privado de la abogacía, la representación de su país en innumerables organismos internacionales, la participación en instancias universitarias, la experiencia gremial, y la membrecía en organismos académicos de otros países.

<sup>900</sup> CARBALLO MENA, César Augusto (2016): *Relación de trabajo: la técnica del test de laboralidad*. UCAB, Caracas.

Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la relación de trabajo, adoptada en 2006<sup>901</sup>;

- Su actualidad, toda vez que, de un lado, aparece regulada por vez primera entre nosotros, con eficacia general<sup>902</sup>, en Decreto 8938 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (DLOTTT)<sup>903</sup>, publicado en Gaceta Oficial núm. 8.938 Ext. de 7 de mayo de 2012<sup>904</sup>, y del otro, su plena vigencia se instauró a partir de 30 de abril de 2015, como consecuencia de la *vacatio legis* consagrada en su Disposición Transitoria Primera;
- Su relevancia en el debate jurídico latinoamericano del último decenio, como lo demuestran las normas de proscripción adoptadas en Ecuador (2008) y Bolivia (2010), precursoras del régimen venezolano de 2012, y de reconocimiento y regulación en Perú (2008) y Colombia (2015)<sup>905</sup>; y
- Su idoneidad para propiciar la interlocución con otras ramas del Derecho, a propósito –especialmente- de la prestación de servicios personales por cuenta propia de naturaleza civil o mercantil, y de la imperativa delimitación *ius fundamental* del contenido y alcance de la libertad de empresa de que es titular el patrono.

---

<sup>901</sup> VILLASMIL PRIETO, Humberto y CARBALLO MENA, César Augusto (2006): *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*. UCAB, Caracas.

<sup>902</sup> Prevista originariamente en el ámbito del régimen especial de trabajadores residenciales (Art. 9 del Decreto 8197 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial para la Dignificación de Trabajadoras y Trabajadores Residenciales, publicado en Gaceta Oficial 6024, Ext., de 6 de mayo de 2011.

<sup>903</sup> Exposición de Motivos y Arts. 47 y 48.

<sup>904</sup> El régimen de la tercerización laboral entró en plena vigencia tres (3) años después de la promulgación del DLOTTT, es decir, el 30 de abril de 2015 (Disposición Transitoria Primera).

<sup>905</sup> Bolivia (Decreto Supremo 521 de 26 de mayo de 2010); Colombia (Decreto Único Reglamentario del sector Trabajo, 1072 de 2015, Art. 2.2.3.2.1.6, incorporado mediante Decreto 583 de 8 de abril de 2016); Ecuador (Decreto Legislativo 8 de 6 de mayo de 2008 y su reglamentación mediante Decreto 1121 de 3 de junio de 2008); y Perú (Ley N° 29.245 que Regula los Servicios de Tercerización, de 24 junio 2008, y su Reglamento, dictado mediante Decreto Supremo 006-2008-TR de 12 de septiembre de 2008).



Entiendo por *tercerización* -al margen de cualquier ordenamiento jurídico concreto- el modelo de organización empresarial caracterizado por la incorporación de terceras personas, naturales o jurídicas, real o pretendidamente autónomas<sup>906</sup>, para la prestación de servicios, la producción de bienes o, excepcionalmente, el suministro de personal<sup>907</sup> en el ámbito de la actividad económica organizada por el beneficiario o contratante<sup>908</sup>. Alcanza, por tanto, la clásica ejecución de actividades

<sup>906</sup> El déficit de autonomía funcional del tercero compromete, desde la perspectiva del Derecho del trabajo, la responsabilidad patronal del beneficiario de la obra o servicio, como será desarrollado en capítulos subsiguientes.

<sup>907</sup> El mero suministro de personal revelaría, a primera vista, el déficit de autonomía funcional del tercero y, por tanto, habría de comprometer la responsabilidad patronal del beneficiario. Por tal virtud, solo excepcionalmente cabe admitir la licitud de la simple provisión de trabajadores, atendiendo básicamente a circunstancias fortuitas o de fuerza mayor, limitadas temporalmente, como también será precisado en su oportunidad.

<sup>908</sup> En términos análogos:

- "...la decisión de tercerizar tiene que ver con la evaluación por parte de la empresa respecto de que un tercero podría realizar determinadas tareas con mayor eficiencia, debido a determinados factores a tener en cuenta. Es una manera de desintegración vertical de la organización empresarial, sin que esto implique necesariamente una mayor horizontalidad en las relaciones ni la anulación de las jerarquías". Basualdo, Victoria y Esponda, María Alejandra (2014): Ob.cit., p. 21;
- Descentralización productiva: "modo de organización de la producción en virtud del cual se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo. Es decir, implica un desplazamiento de funciones o actividades que corresponden o podrían corresponder a un conjunto integrado, e indica la existencia de un proceso en el que participan entidades real o aparentemente independientes o autónomas: la que encarga la obra o servicio y la que asume tal encargo por contrato o subcontrato." Ermida Uriarte, Oscar y Colotuzzo, Natalia (2009): Ob.cit., p.13;
- "La fragmentación económica de unidades productivas que aparece a consecuencia de la descentralización se traduce en un entramado de relaciones jurídicas mercantiles y civiles entre empresas, entre la empresa principal y las descentralizadas y de los trabajadores autónomos o en situación de parasubordinación (dependencia económica) con unas y otras. Si se sitúa la piedra de toque de la descentralización productiva en una estrategia adoptada por una empresa para organizar su producción de bienes o servicios acudiendo a la cooperación que le prestan otras empresas, o personas individuales, en ciertas fases o actividades que forman parte de su proceso productivo, hay que convenir que es la exteriorización de las actividades de la empresa descentralizada lo que especifica este fenómeno organizacional." Rivero Lamas, Juan (2003): Ob.cit., p. 35; y
- "Tercerización.- Es una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma" (Art. 1° del Decreto Supremo 006-2008-TR de 12 de septiembre de 2008, emanado del Pdte. de la República del Perú).

en el seno de la empresa receptora bajo las modalidades de contratistas, subcontratistas e intermediarios, así como las contemporáneas opciones de coordinación y división del trabajo interempresarial que ensamblan las denominadas redes empresariales.

Como se observa, la tercerización, en los términos esbozados, alude, más que a un desplazamiento de actividades fuera de los contornos del centro de trabajo, a una –pretendida- transferencia de responsabilidades organizativas –y por ende patronales- de ciertas actividades necesarias para el cabal desarrollo del proceso productivo que dirige el beneficiario o contratante, independientemente del lugar de ejecución<sup>909</sup>.

En este contexto, el tercero al que se asigna la prestación de servicios, la producción de bienes o el suministro de personal podría revestir la condición de:

- Titular de una empresa autónoma y, por ende, patrono de las personas que en dicho ámbito presten servicios dependientes;
- Trabajador autónomo o por cuenta propia, excluido del ámbito personal de aplicación del Derecho del trabajo; o
- Proveedor de mano de obra, con o sin estructura empresarial.

Al Derecho del trabajo le interesa abordar lo referente a la tercerización como modalidad de organización empresarial porque inexorablemente enturbia el vínculo arquetípico en torno al cual se articuló dicha disciplina, esto es, la nítida relación entre patrono y trabajador en la esfera de la empresa que aquél organiza, dirige y disciplina.

---

<sup>909</sup> Obviamente, el lugar de ejecución de las actividades tercerizadas opera como relevante indicador para establecer la eventual responsabilidad patronal del beneficiario o contratante:

- El Art. 48.1 DLOTTT destaca como modalidad de tercerización la contratación para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma; y
- “Una particular atención se ha prestado por [... la doctrina española] al lugar de ejecución de la contrata en el marco de la descentralización productiva. En efecto, la realización de los trabajos en el interior de los locales de la empresa se ha llegado a considerar un elemento definitorio implícito [de la responsabilidad laboral del beneficiario...], siempre que no se trate de una actividad dispersa geográficamente por sus características...”. RIVERO LAMAS, Juan (2003): Ob. cit., p. 39.

La tercerización, por virtud de los actores que incorpora en el ámbito empresarial del beneficiario o contratante, tiende a complejizar la demarcación de las relaciones de trabajo hasta el grado de suscitar dudas sobre quién es la persona que exhibe efectivamente estatus patronal, cuáles son las condiciones de trabajo que deben regir, y cuál el ámbito de lícito ejercicio de la actividad sindical<sup>910</sup>.

La inquietud del Derecho del trabajo ante la modalidad de organización empresarial que la tercerización traduce bien puede explicarse a partir del desdoblamiento de la personalidad que envuelve la icónica frase de Arthur RIMBAUD en *Cartas del vidente*<sup>911</sup>: *yo es otro*.

En efecto, el andamiaje tuitivo que ofrece dicha disciplina jurídica impone al patrono, como titular de la empresa, el deber de asegurar la integridad de quienes, en dicho ámbito, prestan servicios bajo su dependencia. Éste, en ejercicio de su libertad de empresa, puede contratar o coordinar con terceras personas, naturales o jurídicas, la ejecución de actividades necesarias para la cabal satisfacción de sus objetivos. Dicha opción, dentro de un amplísimo espectro de manifestaciones concretas imaginables, podría tener por objeto o efecto la evasión de obligaciones patronales, la depauperación de condiciones de trabajo, y/o la vulneración de la libertad sindical de los trabajadores concernidos. En este hipotético escenario, interrogado el beneficiario de los servicios y titular del poder de organización de la actividad productiva, acerca del envilecimiento de las garantías laborales, podría imputar toda responsabilidad al tercero interpuesto y limitarse a sostener, como fundamento de su pretendida indemnidad patronal, *yo es otro*<sup>912</sup>.

De allí que al Derecho del trabajo corresponda, a partir –básicamente- de las nociones esenciales, inescindibles e interdependientes de

<sup>910</sup> Ver, a título de ejemplo, Oficina Internacional del Trabajo (2008): *Informe 349 del Comité de Libertad Sindical* (Caso 2556, Colombia).

<sup>911</sup> Hace referencia a dos cartas suscritas por RIMBAUD, fechadas 13 y 15 de mayo de 1871, y dirigidas a Georges IZAMBARD y Paul DEMENY, respectivamente. Recuperado de: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/153514.pdf>.

<sup>912</sup> Podría responderle el Derecho del trabajo, sirviéndose de un verso de Octavio Paz (*Piedra de sol*): ciertamente, eres *los otros todos*; destacando así la relevancia del entramado de interacciones para –desde la metáfora que se ensaya- delimitar quien –entre todos los actores que se entremezclan y confunden- ostenta efectivamente el poder dominante de organización de la actividad productiva que sirve de amalgama.

*patrono y empresa*, y a la luz de los principios protectorio y de primacía de la realidad, proclamar las consecuencias jurídicas que habrá de afrontar el beneficiario de la actividad desplegada a través de terceros, cualquiera fuese el vínculo contractual o asociativo trabado, con el objeto de garantizar la integridad de quienes presten servicios dependientes en dicho ámbito.

El fenómeno esbozado en los párrafos precedentes es desarrollado, a propósito del trabajo de incorporación a esta Academia, en dos partes claramente delimitadas, aunque simbiotes:

- En primer término, la aproximación al fenómeno de la tercerización como manifestación del ejercicio patronal del poder de libre organización del proceso productivo, y su contraste con la finalidad tuitiva del Derecho del trabajo, al margen de cualquier ordenamiento jurídico concreto.

Del planteo expuesto desgajo, de un lado, el catálogo, siempre tentativo, de modalidades más trascendentes de tercerización, y del otro, sus consecuencias jurídicas idóneas para asegurar la integridad de los trabajadores involucrados; y

- En segundo lugar, el análisis del régimen de la tercerización consagrado en el DLOTTT, ofreciendo respuesta a los tópicos –que estimo– más urgentes y complejos:
  - La delimitación entre la –lícita- opción de la contratación de tercero para ejecutar obras o servicios inherentes o conexos con la actividad productiva del beneficiario, y la –proscrita- especie de tercerización caracterizada por la identidad material, temporal y espacial entre tales actividades (Art. 48.1 DLOTTT); y
  - Los contenidos y ponderación del test de indicadores destinado a determinar manifestaciones de tercerización en casos objetivamente ambiguos o ubicados en zonas de penumbra o frontera.

Entre las conclusiones más relevantes que arroja el referido ensayo, me permito exponer -de modo abreviado- las siguientes:

1. El modelo de organización empresarial trasmutó desde la concepción insular, autárquica o centralizada, de integración vertical y asunción directa de las diversas etapas del proceso productivo, a la fragmentaria, descentralizada o en red, por cuya virtud la empresa se concibe flexible, volcada sobre sus competencias nucleares, y coordinada con terceros sobre los que se delega la ejecución de ciertas fases o actividades del ciclo empresarial, o incluso –donde ello resulte lícito- la provisión de trabajadores para ejecutar temporalmente ciertas actividades.

2. Al Derecho del trabajo interesa identificar, de un lado, la autonomía funcional del tercero, y del otro, el vínculo ontológico entre las actividades desplegadas por éste y las que desarrolla de ordinario la empresa organizada por el beneficiario<sup>913</sup>, para de allí derivar quién o quiénes, y en qué grado, deben soportar cargas patronales:

- La manifiesta dominación ejercida sobre el tercero –o directamente sobre sus pretendidos trabajadores- o su endeblez empresarial apuntalarían, por virtud de los principios protectorio y de primacía de la realidad, la responsabilidad patronal del beneficiario<sup>914</sup>; y
- El vínculo ontológico entre las actividades desarrolladas por el beneficiario y el tercero recomendaría la responsabilidad patronal, o por lo menos solidaria, de aquél respecto de las obligaciones patronales de éste, toda vez que, *prima facie*, parece atender a la –fraudulenta- intención de evadir o restringir los riesgos propios de la actividad productiva desarrollada, que opera como fundamento jurídico y ético del poder de mando y la apropiación *ab initio* de los réditos de la actividad productiva que se atribuye al patrono.

---

<sup>913</sup> En este sentido, el párrafo 2.h del proyecto de Recomendación OIT sobre el trabajo en régimen de subcontratación (1998) prevé como indicador favorable a la responsabilidad patronal de la empresa usuaria en régimen de subcontratación: “la medida en que el trabajo realizado en régimen de subcontratación forma parte integrante de las *actividades normales* de la empresa usuaria”.

<sup>914</sup> Así, por ejemplo, se declara la *desnaturalización* de la *tercerización* –en principio lícita- si la empresa tercerizadora carece de *autonomía* o los trabajadores de ésta se encuentran bajo *subordinación* de la empresa principal o beneficiaria (Art. 5 del Decreto Supremo 006-2008-TR de 12 de septiembre de 2008, emanado de Pdte. de la República del Perú).

3. Dentro de la libre configuración legislativa cabría proscribir o admitir bajo ciertas condiciones (por ejemplo, subjetivas<sup>915</sup>, sustantivas<sup>916</sup>, formal-adjetivas<sup>917</sup>, y/o temporales<sup>918</sup>), la provisión de trabajadores para la prestación de servicios en el ámbito de la empresa del beneficiario o contratante. En este caso, debería comprometerse la responsabilidad patronal, solidaria o, cuando menos, subsidiaria<sup>919</sup> del beneficiario, bien sea directamente o como consecuencia del incumplimiento de ciertas obligaciones, toda vez que la provisión de trabajadores, a despecho de las circunstancias que la justifiquen y las condiciones exigidas, resquebraja el concepto binomial patrono-empresa. En ausencia de estructura empresarial<sup>920</sup> o norma expresa que declare su procedencia, la provisión de trabajadores compromete necesariamente la responsabilidad patronal del beneficiario, como consecuencia del principio de primacía de la realidad.

4. En lo que respecta al régimen del DLOTTT, destaca la perspectiva patológica y polimorfa de la tercerización, en sintonía con lo preceptuado en los ordenamientos jurídicos de Ecuador (2008) y Bolivia (2010):

- *Patológica* pues se asimila –ex Art. 47- a la simulación o fraude patronal destinado a desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral; y
- *Polimorfa* por abarcar –ex Art. 48- disímiles especies tales como la ejecución de actividades permanentes, dentro de las

<sup>915</sup> Por ejemplo, solo en el ámbito de ciertas empresas, considerando su trascendencia económica o social.

<sup>916</sup> Por ejemplo, bajo ciertas circunstancias asociadas al caso fortuito o fuerza mayor.

<sup>917</sup> Por ejemplo, registro para proveedores de mano de obra, cláusulas obligatorias en los contratos de provisión de trabajadores, contratación de pólizas de responsabilidad patronal, constitución de fianzas, etc.

<sup>918</sup> Por ejemplo, fijación de duración máxima de los servicios: de conformidad con el Art. 77.3 de la Ley 50 de 28 de diciembre de 1990 (Colombia), procede la contratación con empresas de servicios temporales “para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más”.

<sup>919</sup> La mera *responsabilidad subsidiaria*, aunque cabría admitirla en la esfera de libre configuración legislativa, ofrece una criticable protección mínima, cuando no precaria, a los trabajadores involucrados

<sup>920</sup> Sujeto generalmente identificado como *intermediario*.

instalaciones del beneficiario, y relacionadas de manera directa con el proceso productivo organizado por éste, la intermediación laboral, la interposición de tercero a cargo de empresa bajo control del beneficiario, y el encubrimiento de la relación de trabajo mediante simulación de vínculo jurídico de naturaleza disímil.

5. Sobre las referidas especies de tercerización caben las siguientes precisiones:

5.1. La –triple- identidad material, espacial y temporal entre las actividades del tercero y el beneficiario solo se estimará como manifestación de tercerización si entraña ánimo simulatorio o fraudulento por parte del agente:

- Tratándose de una especie del género tercerización debe –imperativamente- reflejar los presupuestos –*ex lege*- de aquélla;
- El DLOTTT no sanciona expresamente la tercerización sino las conductas de simulación o fraude que la configuran (artículo 535); y
- El artículo 50 DLOTTT admite la licitud de las obras o servicios ejecutados autónomamente por tercero contratado a tal fin, incluso cuando guarden vínculo de inherencia (misma naturaleza) o conexidad (íntima relación) con el objeto del proceso productivo desplegado por el beneficiario.

5.2. La intermediación laboral compromete, desde su consagración en la Ley del Trabajo de 1936, la responsabilidad patronal del beneficiario del servicio;

5.3. La interposición de tercero a cargo de empresa bajo control del beneficiario ha devenido enervada mediante normas especiales, como en el régimen de distribución de las utilidades empresariales basado en la concepción de *unidad económica* y al margen de las diversas personas jurídicas que se atribuyan estatus patronal, o a través de la doctrina del *levantamiento del velo corporativo*; y

5.4. El encubrimiento de la relación de trabajo mediante simulación de vínculo jurídico de naturaleza disímil ha merecido interdicción a través de fórmula combinatoria de la regla de presunción del

carácter laboral de toda prestación personal de servicios, y de los principios de primacía de la realidad e irrenunciabilidad de los derechos del trabajador.

6. El régimen de la tercerización laboral, antes descrito, configura en -gran medida- un espejismo, toda vez que simulación y fraude -presupuestos que la configuran- nunca han sido fuentes de Derecho. En tal sentido, apenas resulta novedosa e -incluso- debatible aquella especie de tercerización caracterizada por la -triple- identidad material, espacial y temporal entre las actividades del tercero y el beneficiario (Art. 48.1 DLOTTT), la cual deberá interpretarse, a la luz del principio protectorio que incardina al Derecho del trabajo, como supuesto de tercerización presunta susceptible de enervación -a través de la prueba de autonomía funcional del tercero y justificación de las actividades que le fueron confiadas- por iniciativa del presunto agente.

7. La tercerización, concebida como simulación o fraude, impone la adopción y eficaz implementación de mecanismos preventivos<sup>921</sup>, restitutorios de la situación jurídica infringida<sup>922</sup>, y sancionatorios de sus agentes<sup>923</sup>.

8. Los casos de tercerización objetivamente ambiguos conviene escrutarlos -en ofrenda a la justicia material, la seguridad jurídica y el debido proceso- mediante la aplicación de la técnica del test de indicadores, destinados a verificar la existencia de la relación de trabajo (*test de laboralidad*, en términos análogos al diseñado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia a partir de su sentencia 489 de 13 de agosto de 2002, que se sintetiza -*ut infra*- en el CUADRO 1) o el nivel de autonomía entre las personas naturales o jurídicas que aparecen -*prima facie*- con sendas empresas a su cargo (*test de unicidad empresarial*, expuesto -*ut infra*- en el CUADRO 2).

<sup>921</sup> Por ejemplo, diseño y ejecución -con participación de actores sociales- de una *política nacional* represiva de la *tercerización*, información patronal a los sujetos más representativos en el ámbito de las relaciones laborales acerca de la intención de contratar con terceros, el pleno ejercicio de la libertad sindical, etcétera.

<sup>922</sup> Por ejemplo, acción judicial mero declarativa o de condena, inspección administrativa, reinstalación y pago de remuneración dejada de percibir en caso de despido, traslado o desmejora del trabajador tercerizado, procedimiento de reclamo, negociación colectiva y gestión del conflicto, etcétera.

<sup>923</sup> Por ejemplo, imposición de multa, arresto por desacato, y negativa o revocación de solvencia laboral.



**CUADRO 1**  
**TEST DE LABORALIDAD**

<b>Presupuestos</b>	<b>Indicadores</b>
Servicio personal	De tratarse [el tercero] de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza retenciones impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc.
Ánimo productivo	Forma de efectuarse el pago. Naturaleza y <i>quantum</i> de la contraprestación (Prestador de servicio devenga pago equivalente a una remuneración o salario fijo o relativamente fija y regular. Nivel de remuneración es análogo a los trabajadores que realizan la misma labor bajo dependencia, incluyendo todos sus beneficios). Regularidad del trabajo. Exclusividad. Naturaleza jurídica del beneficiario.
Dependencia	Forma de determinar el trabajo. Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo. Supervisión y control disciplinario. Regularidad del trabajo. Exclusividad. Obligación de estar a disposición del beneficiario. Obligación de asistir diariamente para prestar el servicio (so pena de sanción). Obligación de utilizar ciertos formatos, talonarios, facturaciones o papelería. Uso de ropa de trabajo o uniformes. Aplicación de sanciones disciplinarias. Obligación de ajustar la actividad a los criterios y parámetros organizacionales del beneficiario.
Ajenidad	Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria [Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio]. Integración del prestador de servicios en la estructura organizativa jerarquizada del beneficiario. Beneficiario apropia –total o mayormente- las ganancias o beneficios de la actividad ejecutada por el prestador de servicios. Pérdidas económicas o resultados adversos son asumidos por el beneficiario del servicio. El prestador de servicio no cuenta con una organización empresarial propia. El prestador de servicio no cuenta con recursos económicos suficientes que le permitan organizar de manera independiente una actividad productiva.

**CUADRO 2**  
**TEST DE UNICIDAD EMPRESARIAL**

<b>Presupuestos</b>	<b>Indicadores</b>
Factores humanos, materiales e inmateriales	<p>Los modos y medios de producción utilizados por la entidad de trabajo contratista pertenecen a la entidad de trabajo contratante principal.</p> <p>El tercero no cuenta con recursos económicos suficientes que le permitan organizar de manera independiente una actividad productiva. El beneficiario es el único cliente del tercero.</p> <p>El tercero (si fuese persona jurídica) incumple deberes formales referentes a su constitución, cargas impositivas, libros de contabilidad, etc.</p> <p>El tercero carece de experticia relevante en el área de las actividades que ejecuta.</p>
Organización autónoma	<p>La actividad se ha venido realizando de manera permanente y continua en las instalaciones del beneficiario.</p> <p>La actividad está relacionada de manera directa con el proceso productivo del beneficiario.</p> <p>La interrupción en la prestación del servicio afecta o interrumpe las operaciones del beneficiario.</p> <p>Los trabajadores del tercero realizan exactamente las mismas funciones y actividades correspondientes a trabajadores contratados por el beneficiario.</p> <p>El tercero ejecuta habitualmente obras o servicios para el beneficiario, constituyendo su mayor fuente de lucro.</p> <p>La actividad del tercero está sujeta a la dirección y control por parte del beneficiario.</p> <p>El tercero se encuentra incorporado a una estructura organizativa jerarquizada y obedece a sus lineamientos.</p> <p>El beneficiario afronta las pérdidas económicas o resultados adversos de la actividad ejecutada por el tercero.</p>

Dependiendo de la realidad –objetivamente ambigua- sometida a escrutinio del juzgador, es decir, prestación personal de servicios pretendidamente autónomos o por cuenta propia, o interacción entre patronos a cargo –en principio- de sendas empresas, se aplicará, el su orden, el *test de laboralidad* o el *test de unicidad empresarial*.

El juzgador habrá de advertir los hechos acreditados como consecuencia de someter el caso analizado al test de indicadores que resulte aplicable, cualquiera fuese su significancia, es decir, apuntales la existencia o no de la relación de trabajo, o la sumisión o autonomía entre los patronos involucrados.

De seguidas convendría alinear los indicios<sup>924</sup> recabados según su significancia para, posteriormente, analizarlos en cúmulo y ponderar su gravedad, concordancia y convergencia (Arts. 510 CPC y 1399 CC), arribando así –sistémica y transparentemente- a la justa calificación de la naturaleza jurídica de la interacción bajo escrutinio.

9. En síntesis, al margen de la denominación que se le adjudique, según la particular perspectiva de análisis, la tercerización, descentralización empresarial, desconcentración productiva, triangulación, externalización, *outsourcing*, subcontratación, horizontalización, desverticalización, o focalización, refieren a estrategias o modalidades de organización empresarial que el Derecho del trabajo debe escrutar a partir de los conceptos esenciales e inescindibles de *patrono* y *empresa*, para determinar así sobre quién o quiénes recae el deber de garantizar eficazmente la plena integridad –física, psíquica y moral- de los que en dicha esfera prestan servicios dependientes o subordinados.

## IV

### EPÍLOGO

Ruego me excusen que en este trayecto último descarrile el discurso académico y destine unas pocas palabras a mis coordenadas afectivas:

A la memoria de mi padre, Augusto CARBALLO ALARCÓN, y de sus hermanas, Carmen María y Amparo, *mis otras madres, las de España*<sup>925</sup>, quienes con toda seguridad estarían hoy henchidos de

---

<sup>924</sup> “[T]odo hecho, circunstancia o signo suficientemente acreditado a través de medios probatorios, que adquiere significación en su conjunto, cuando conduce al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido...” (Art. 117 LOPT).

<sup>925</sup> Dedicatoria que aparece en el libro *Derecho del trabajo venezolano – Ensayos*, publicado por la UCAB (Caracas), en el año 2000 (p. 5).

orgullo, reivindicando haber migrado a este país y quemado las naves de la nostalgia;

A los hermanos que refutan mi condición de hijo único, Luis AU-  
YANET, Mario TRIVELLA y Nelson OSÍO;

A mi madre, Carmen Alicia MENA DE CARBALLO, quien sin propo-  
nérselo ejerce cotidiana y tenazmente el insólito oficio de la santidad;

A mis hijos, DIEGO –a contramano de su abuelo, hoy en España, en  
búsqueda también de esperanza- y FERNANDO; y

A mi esposa y cómplice Eli SILVA MARTÍNEZ, quien juntó fragmen-  
tos y cartografió este futuro, “porque el amor es simplemente eso / la  
forma del comienzo / tercamente escondida / detrás de los finales”<sup>926</sup>.

Culmino reiterando mi compromiso intelectual y ético con esta  
honorable Academia y con la muy estimada familia del Dr. Gonzalo  
PARRA ARANGUREN, y celebrando la presencia de familiares, amigos y  
cófrades del Derecho del trabajo.

A todos y todas infinitas gracias por su gentil paciencia y cálido  
acompañamiento.

---

<sup>926</sup> JUARROZ, Roberto (2008): Ob.cit., p. 38.

**DISCURSO DE CONTESTACIÓN  
DEL ACADÉMICO  
DR. RAMÓN ESCOVAR LEÓN\*,  
INDIVIDUO DE NÚMERO  
DE LA CORPORACIÓN.**

---

\* Abogado summa cum laude (UCAB: 1974). Licenciado en Letras Magna Cum Laude (UCV: 2016). Magister en Administración de Empresas (UCAB: 1997). Doctor en Derecho (UCV: 1990). Profesor Titular UCV y UCAB. Profesor en la Escuela de Letras UCV. Miembro de Número del Instituto Venezolano de Derecho Social. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Dr. César Carballo Mena, Individuo de Número Electo  
Presidente y demás miembros de la Junta Directiva  
de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales  
Señores Académicos  
Señores Presidentes de otras Academias  
Sra. Eli Silva Martínez, Diego y Fernando Carballo Catalá  
Sra. Carmen Alicia Mena de Carballo  
y demás miembros de la familia Carballo  
Invitados especiales  
Señoras, Señores

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales recibe hoy a César Augusto Carballo Mena, un laboralista de sólida cultura jurídica, de vocación universitaria, con amplia producción jurídica e intenso ejercicio profesional; actividades que ejerce con brillo y honestidad.

Conozco bien al nuevo académico, porque el destino puso en mi camino la posibilidad de ser el tutor de su tesis doctoral, titulada *Relación de Trabajo. La Técnica del test de laboralidad*<sup>927</sup> presentada en la Universidad Católica Andrés Bello, con la cual obtuvo la mención de honor; distinción que recibió sobre la base de la relevancia del tema escogido, la metodología utilizada y por ser un aporte original a la ciencia jurídica venezolana.

El nuevo académico es profesor en la Universidad Católica Andrés Bello (Ucab) desde el año 1991. Es jefe del Departamento de Derecho Social y de la Cátedra de Derecho Colectivo; investigador adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas, ambas en la misma Universidad. También es; profesor invitado en la Universidad Nacional del Litoral

---

<sup>927</sup> Caracas, UCAB, 2016

(Santa Fe, Argentina) y en la Universidad Libre (Bogotá Colombia). Es, igualmente, expositor en eventos nacionales e internacionales.

El académico que hoy se incorpora ha publicado seis libros, otros cinco a cuatro manos (4 con Humberto Villasmil Prieto y 1 con el catedrático de la Universidad de Salamanca, Wilfredo Sanguineti Raymond), y ha coordinado 3 obras jurídicas: *Debate laboral* y *Constitución de 1999*, *Estudios de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en homenaje a la memoria del Prof. Rafael Caldera*, y *Ensayos del I Congreso de Derecho Social*. Al mismo tiempo, ha publicado más de treinta artículos científicos.

En la función pública fue consultor jurídico (1994-1995) y viceseministro del Ministerio del Trabajo (1997-1999); fue corredactor del proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997; y coordinador del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999. Por esta última labor fue condecorado por el Rafael Caldera con la Orden Mérito al Trabajo en su primera clase.

## **GONZALO PARRA ARANGUREN**

Estas credenciales de mérito académico fueron ponderadas por los miembros de la Academia de Ciencias y Políticas y Sociales al momento de elegirlo para ocupar el sillón número 29, vacante por el lamentable fallecimiento del Maestro Gonzalo Parra Aranguren, hecho ocurrido el día 2 de diciembre de 2016.

Voy referirme brevemente a la figura estelar de Parra Aranguren, quien en vida tuvo una productiva carrera en el mundo jurídico nacional e internacional. Apenas ocurrió su muerte publiqué un artículo en *El Nacional* en su edición digital del día 8 de diciembre de 2016. Voy a recordar lo que expresé en esa oportunidad.

Quienes tuvimos el privilegio de ser sus alumnos podemos dar fe de la calidad de sus clases de Derecho Internacional Privado en las cuales hacía fácil lo complejo y claro lo oscuro. Esta materia fundamental en la formación de los abogados requiere que el expositor pueda presentar, con claridad y sencillez, temas relativos a la determinación de la jurisdicción y el derecho aplicable, eficacia extraterritorial de sentencias y otras equivalentes.

En el caso de Parra Aranguren todo se hacía, además, de una manera muy grata y hasta con un fino humor. Sus clases comenzaban a la hora fijada y terminaban en el momento exacto. Era un hombre de una puntualidad admirable. Tengo la fortuna de que mi título de abogado lleva su firma, lo que constituye un compromiso y un estímulo.

Parra Aranguren no solo se destacó desde el aula universitaria, sino que dejó una huella indeleble como juez nacional e internacional, como doctrinario, como litigante y como deportista, pues fue campeón de tenis en la categoría de veteranos.

Desde 1958 ejerció la magistratura judicial como Juez Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda, y sus sentencias eran (y siguen siéndolo) utilizadas como material de estudio en Derecho Civil, Mercantil, Procesal Civil, Procesal Internacional e Internacional Privado. Una de esas decisiones constituyó un estudio sobre las obligaciones en moneda extranjera.

Como Parra Aranguren había estudiado en Alemania y en Nueva York, conocía la más avanzada doctrina sobre la materia para la época. Su tesis doctoral, presentada en la Universidad de Múnich, versa sobre la regla *Locus regit actum*. Además de la autoridad intelectual que respaldaba sus decisiones, las mismas iban, además, rubricadas por su autoridad moral, su independencia de criterio y su dignidad.

Su producción jurídica como doctrinario fue muy rica, pero la reseña de toda su vasta obra excede los límites de este discurso. Solo mencionaré aquí sus trabajos sobre *La nacionalidad venezolana originaria* (1964) y *Ensayos de Derecho Procesal Civil Internacional* (1986). También vale la pena destacar su *Curso general de Derecho internacional privado. Problemas selectos*, dictado en la Academia de La Haya en 1988. Cada uno de sus estudios significó un aporte seminal para el área de estudio que he referido.

Asimismo, Parra Aranguren se destacó significativamente en la vida gremial y académica. Fue miembro del Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y de la Escuela de Derecho de la UCAB. También fue Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, cargo que ejerció con brillo. En todos estos espacios hizo sentir su personalidad y lucidez y



terminó como juez de la Corte Internacional de Justicia, cargo al cual fue designado en 1996 y reelecto en 1999 para cumplir funciones hasta el año 2009.

Entre los innumerables aportes del profesor Parra Aranguren, hay que destacar su participación estelar en el impulso de la cátedra de Derecho Internacional Privado en las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello. Estoy convencido de que hay dos áreas del Derecho venezolano que viven un momento de esplendor y son: el Derecho Laboral y el Internacional Privado. El desarrollo de este último se debe a que esta cátedra contó con la presencia de tres profesores de relevancia intelectual: Joaquín Sánchez Covisa, Gonzalo Parra Aranguren y Tatiana de Maekelt. Esto explica que tengamos una moderna Ley de Derecho Internacional Privado –en cuyo proyecto original (1963-1965) participó el profesor Parra Aranguren, junto con Joaquín Sánchez Covisa y Roberto Goldschmidt– y la calidad de las tesis que se están produciendo en la Maestría de Derecho Internacional Privado de la UCV. Estos tres juristas excepcionales supieron crear una generación de relevo en cuyas manos se mantiene la elevada producción científica. En la actualidad, la cátedra se encuentra en las manos de Eugenio Hernández-Bretón y Claudia Madrid quienes han garantizado la continuidad de la calidad académica que sus maestros impusieron a la cátedra de Derecho Internacional Privado.

La partida de Gonzalo Parra Aranguren nos recuerda que en la era de los gobiernos civiles nuestro país contó con venezolanos que ejercieron la magistratura con probidad, generando decisiones transparentes, de elevada calidad jurídica y confiables. En esa época era posible que un venezolano independiente y de sólida formación intelectual pudiese ocupar un cargo de juez. Hombres como Parra Aranguren solo pueden desarrollar su sabiduría en un ambiente de libertades.

## **PERFIL FAMILIAR DE CÉSAR CARBALLO MENA**

El nuevo académico es hijo de Augusto Carballo Alarcón, quien nació el 24 de mayo de 1924 en La Palma, España (Provincia de Santa Cruz de Tenerife). Viajó a Venezuela el 15 de agosto de 1951, un año

antes había llegado a nuestro país, Miguel Antonio Carballo Hernández, abuelo de César, dejando atrás la larga posguerra civil y sus penurias económicas.

Luego llegaron su abuela María de los Reyes y sus tías Amparo y Carmen María. Carballo Mena es, entonces, de origen canario, la tierra de Benito Pérez Galdós y de gente emprendedora con alto sentido del deber cumplido.

Augusto Carballo Alarcón adquirió la nacionalidad venezolana el 8 de abril de 1957 y luego lo hicieron los demás miembros de su familia. Nunca más regresaron a su primera patria y vivieron siempre en la misma casa –en la California Sur- y todos, uno tras uno, en ella murieron. Augusto falleció el 5 de agosto de 2002.

Carmen Alicia Mena Ramos, madre de César, nació en La Victoria, Estado Aragua el 1 de agosto de 1933. Todavía vive en la casa de La California. Junto a su esposo se concentró en la educación de su hijo, como tarea fundamental de su vida.

César está casado en segundas nupcias con Eli Silva Martínez, quien dará a luz en unos días a Ignacio, su tercer hijo. Diego y Fernando Carballo Catalá son sus dos hijos nacidos en su primer matrimonio. Diego estudiaba Comunicación Social en la Ucab y acaba de migrar a España, como uno de los jóvenes venezolanos que han perdido la esperanza de un futuro debido al “socialismo del siglo XXI”. Fernando estudia tercer año de bachillerato en el Institutos Educativos Asociados (El Peñón).

## **EL DERECHO LABORAL DE HOY**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales no contaba en los años recientes con un laboralista. En el pasado formaban parte de esta Corporación Rafael Caldera y Víctor M. Álvarez quien fue presidente y secretario de esta Academia.

Esta Corporación tiene actualmente una amplia y distinguida representación del Derecho Administrativo. En menor medida cuenta con constitucionalistas, mercantilistas, civilistas, procesalistas y un penalista. El balance por materias es una necesidad para equilibrar las distintas áreas de las ciencias jurídicas y políticas.

La elección de César Carballo Mena es una manera de reconocer la importancia que el Derecho Laboral venezolano ha adquirido tanto nacional como internacionalmente. La doctrina y jurisprudencia venezolana es una referencia, especialmente en el tema de la simulación del contrato de trabajo, dentro del cual la figura de la tercerización es un tema afín.

La ley del trabajo tiene por objeto la protección del trabajo como *hecho social* y la garantía de los derechos de los trabajadores. Esta es la regla rectora del Decreto de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Dlottt), llamado así por el “socialismo del siglo XXI”. Este título es excluyente porque no considera a uno de los sujetos de la relación laboral que es el empleador. Se trata, además, de una ley autoritaria porque no es producto de un diálogo tripartito (Estado, trabajadores y empleadores) sino una imposición del presidente de la república.

El trabajo visto como *hecho social* es de inspiración socialcristiana y el concepto fue expuesto por Rafael Caldera en su mencionado *Derecho del trabajo*. Fue el propio Caldera quien lo incorpora en la ley de 1990. Pero el *proceso social del trabajo* es un concepto acuñado por Carlos Marx, quien lo desarrolla en el capítulo II del libro I de su obra *El capital* (1867).

La noción “trabajo” es el eje central de la obra del filósofo alemán, creador del comunismo. Entonces, a partir de aquí se ve la mezcolanza ideológica en el manejo de los conceptos. La Dlottt -que es una ley de transición hacia el Estado socialista- menciona *el proceso social del trabajo* en 63 oportunidades para dejar bien clara su inspiración marxista.

No obstante, la legislación laboral no puede tener como propósito quebrar ni sancionar empresas productivas. La interpretación de la ley del trabajo debe hacerse teniendo en cuenta el efecto que produce en la economía y en las posibilidades de expansión de la riqueza. La protección de los derechos laborales no es incompatible con ese propósito. Esta idea es necesaria al examinar los casos de *tercerización* que es el tema del trabajo de incorporación del nuevo académico.

El Derecho Laboral venezolano cuenta con juristas notables que han producido una obra de referencia en el Derecho Comparado. Se

puede afirmar sin vacilar que esta es un área del Derecho venezolano con contribuciones originales a la ciencia jurídica en general. Este recorrido se inicia con la publicación de tesis doctoral de Rafael Caldera titulada Derecho del Trabajo (1939) y no ha detenido su expansión con la publicación de estudios monográficos, la realización de congresos y el prestigio del que disfruta la cátedra en varias universidades venezolanas.

En este contexto, el Instituto Venezolano de Derecho Social, ocupa un lugar relevante como promotor de los estudios del Derecho Laboral, por medio de sus congresos anuales. En este trabajo destaca el liderazgo de Juan García Vara, quien fue un juez probo y reconocido al desarrollar una jurisprudencia innovadora. César Carballo Mena es el actual vicepresidente de su junta directiva y ocupa el número 29; y por un juego del destino es el mismo número que pasará a ocupar desde hoy en esta Academia.

La jurisprudencia, por su parte, hizo aportes en el pasado en distintas materias, como, por ejemplo, la simulación del contrato de trabajo, el resarcimiento del daño moral y el trabajador internacional. Jueces destacados como Alberto Martini Urdaneta, Juan Rafael Perdomo, Omar Mora y Alfonso Valbuena consolidaron -cada uno desde sus posiciones ideológicas-, la justicia laboral.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo introdujo la casación de instancia y significó un avance en el Derecho Procesal venezolano. Todo marchó bien porque se mantuvo un equilibrio jurisprudencial, salvo en aquellos casos donde el Estado tenía intereses. Así sucedió con los jubilados de Pdvsa, a quienes se les negaron sus derechos laborales por razones políticas.

Pese a estos importantes antecedentes, la “revolución bolivariana” tiene una visión del Derecho Laboral que merece reflexiones. Un medidor de calidad de la jurisprudencia laboral lo constituye la aceptación o no por parte de la comunidad jurídica especializada de las decisiones jurisprudenciales. Uno de los aportes reconocidos fue lo que ocurrió en el pasado con los casos de simulación del contrato de trabajo. Lamentablemente la situación ha cambiado en vista de la alta politización que afecta al Tribunal Supremo de Justicia (TSJ). La Sala de Casación Social (SCS) antes integrada por laboristas ahora está integrada por

cuatro penalistas y una administrativista Algo que no encuentra explicación lógica, salvo el manejo político de la alta instancia jurisdiccional.

## **EL TRABAJO DE INCORPORACIÓN: TERCERIZACIÓN LABORAL**

El trabajo de incorporación del nuevo académico examina el concepto de *tercerización*, también denominado subcontratación, *outsourcing*, horizontalización o descentralización empresarial, y otros términos equivalentes. Esta monografía se añade a otros estudios sobre el tema<sup>928</sup>.

La tercerización se inscribe dentro del tema más general de la simulación, el cual fue tratado por César Carballo en su tesis doctoral titulada *Relación de trabajo. La técnica del test de laboralidad*<sup>929</sup>, presentada en la Universidad Católica Andrés Bello; tesis que tuve el privilegio de tuturar.

La secuencia de la línea de investigación desplegada por el nuevo académico es impecable: primero examinó la simulación del contrato de trabajo; y luego se adentra en la noción específica de la tercerización. Son dos modalidades de la simulación, desde mi punto de vista. Por eso el trabajo del nuevo Académico es un complemento de sus estudios sobre la simulación del contrato de trabajo en el cual trae nuevos aportes que enriquecen el estudio del Derecho laboral.

<sup>928</sup> ALFONZO GUZMÁN, Rafael: *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo*. 16ª ed. Caracas, Rafael Alfonzo Guzmán, editor, 2016. BONTES CALDERÓN, Irma: “Tercerización o nuevas formas de trabajo. Realidad legislativa venezolana: ¿deben regularse o eliminarse?” *Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Estudios en homenaje a la memoria del profesor Rafael Caldera*. T. I. Caracas, Fernando Parra Aranguren y César Augusto Carballo Mena, editores, Ucab - Fundación Universitas, 2011. HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar: “La tercerización: ¿fraude o forma de descentralización empresarial?”. *Revista Derecho del Trabajo*, N° 16. Barquisimeto, Fundación Universitas, 2013. MARÍN QUIJADA, Enrique: *El galimatías de la tercerización en el DLOTTT*. Caracas, consultado del original, 2012. MUJICA, María Gabriela: Tercerización laboral: una práctica prohibida. En: *La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales*, N° 48. Caracas, UCAB, 2012. PRO RÍSQUEZ, Juan Carlos: *La tercerización y la subcontratación. En el marco del Decreto Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras*. Caracas, Editorial Legis, 2015.

<sup>929</sup> Caracas, UCAB, 2016

## LA SIMULACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La simulación del contrato de trabajo la examina Carballo Mena en su citada tesis doctoral. En ella se adentra en este tema, respaldado por la doctrina extranjera y nacional. Hace especial referencia al *test de laboralidad* para abonar una original interpretación. Explica la evolución de la jurisprudencia nacional en esta materia y los avances de la doctrina.

La simulación tiene varias nociones afines y la tercerización es una de ellas. La norma del artículo 47 del Decreto de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras (Dlottt) los asimila al decir que “se entiende por tercerización la simulación o fraude cometido por el patrono o patronas en general”. En otras palabras: de acuerdo con la propia letra de la ley, la tercerización es una figura afín de la simulación.

Bueno es advertir que el fraude se distingue de la simulación en el sentido que basta que sea unilateral; aquí se percibe una fisura en la redacción de la norma, puesto que en la tercerización siempre existe un negocio jurídico bilateral dentro del esquema de la relación triangular. Así, por ejemplo, en la subcontratación hay una relación entre tres partes: el contratante A, el contratante B, y el C, que es el trabajador. Estas contrataciones no tienen que ser simultáneas, como enseña la doctrina nacional<sup>930</sup>.

En la simulación hay una relación encubierta generalmente civil o mercantil, como lo explica Carballo Mena en su trabajo apoyado en doctrina extranjera. El fraude, por su parte, no se trata de encubrir la realidad “sino que refiere a actos reales que se ajustan, a primera vista, a lo dispuesto por ciertas normas jurídicas”-afirma Carballo- pero dirigidos a transgredir la norma jurídica. En ambos casos, la intención de burlar los derechos de los trabajadores; sin este elemento no habrá ni simulación ni fraude. Por eso Oscar Hernández Álvarez afirma que en los llamados casos de simulación laboral lo que predomina es el fraude porque el patrono impone al trabajador una calificación jurídica a su

---

<sup>930</sup> SAGHY CADENAS, Pedro: *La noción de simulación de contrato. Estudio en Derecho civil francés y venezolanos*. Caracas, Editorial Jurídica venezolana, colección Estudios Jurídicos N° 118, p. Núm. 289, p. 131.

relación “que permite eludir las limitaciones y costos que para el patrono supone la legislación laboral”<sup>931</sup>.

El estudio de la simulación y sus figuras afines encuentra sabias explicaciones en las obras de Francesco Ferrara<sup>932</sup> y José Melich Orsini<sup>933</sup> que estudian la noción central -la simulación- y sus modalidades. La tercerización que regula la Dlottt se añade a lo que ha sido estudiado por los señalados maestros.

La lectura de las enseñanzas de Ferrara y Mélich Orsini se evidencia que lo determinante en toda manifestación de la simulación es el *animus nocendi* (intención de defraudar). Si no se evidencia empíricamente este ánimo de engaño no hay simulación.

José Mélich Orsini entiende que en la simulación hay una declaración dirigida a producir una apariencia, en la cual las partes contratantes “fingen la existencia de un negocio jurídico sin tener en absoluto la intención de que tal negocio produzca efectos vinculatorios entre ellas”<sup>934</sup>. En la simulación, según este sabio, siempre está presente la voluntad de engañar.

Resulta claro que las relaciones encubiertas alteran el objeto verdadero del contrato de trabajo. Por otra parte, el negocio simulado, en su sentido jurídico, es aquél que tiene “una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de cómo aparece”<sup>935</sup>, aunque en el caso que nos ocupa -de relaciones encubiertas- sólo una de las partes (el patrono) pretende “engañar” para evitar la aplicación de la legislación laboral.

En el caso de la tercerización el patrono con ánimo de engaño encuentra un cómplice (el subcontratista) en el mecanismo engañoso. Sin embargo, esto solo aplica en los excepcionales casos en que se acuda a la subcontratación para vulnerar derechos de los trabajadores.

<sup>931</sup> “Relaciones de trabajo encubiertas. Su tratamiento en el Derecho Laboral venezolano”. En: *Ensayos laborales*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos, N° 12, p. 389.

<sup>932</sup> FERRARA, Francisco: *La Simulación de los Negocios Jurídicos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, tr. Rafael Atard y Juan A. de la Puente, reimpresión, 1960, p. 43

<sup>933</sup> “La noción de la simulación y sus afines”. En: *Estudios de Derecho Civil*. Caracas, Ediciones Fabretón, primera edición, 1974

<sup>934</sup> *Ibid.*, p. 351.

<sup>935</sup> FERRARA: Ob.cit, p. 43.

El vocablo simulación ha sido utilizado por la jurisprudencia venezolana para referirse a este tema de relaciones encubiertas. En efecto, la sentencia de la Sala de Casación Social (SCS) número 61 del 16.03.2000 se apoya Rafael Caldera al consignar uno de las razones de su decisión de considerar trabajadores a los distribuidores (o revendedores) de cervezas<sup>936</sup>. Este criterio fue modificado posteriormente en sentencia de la SCS N° 1448 del 23.11.04 en la cual concluyó que los distribuidores de cerveza de la empresa Polar no son trabajadores.

De acuerdo con los casos decididos por la jurisprudencia venezolana, determinar la verdadera relación subyacente de una aparente relación laboral funciona en dos direcciones: (i) para determinar la relación laboral encubierta con una relación civil y/o mercantil y, al revés, (ii) para detectar una relación civil y/o mercantil que late en el fondo de una relación laboral. Y esto se hace por medio del *test de laboralidad*, el cual es el método empleado para dilucidar los casos en los que se alega simulación del contrato de trabajo.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaboró el método para determinar cuándo hay o no una relación laboral (recomendación 198), el cual es el fundamento del test de laboralidad venezolano. En puridad esta metodología se desarrolló jurisprudencialmente en diversos países y la OIT la sistematizó. Así ocurrió con el haz de

---

<sup>936</sup> Así lo expone la citada sentencia N° 61 con apoyo en la obra, Derecho del Trabajo de Rafael Caldera:

“En relación con la simulación del contrato de trabajo, el Doctor Rafael Caldera, señala: “Las diversas medidas de protección que establece la ley a favor de los trabajadores, que se traducen no sólo en cargas económicas sino en limitaciones de la libertad de acción para quien los emplea, hace frecuentes en el Derecho Laboral las tentativas de evadir sus normas; lo que generalmente se busca tratando de encubrir la existencia real del contrato de trabajo con la apariencia simulada de otro negocio diferente.

A veces se da a la relación laboral la apariencia de una relación mercantil. Cuando los servicios del trabajador se ejercitan vendiendo al público los productos de una industria determinada, se trata a menudo de dar al contrato la forma simulada de una compraventa comercial: en apariencia, el trabajador no es sino un comerciante que adquiere unos productos para revenderlos. Sin embargo, las modalidades que acompañan a ese contrato simulado: el hecho de la reventa por la persona misma del revendedor: la exigencia, por ejemplo, de revender dentro de determinado radio, en determinadas condiciones y bajo la vigilancia de la empresa, sirven frecuentemente para demostrar la existencia de un nexo de dependencia característico del contrato de trabajo. (CALDERA, R. “Derecho del Trabajo”, Tomo I, Segunda Edición, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1960, pp. 279-280)”.



indicios en Francia. Se trata de la utilización de elementos probatorios para identificar la condición de trabajador. Es un método preciso que aplicado con imparcialidad permite administrar justicia. Hasta el año 2014 la jurisprudencia en esta materia era predecible.

## LA TERCERIZACIÓN

La denominada *tercerización* está prevista en el artículo 47 del Dlottt, y el listado de modalidades está regulada en su artículo 48. La ley laboral vigente parte de la prejuiciada idea de que las modalidades de subcontratación laboral constituyen simulación o fraude en un grupo de casos que la propia ley menciona.

De acuerdo con el mencionado artículo 47 Dlottt la tercerización supone “la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral”; es decir, si no hay *animus nocendi*, entendido como el propósito de burlar los derechos de los trabajadores, no hay simulación, ni tampoco fraude. Esta noción la desarrolla con claridad el nuevo académico en su trabajo de incorporación.

Por otra parte, no puede haber ni simulación ni fraude si hay un responsable que haga frente a los derechos de los trabajadores. La situación se presenta cuando un patrono subcontrata con terceros –quienes cuentan con sus propios elementos empresariales- distintas etapas del proceso de producción. El objeto de esta estrategia es –presumiblemente– optimizar la productividad y aumentar las ventajas competitivas. En estos casos no hay simulación ni fraude, el propósito es noble y no se pretende esquivar los derechos laborales.

Mención especial merece el método examinado por Carballo Mena para determinar el propósito engañoso por medio de la subcontratación. En este sentido propone el llamado *test de indicadores de laboralidad* elaborado por la jurisprudencia de la SCS en su sentencia 489/13.08.2012, al cual se debe añadir el *test de unicidad empresarial* integrado por los indicadores desarrollados por la administración y la doctrina.

Los indicadores del último test se agrupan en torno a los presupuestos de disponibilidad de “factores humanos, materiales e inmateriales”

y “organización autónoma” de la actividad empresarial. Se trata de un aporte original del autor para resolver los casos de tercerización dudosos que podrían caer en la denominada *zona gris* del Derecho laboral.

Con esto se trata de resolver si hay o no prestación personal y la autonomía entre los patronos involucrados en la subcontratación. Todo esto constituye un valioso aporte de César Carballo en el estudio de la tercerización y en la determinación de la existencia o no del ánimo de engaño. Integra, además, sus estudios sobre la simulación del contrato de trabajo con los de la tercerización y diseña un nuevo método para determinar cuándo estamos en uno u otro caso.

Sobre este aporte del nuevo académico se puede establecer un criterio sencillo para distinguir los supuestos de simulación de la relación de trabajo con los de la tercerización, a partir de los mencionados test. Para la simulación o fraude destinados a encubrir la relación de trabajo funciona el test de indicadores de laboralidad; para la tercerización que implica múltiples sujetos que se arrogan –real o ficticiamente- el poder de organización de la actividad empresarial, se añade el *test de unicidad empresarial* que se puede llamar, en mi opinión, *test de patronos múltiples o de relaciones triangulares*. Este último aplica en el caso de que hayan, al menos, tres partes involucradas: dos contratantes y el trabajador.

Este es un aporte original y útil para resolver en los casos concretos los casos de relaciones encubiertas bien sea de simulación, fraude y de subcontratación o tercerización.

## **BREVE REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA LABORAL**

El Dlottt señala que la norma de dicho cuerpo normativo se debe interpretar de acuerdo con “el ideario Bolivariano, Zamorano y Rob-insonian”, lo que constituye una modalidad de interpretación jurídica desconocida por el Derecho Comparado y sería risible si no fuese porque fue incorporada en tan importante cuerpo normativo. Esta norma tal vez fue incluida por un burócrata con una confusión intelectual debida a una lectura mal digerida de la biografía titulada *Tiempo de Ezequiel Zamora* (1996), del historiador marxista Federico Brito Figueroa.

En la interpretación de las leyes laborales, al contrario de lo que dice el Dlottt, debe usarse, entre otros criterios de interpretación, las reglas del *análisis económico del Derecho*, buscando siempre el sentido de eficiencia de la norma jurídica.

En materia laboral hay que ponderar los derechos de los trabajadores sin sacrificar la expansión y desarrollo de la empresa, para hacerla tan competitiva como las empresas de otros países. Así, por ejemplo, cuando se decretan aumentos salariales no se considera el impacto que estos producen: contribuciones o cotizaciones, recargos por jornadas nocturnas o extraordinarias, beneficios de carácter no remunerativo como como el *ticket* de alimentación; además del impacto en las prestaciones sociales y otros conceptos. No es solo el aumento del salario sino todo un paquete de aparentes beneficios que pueden desajustar los planes de crecimiento de las empresas. La improvisación en estos ajustes salariales constituye un carburante adicional para la inflación.

En el mundo moderno esta modalidad está en expansión y a nadie se le ocurre pensar en limitarla o fulminarla. Si China, país comunista, hubiese aplicado esta norma de la legislación laboral del “socialismo del siglo XXI”, no habría convertido su economía en unas de las de mayor crecimiento en los tiempos recientes. Tampoco lo hacen los rusos, ni los nicaragüenses, ni ecuatorianos, ni bolivianos. En Bolivia se permite la tercerización, salvo para realizar tareas “propias y permanentes al giro” de la empresa. Pero en Venezuela, se reprime en las distintas modalidades que señala el artículo 48 del Dlottt.

Resulta curioso que la Dlottt pretende reprimir la *subcontratación* o *tercerización* cuando las empresas del sector público son las que más la practican como modalidad en su ejercicio empresarial. Si se revisan las operaciones de Pdvsa, se comprobará la veracidad de esta afirmación: en el sector petrolero es la tercerización la regla cotidiana. Igual sucede con las empresas de Guayana. Entonces, ¿por qué prohibirla a la empresa privada?

En todos los temas laborales debe ponderarse el sentido de eficiencia económica sin sacrificar los derechos de los trabajadores. El derecho a un trabajo digno se protege estimulando la expansión empresarial y la libertad económica. Cada vez que se aplica una norma o política laboral hay que considerar los efectos negativos que pueda producir

en la economía en general y en los trabajadores en particular. Las restricciones y sanciones diseñadas por el fanatismo ideológico solo traen miseria y atraso. El caso venezolano ha sido un buen ejemplo de ello.

## EL PERFIL LITERARIO DEL NUEVO ACADÉMICO

El origen de nuestra Corporación es la Academia Francesa, fundada por Luis XII en 1635. Esta nació como una tertulia entre amigos para comentar obras literarias. El Cardenal Richelieu, al tanto de estas reuniones, propuso que las mismas se hiciesen en público. Así nació la Academia francesa. Este origen marca la importancia de la literatura con la Academia.

Además, la literatura es un instrumento necesario para el Derecho porque contribuye a expandir la capacidad creativa del abogado. La relación entre *Literatura y Derecho* se ha consolidado en Europa y en América. Por eso es importante señalar que el nuevo académico es un jurista con vocación literaria, como lo demuestra su interés por la poesía. Eso explica la claridad de su estilo gramatical y la capacidad creativa al interpretar nociones jurídicas.

Entre sus autores preferidos están Jorge Luis Borges, Albert Camus, Ernesto Sábato, José Saramago y Franz Kafka. No escapa el gran Miguel de Cervantes y su obra magna: *don Quijote*.

Mención especial merece la obra del gran escritor francés Michelle Houellebecq, tanto su poesía como sus novelas; entre ellas: *Las partículas elementales*, *La posibilidad de una isla*, *Ampliación del campo de batalla*, *Plataforma*, *El mapa y el territorio* (Premio Goncourt) y *Sumisión*.

En lo que atañe a escritores latinoamericanos es lector de: Fernando Vallejo, Mario Bellatin, Rodrigo Fresán y Jorge Volpi. Entre los venezolanos se pueden mencionar: Rómulo Gallegos, Mariano Picón Salas y los poetas José Antonio Ramos Sucre, Rafael Cadenas, Eugenio Montejo, Guillermo Sucre y Armando Rojas Guardia.

El nuevo académico tiene un estilo literario claro y directo, sin palabras rebuscadas, como le gustaba a Jorge Luis Borges y a Juan Rulfo. Es diestro en el manejo de las preposiciones y de los adjetivos.

Tiene sensibilidad artística como se evidencia de su pasión por la fotografía. No en balde expuso al alimón con su gran amigo Mario Trivella un trabajo fotográfico que recoge las imágenes de la celebración del día de muertos en Oaxaca, México. Todo esto evidencia que el nuevo académico es un humanista integral.

## **BIENVENIDA**

Recibe hoy la Academia a un jurista y ciudadano ejemplar por sus convicciones republicanas, valores familiares, vocación intelectual y compromiso con del Derecho Laboral.

Doctor César Carballo Mena: la Academia de Ciencias Políticas y Sociales lo recibe hoy en su seno en la seguridad de que su talento seguirá enriqueciendo a la Corporación tal como lo hizo su predecesor, Gonzalo Parra Aranguren.

En nombre de mis colegas académicos y en el mío propio le doy la bienvenida.

Caracas, 5 de diciembre de 2017

# **TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN**

**LA JUSTICIA PENAL EN VENEZUELA BAJO  
EL ESTADO DUAL Y EL DERECHO PENAL  
DEL ENEMIGO. ANÁLISIS DE UNA REALIDAD  
QUE AFECTA LOS DERECHOS HUMANOS.  
PROF. FERNANDO M. FERNÁNDEZ.**

## I. INTRODUCCIÓN

En este papel de trabajo<sup>937</sup> explicamos algunos de los problemas del sub-sistema judicial penal venezolano y, en general, del derecho penal material. O sea, el que se expresa en la política criminal y las actuaciones persecutorias de las autoridades de investigaciones y los tribunales penales, luego de haberse instaurado en Venezuela un Estado Dual con el propósito de eliminar la democracia “burguesa” e implantar el modelo del llamado Socialismo del Siglo XXI, mediante la aplicación de lo que en doctrina se denomina “el derecho penal del enemigo” contrario al derecho para el amigo<sup>938</sup>, como formas operativas de la política criminal oficial, bajo el supuesto de la existencia de una “guerra económica” o no convencional, declarada oficialmente por el Jefe de Estado<sup>939</sup>, como continuación de lo que el extinto Presidente

<sup>937</sup> Esta investigación ha sido realizada gracias a la solicitud de la ONG Acceso a la Justicia, por medio de su Directora Laura Louza, a quien el autor agradece la oportunidad brindada de profundizar en este tema. Ver nota de prensa: <https://www.lapatilla.com/site/2017/06/12/acceso-a-la-justicia-la-figura-del-enemigo-interno-como-politica-de-estado-en-venezuela/>

<sup>938</sup> La lógica del derecho para el amigo se encuentra en la instauración de una política benévola con los delitos, irregularidades administrativas y vicios de los relacionados con el grupo dominante en el poder. Se trata del nepotismo, el favoritismo, el amiguismo, el compañerismo y una serie de epítetos más para quienes se es complaciente y tolerante en temas como la corrupción y la delincuencia organizada, entre otros. Sobre estos temas ya adelantamos unos trabajos complementarios de éste sobre el derecho penal del enemigo, a saber: *Contra la Corrupción*, editado por LIVROSCA. Caracas, 2016; *El Estado como botín*. Observatorio del delito Organizado. Caracas, 2017. Disponible en versión electrónica en: <http://observatoriodot.org.ve/cms/index.php/item/186-el-estado-como-botin>; *Delitos monetarios y delincuencia organizada*. Observatorio del delito Organizado. Caracas, 2016. Disponible en versión electrónica en: <http://observatoriodot.org.ve/cms/index.php/item/181-delitos-monetarios-y-delincuencia-organizada>; y *Materiales de sangre*. Observatorio del delito Organizado. Caracas, 2016. Disponible en versión electrónica en: <http://observatoriodot.org.ve/cms/index.php/item/83-materiales-de-sangre>

<sup>939</sup> Maduro pide a militares prepararse para “guerra no convencional” Disponible en: <http://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/venezuela-es/article49450975>.



Chávez llamó la “guerra asimétrica<sup>940</sup> o de cuarto nivel”. Basado en estas premisas, existe un estado de excepción y emergencia económica que ha prorrogado varias veces de forma injustificada en contra de las normas expresas de la Constitución y de lo que aconseja la lógica y buenas prácticas de la gobernanza en una república democrática en el Tercer Milenio y la globalización. En tal sentido, se trata de identificar la flagrante persecución y violación de derechos humanos de quienes no tienen la capacidad de resistir los ataques emanados desde el Estado en el uso abusivo de la coacción y la violencia legal, basado en la concepción bélica de la emergencia y excepcionalidad permanentes. Todo ello, en flagrante violación del Estado de Derecho<sup>941</sup>.

Con el término Estado Dual queremos expresar 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. Ese dualismo expresado en dos formas de Estado coexistentes y en conflicto, se evidenció desde el inicio de la Constitución de 1999 con la consigna política polarizante en extremo “Patria, socialismo o muerte” suscrita por el entonces jefe de Estado, Hugo Chávez Frías<sup>942</sup>.

---

html y “Maduro: Venezuela derrotará el modelo de guerra económica, pase lo que pase, en 2017-2018”. Disponible en: <http://mppic.gob.ve/2016/12/09/maduro-venezuela-derrotara-el-modelo-de-guerra-economica-pase-lo-que-pase-en-2017-2018/>.

<sup>940</sup> Chávez muestra parte de cómo se aplica su guerra asimétrica. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=p-w-bjeJBA0>. También ver: BARTOLOME, Mariano: *Las guerras asimétricas y de cuarta generación dentro del pensamiento venezolano en materia de Seguridad y Defensa*. Disponible en: [https://www.academia.edu/4857337/\\_2008\\_Las\\_guerras\\_asim%C3%A9tricas\\_y\\_de\\_cuarta\\_generaci%C3%B3n\\_dentro\\_del\\_pensamiento\\_venezolano\\_en\\_materia\\_de\\_Seguridad\\_y\\_Defensa?auto=download](https://www.academia.edu/4857337/_2008_Las_guerras_asim%C3%A9tricas_y_de_cuarta_generaci%C3%B3n_dentro_del_pensamiento_venezolano_en_materia_de_Seguridad_y_Defensa?auto=download)

<sup>941</sup> FERNÁNDEZ, Fernando M. (Coordinador) y otros: Fortalecimiento del Estado de Derecho. Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE). Caracas, 1990.

<sup>942</sup> El Presidente Chávez define la Frase Patria Socialismo o Muerte. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=-6IIgRXN-zM>. Ver también: ROLDAN, Pablo: “Patria, socialismo o muerte” su significado real. “A saber, Chávez es un demagogo con una terrible sed de poder que conduce a las pobres, analfabetas e ignorantes masas venezolanas por donde le da la gana con una mezcla de florida retórica revolucionaria y antiimperialista y algunas migajas de los ingresos petroleros del Estado...” Disponible en: <http://www.marxist.com/venezuela-patria-socialismo-muerte.htm>. Además: “...Partiendo del ejemplo válido venezolano la frase ¡Patria, Socialismo o Muerte! proviene de la respuesta ¡La Patria es Primero! que Vicente Guerrero, patricio mexicano dio a su padre, quedando inscrita así en la historia mexicana con esta contestación y quien rechazó además la influencia ejercida por él. Esta frase de Vicente Guerrero dio origen a otra frase ¡Patria o Muerte! cuando los mexicanos combatieron contra los Estados Unidos en la guerra de 1847, según el autor

Esta expresión radical expresó, desde entonces, una clara intención de ir en contra de la democracia, a pesar de no haberla derogado totalmente ni haberla sustituido de forma violenta con la fuerza militar, tal como se pretendió con el golpe fallido de 1992 contra el presidente Carlos Andrés Pérez.

Entre las expresiones de oposición a esta pretensión se deben mencionar las advertencias hechas por los Magistrados Jesús Eduardo Cabrera y Pedro Rondón Haaz<sup>943</sup> en sus votos salvados<sup>944</sup> a una sentencia

---

Eulalio Ferrer. Otra frase que ha sido adaptada al momento político es la utilizada seguramente por Fidel Castro, con su ¡Patria o Muerte! Otras series de variantes de estas frases, son por ejemplo, la expresada por Salvador Allende quienes sus seguidores manifestaron ¡Chile o Muerte! Los Montoneros argentinos en 1975 lo convirtieron en ¡Perón o Muerte! Y hoy día, se recuerda perfectamente la frase evocada por el Ché Guevara con su ¡Socialismo o Muerte! inspiración que le ha servido al presidente Chávez, líder mundial, de manifestación discursiva en propaganda ante el mundo y muy fervientemente ante el imperialismo: ¡Patria, Socialismo o Muerte. Venceremos!...” En: CASTILLO, Johanna: *¿De dónde se extrae: Patria, Socialismo o Muerte?* Disponible en: <http://www.aporrea.org/ideologia/a42395.html>

<sup>943</sup> Dijo así el Magistrado Rondón Haaz: “Asimismo, de otra parte, el Proyecto persigue un cambio radical del sistema de economía social de mercado que recoge la vigente Constitución de 1999, y establece un modelo de economía socialista a través de la promoción, por parte del Estado, de un *“modelo económico productivo, intermedio, diversificado e independiente, fundado en los valores humanísticos de la cooperación y la preponderancia de los intereses comunes sobre los individuales, que garantice la satisfacción de las necesidades sociales y materiales del pueblo, la mayor suma de estabilidad política y social y la mayor suma de felicidad posible”* (artículo 112 del proyecto). En este sentido, el proyecto no reconoce expresamente, como sí lo hace la Constitución de 1999, el derecho fundamental a la libertad económica; da preponderancia a la iniciativa pública sobre la iniciativa privada, a la iniciativa comunitaria sobre la individual, y condiciona cualquier iniciativa pública, mixta, comunal o privada, al desarrollo de ese nuevo modelo económico socialista. En definitiva, se trata de la sustitución del Estado social y democrático de derecho y de justicia que recogió el vigente artículo 2 constitucional (*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*), por el de un Estado socialista que es, a grandes rasgos, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, lo que evidencia una transformación radical del Estado y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico que escapa, a todas luces, de los parámetros que, para la reforma constitucional, impone el artículo 342 de la Constitución y cuya concreción exige, de conformidad con el artículo 347 *eiusdem*, una Asamblea Nacional Constituyente...” Sentencia disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2204-271107-07-1625.HTM>

<sup>944</sup> Dijo así el Magistrado Cabrera en su voto salvado: “...un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de

de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (“SC”), que apuntaba en el sentido de fortalecer al Estado Dual e instalar el socialismo en Venezuela sin cambiar la Constitución.

De su parte, el derecho penal del enemigo absoluto o sustancial<sup>945</sup>, el “enemigo de clase”, es la fórmula usada por el gobierno y sus administradores para perseguir a sus oponentes y disidentes, como si se tratase de una guerra sin reglas jurídicas y se encontraran frente a fuerzas hostiles, por lo que se auto-justifica una política letal de terrorismo<sup>946</sup> de Estado, durante la denominada “guerra económica” donde el enemigo absoluto debe ser eliminado, exterminado, aniquilado, neutralizado, destruido o desaparecido. Esa muerte puede ser civil o física. Hasta ahora se ha aplicado, preferentemente, la muerte civil que consiste en la destrucción sistemática y generalizada de derechos, se trata de ataques

---

producción, como lo es básicamente el socialista, en sus distintas concepciones, cual es el propuesto en el Proyecto de Reforma, chocaría con lo que quien suscribe, y la propia Sala, era considerado Estado Social, y ello -en criterio del disidente- puede afectar toda la estructura y los principios fundamentales del Texto Constitucional, hasta el punto que un nuevo ordenamiento jurídico tendría que ser creado para desarrollar la construcción del socialismo. No es que Venezuela no puede convertirse en un Estado Socialista. Si ello lo decide el pueblo, es posible; pero a juicio del voto salvante, tal logro sería distinto al que la Sala ha sostenido en el fallo de 24 de enero de 2002 (Caso: Créditos Indexados) y ello conduciría no a una reforma de la Constitución sino a una nueva Constitución, la cual debería ser votada por el Poder Constituyente Originario”. (Ver texto completo de la sentencia en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2042-021107-07-1374.htm>)

<sup>945</sup> “El contexto a partir del cual Schmitt habría desarrollado la categoría de *enemigo sustancial*, aunque sin mencionarla, es la interpretación que dio al contenido de las leyes sancionadas en Núremberg el 15 de septiembre de 1935. A partir de la aparición de estas leyes, Schmitt escribirá un artículo y dará una conferencia para justificar la necesidad de las mismas. No resulta superfluo recordar que el 10 de septiembre de 1935 se reunió en la ciudad de Núremberg el Congreso del Partido Nacional-Socialista. Por disposición de Hitler el *Reichstag* se traslada allí para llevar a cabo sus sesiones parlamentarias y es en ese marco en el cual se aprueban una serie de leyes que conforman parte del *corpus* de legislación racial. Entre las leyes decretadas, se encuentran una referida a la *Bandera del Reich*, una de *Derechos Civiles* y otra destinada a la *Protección de la Sangre y el Honor Alemanes...*” En SARAVIA, Gregorio: CARL SCHMITT: *VARIACIONES SOBRE EL CONCEPTO DE ENEMIGO*. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, n° 15, enero 2012, ISSN 1698-7950, página 7. Disponible en: <http://universitas.idhbc.es/n15/15-07.pdf>

<sup>946</sup> Hace varias décadas se llamó “terrorismo judicial” a la persecución de inocentes mediante el mal uso de los tribunales penales, con los fines de extorsionar o castigar a un adversario, pero era un abuso entre particulares. Hoy en día es otra cosa. Ver: FERNÁNDEZ, Fernando M. (Coordinador) y otros: *Reformas Inmediatas del Poder Judicial. Cuadernos para la discusión*. Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE). Caracas, 1987.

de persecución, encarcelación, aislamiento, tortura y desaparición forzada por lo que es el enemigo, no por lo que hace. Las maneras de aplicar esta política son mediante el uso desmedido y abusivo del derecho administrativo y penal mediante las instituciones policiales y judiciales.

Debe recordarse que la historia de las grandes masacres y democidios (Rummel, 1990)<sup>947</sup> ocurridas desde la Revolución de Octubre en 1917 con la instauración de la “dictadura del proletariado” según el marxismo-leninismo en contra de los enemigos de clase comenzó siempre con la muerte civil, lo cual condujo, un tiempo después, al desencadenamiento de los hechos materiales: matanzas, asesinatos y exterminio, lo cual sería un posible paso más adelante de enemistad y guerra total<sup>948</sup>. Por eso es tan importante prevenir que haya una escalada en las atrocidades.

En este papel de trabajo queremos, además, responder a las interrogantes que tiene el ciudadano común, las Organizaciones No Gubernamentales (“ONG”) y otros actores sociales de otras jurisdicciones para entender lo que ocurre con las cada vez mayores en número, y también peores en gravedad, violaciones masivas, sistemáticas y generalizadas de derechos humanos en Venezuela. Se trata de identificar la comisión de crímenes de lesa humanidad, según lo que tipifica el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Elementos de los Crímenes. En tal sentido, conviene adoptar recomendaciones como las que hace la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”), la cual ha diseñado un instrumento que permite prevenir la posibilidad de que se cometan crímenes atroces<sup>949</sup> en cualquier país, lo que puede servir de

<sup>947</sup> Se calcula que desde 1917 a 1987 hubo 61.911.000 muertes como efecto directo del régimen comunista soviético. Ver: RUMMEL, R.J.: *Lethal Politics: Soviet Genocide and Mass Murder Since 1917*. New Brunswick, N.J.: Transaction Publishers, 1990. Disponible en: <https://www.hawaii.edu/powerkills/NOTE4.HTM>. En el mismo sentido, durante la Era del Terror (1917-1922) bajo el mandato de Lenin se calculan 3.650.000 muertos de los cuales muchos lo fueron por hambruna y por asesinatos producidas por la policía secreta la Cheka. Ver: <https://www.hawaii.edu/powerkills/USSR.TAB2A.GIF>

<sup>948</sup> SCHMITT, C.: *Enemigo Total, Guerra Total, Estado Total*, [1937], Traducción de Angelika Scherp, en *Carl Schmitt, Teólogo de la Política*, Prólogo y selección de textos de Héctor Orestes Aguilar, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

<sup>949</sup> “Todos tenemos la responsabilidad de preguntarnos qué podemos hacer para proteger a las poblaciones de los crímenes internacionales más graves: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Estos crímenes siguen cometándose en muchos lugares

herramienta a ser usada en Venezuela para evitar males mayores que los que ya acontecen.

- La conclusión general es la siguiente: a partir de ciertas debilidades del sistema sociopolítico identificables en la Constitución aprobada por una exigua votación de 2 millones de votantes, desde el año 2007 se ha venido creando un sistema dualista de Estado (Estado Dual), que consiste en un paralelismo que se expresa en (i) un primer paradigma formal de Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho y de Justicia (para resumir “Estado Social de Derecho”) configurado en la Constitución, en antagonismo con (ii) el modelo socialista o comunista. Se trata, entonces de los antípodas en paralelo: Estado de Derecho vs. Estado Unitario; y Estado Social vs. Estado Socialista; democracia vs. dictadura del proletariado; según se refiera, en primer lugar, a las instituciones jurídico políticas y los derechos humanos civiles y políticos; y, en segundo término, al plano de las políticas sociales y económicas. Las repercusiones de esa rivalidad conflictiva en paralelo interfieren en el Poder Judicial e impide que los jueces sean independientes. En el campo penal, que es el primordial en materia de la tutela de los derechos civiles y políticos, el problema se acrecienta de forma exponencial: se vuelve catastrófico.
- Ya en los inicios de la nueva Constitución de 1999 que derogó la de 1961 (ambas concebidas como propias del Estado Social de Derecho, junto a su precedente de 1947) se podía avizorar la potencialidad riesgosa de desviar y reinterpretar la Carta Magna para hacer de toda ella otro texto con otro significado al imponer el Estado Unitario Socialista<sup>950</sup>, bajo los amplios

---

del mundo. Aunque actualmente la exigencia de responsabilidades es la norma cuando se cometen estos crímenes, la impunidad es demasiado común. Podemos y debemos hacer más, mucho antes, para salvar vidas y evitar que las sociedades se derrumben y se suman en una violencia horrible...” Ban Ki Moon. Naciones Unidas: *Marco de análisis para crímenes atroces. Una herramienta para la prevención. Prefacio*. Disponible en: [http://www.un.org/es/preventgenocide/adviser/pdf/Framework%20of%20Analysis%20for%20Atrocity%20Crimes\\_SP.pdf](http://www.un.org/es/preventgenocide/adviser/pdf/Framework%20of%20Analysis%20for%20Atrocity%20Crimes_SP.pdf)

<sup>950</sup> “Se trata de un nuevo concepto de Estado la compenetración, es el Estado social, el Estado comunal, ya no es el Estado burgués que arremetía contra el pueblo, que saqueaba

poderes presidencialistas que prevé el texto constitucional y, además, con la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (“SC del TSJ”). Si el Poder Ejecutivo la controlaba, podría ejercer el poder de forma absolutista y totalitaria, tal como ha acontecido de forma palmaria en el esfuerzo de instalar paulatinamente<sup>951</sup> la dictadura del proletariado.

- Como quiera que en el concepto de Estado Dual se trata de dos modelos de Estado antagónicos que existen en paralelo, el derecho público, en general, y el derecho penal en particular se apoyan en la doctrina del derecho penal del enemigo<sup>952</sup>, para lo cual se diseñan normas y políticas radicales y discriminatorias. El enemigo es aquél que se identifica por lo que es, por su naturaleza, no por lo que hace. El enemigo no es un competidor ni un adversario, opositor o rival, considerados estos como iguales entre sí. El enemigo es desigual, antagónico, una amenaza para la propia existencia, el opuesto por su naturaleza, sustancia o esencia. En tal sentido, el trato que se le dispensa es el de la enemistad, como en una guerra. El enfrentamiento con el enemigo implica lograr su destrucción, su aniquilamiento, su extinción. Por el contrario, el amigo es el aliado y, muchas veces, el cómplice.

---

al pueblo, que reprimía al pueblo, que explotaba al pueblo y enriquecía a un sector, a las minorías, a la oligarquía, a la burguesía nacional y al imperialismo. Este es un Estado cada día más antiimperialista, popular, comunal. Unido, pero hasta las entrañas, con el pueblo. Y el pueblo cada día más organizado, cada día más consciente, cada día más dinamizado en el poder popular, en el poder popular constituyente, en el poder comunal. *“El socialismo es eminentemente democrático. Así que el Estado democrático y social de derecho y de justicia es perfectamente el marco y el cauce o el azimut, como queramos llamarlo, para construir la vía venezolana hacia el socialismo, el socialismo bolivariano; y bueno, los valores superiores del ordenamiento jurídico”*. Estuvieron disponibles en: (<http://www.aporrea.org/actualidad/a39870.html> y [http://www.minci.gob.ve/alocuciones/4/11842/juramentacion\\_del\\_consejo.html](http://www.minci.gob.ve/alocuciones/4/11842/juramentacion_del_consejo.html))

<sup>951</sup> A diferencia de los casos conocidos desde la revolución de octubre en 1917 con Lenin y luego con Mao, Castro, Pol Pot y Allende, entre otros, quienes impusieron las ideas marxistas de la dictadura del proletariado de golpe y a la fuerza, en el caso venezolano se trata de un proceso paulatino que lleva y 18 años y no ha terminado de establecerse con la crudeza de los ejemplos anteriores debido, entre otros factores, a la fuerte oposición interna y a la presión internacional.

<sup>952</sup> SCHMITT, Carl: *El concepto de lo político*. 1932. Disponible en: <https://revistanotaalpie.files.wordpress.com/2014/05/86263651-carl-schmitt-el-concepto-de-lo-politico.pdf>

- El Estado Dual está dirigido para gobernar sobre una sociedad dual, dividida y polarizada. Esta operación realizada de forma intencional es imprescindible a esos fines. Desde Julio César pasando por Maquiavelo hasta Kant es conocido el esquema “divide y vencerás” (*Divide et vincere; divide et impera; divide et reigna*) como una técnica de gobierno y dominio hegemónico sobre la población. La división de la sociedad se basa en la definición de los amigos, a quien se le reconocen derechos, garantías y privilegios; y los enemigos, para quienes hay menos derechos o ninguno pero sí muchos castigos, amenazas y demonizaciones por medio de las investigaciones, medidas cautelares, detenciones arbitrarias y sanciones penales extremas. De allí nace el derecho del enemigo, concebido como la restricción o eliminación de derechos por vía administrativa o penal. En este ensayo, identificaremos la dimensión penal del enemigo sustancial, tanto en lo procesal como en lo sustantivo. La mayoría de los casos, sino todos ellos, se evidencian por la persecución por la vía de los organismos policiales y tribunales penales o militares mediante la masificación de la detención arbitraria y, en general, la encarcelación y tortura de los “enemigos” en franca violación de los estándares internacionales como las Reglas Mandela<sup>953</sup> en centros inadecuados: el nuevo gulag. En el derecho penal del enemigo la víctima no es un adversario que compite en forma igualitaria por el poder.
- El Estado Dual también se apoya en una economía dual del sistema del botín en favor de los “amigos”, de manera descomunal a la vez, signada por la corrupción<sup>954</sup>, la devaluación y la inflación: los peores impuestos que sufre una sociedad. El dualismo económico se expresa en un sistema formal de pagos aparen-

<sup>953</sup> “**Principios fundamentales.** *Regla 1* Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes. Ver: ONU: *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* (Reglas Mandela).

<sup>954</sup> FERNÁNDEZ, Fernando M.: *Contra la corrupción*. Editorial LIVROSCA. Caracas, 2016.

te de empresas y ciudadanos, pero desequilibrado por el control de cambios y en permanente desasosiego y persecución de los factores económicos: empresas, empresarios y sus empleados. De otra parte, la economía comunal regida por más de un centenar de leyes comunales<sup>955</sup> nacidas bajo 7 leyes habilitantes y 4 estados de excepción y emergencia, incluida la moneda comunal, fachada del hombre nuevo comunista y expresión del gran fraude ideológico. Pero, sin duda, el dualismo económico se expresa en la economía del crimen organizado, la cleptocracia, la extorsión administrativa (concusión), el tráfico de drogas, personas, billetes, materiales estratégicos, mercancías y armas, así como la corrupción, son las que llevan la mejor tajada.

## II. MARCO CONCEPTUAL DEL ESTADO DUAL

Hemos llamado Estado Dual a esta forma jurídico-política paralela, haciendo uso de la descripción que hizo Carl Schmitt y que más recientemente ha desarrollado Giorgio Agamben (2003<sup>956</sup>) para explicar la conformación de dos modelos de Estado que funcionan en simultáneo, pero que son contradictorios y antagónicos en esencia, (1) uno formal y constitucional que plasma el modelo alemán y europeo del Estado Social de Derecho<sup>957</sup>; y (2) el otro, legal pero inconstitucional que desarrolla de forma paralela el modelo utópico del Estado Socialista,

<sup>955</sup> Hay que advertir el lector que tales leyes comunales distan mucho de ser las normas que rigen en las comunas autogestionarias en ambientes democráticos. En efecto, la variante venezolana es una adaptación copiada de los soviets de la URSS, de China y Cuba dependientes del poder central, sin autonomía alguna, sin mecanismos de control de la corrupción ni de rendición de cuentas transparentes a pesar del enorme financiamiento público que ha tenido. Ver: [https://es.wikipedia.org/wiki/Ministerio\\_del\\_Poder\\_Popular\\_para\\_las\\_Comunas\\_y\\_Protecci%C3%B3n\\_Social](https://es.wikipedia.org/wiki/Ministerio_del_Poder_Popular_para_las_Comunas_y_Protecci%C3%B3n_Social); <https://www.facebook.com/ministerio.comunas/>; <http://sipp.mpcomunas.gob.ve/>; <https://marxismocritico.com/2016/01/08/la-crisis-economica-explotara-en-2016/> y [https://es.wikipedia.org/wiki/Ministerio\\_del\\_Poder\\_Popular\\_para\\_la\\_Econom%C3%ADa\\_Comunal](https://es.wikipedia.org/wiki/Ministerio_del_Poder_Popular_para_la_Econom%C3%ADa_Comunal)

<sup>956</sup> AGAMBEN, Giorgio (2003): *Estado de excepción*. Adriana Hidalgo Editora. Buenos Aires. 2014

<sup>957</sup> Que la Constitución de 1999 llamó Estado Democrático y Social, de Derecho y de Justicia, pero que reproduce la mayoría de las instituciones del Estado Alemán-Europeo, basados en la economía social de mercado, las libertades individuales y los derechos humanos, pero con algunas intervenciones del Estado limitadas y provisionales.



Unitario o Comunista<sup>958</sup> basado en las ideas del marxismo-leninismo, así como el marcado acento militarista y totalitario por medio de varias Leyes Habilitantes en concordancia con los estados de excepción y los decretos de emergencia económica, con lo cual se han promulgado innumerables Decretos sin que sean leyes formales emanadas del Poder Legislativo. En definitiva, el Estado Dual es un forma anómica que pone en evidencia el oxímoron de un Estado Legal contradiciendo y negando al Estado Constitucional de Derecho, algo que aclaró el maestro Manuel García Pelayo (1991<sup>959</sup>) era evidentemente un atraso institucional y que conduciría a la distopía (Fernández, 2016).

La conclusión que sostenemos es que mantener una doble estructura como el Estado Dual conduce a la catástrofe y no al revés, es decir, que una catástrofe (económica, climática, sísmica, bélica o de otro tipo) pueda conducir, en teoría, a la necesidad de decretar un estado de excepción. En el caso venezolano es el estado de excepción lo que ocasiona una catástrofe. Se trata, entonces de la distopía. Agamben, (2003<sup>960</sup>) dice "... Poniendo junto a la Constitución legal una segunda estructura, a menudo jurídicamente no formalizada, que podría existir al lado de la otra sólo gracias al estado de excepción... (p.98). El estado de excepción no es una dictadura (constitucional o inconstitucional, comisarial o soberana, sino un espacio vacío de derecho, una zona de anomia en la cual todas la determinaciones jurídicas –y, sobre todo, la distinción misma entre público y privado- son desactivadas (p-101)... Por esto, con un ulterior cambio de enfoque, el paradigma del estado de excepción no es ya, como en la Teología Política, el milagro, sino la catástrofe... (p- 111) ”

En materia de corrupción<sup>961</sup> la catástrofe originada por la abundantísima legislación excepcional dictada bajo 7 leyes habilitantes, la

<sup>958</sup> El estado Socialista-Comunista se basa en los principios y valores plasmados en el Primer y Segundo Planes Socialistas de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007 y 2013-2019. Disponibles en: <http://www.psu.org.ve/temas/biblioteca/proyecto-nacional-simon-bolivar/#.VrTmlRjhC1s> y en: [http://www.opsu.gob.ve/portal/vistas/descargas/banners/arc\\_Plan\\_de\\_la\\_Patria\\_Programa\\_de.pdf](http://www.opsu.gob.ve/portal/vistas/descargas/banners/arc_Plan_de_la_Patria_Programa_de.pdf)

<sup>959</sup> GARCIA PELAYO, Manuel: *Estado legal y estado constitucional de derecho*. Revista de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1991

<sup>960</sup> Agamben, Op. Cit. Página 98.

<sup>961</sup> “La corrupción es el equivalente en el Estado de lo que en la sociedad civil se nombra como anomia. En la actitud anómica hay un sujeto no responsable en la corrupción hay un

declaratoria de los estados de excepción y ahora de la emergencia económica configuran la anomia del Estado como conducta sobresaliente de la administración pública y, por tanto, de su funcionariado. Así, el Estado Dual mantiene dos formas de Estado antagónicas en paralelo, dentro de un mismo territorio y para servir a la misma población, que son conceptual y funcionalmente antípodas. Tal situación es anómica y, consecuentemente, criminógena<sup>962</sup>, en el sentido de que incentiva y crea condiciones para la corrupción y la delincuencia organizada debido a sus erradas políticas y confusa legislación, como se verá más adelante, con lo cual se realimenta la anomia<sup>963</sup> social y estatal.

---

sujeito que se desresponsabiliza. En esas actitudes no se trata sólo de transgredir tal o cual norma sino de una disposición a no tomar en cuenta las implicancias de las conductas sobre en la vida pública...” En: ETCHEZAHAR, Edgardo: *Anomia y Corrupción*. I Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVI Jornadas de Investigación Quinto Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009. Disponible en: <http://www.aacademica.org/000-020/492.pdf>

<sup>962</sup> “... La Ley Contra los Ilícitos Cambiarios (“LCIC”), ya derogada parcialmente, y la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento del Terrorismo (“Locdoft”) son leyes claramente criminógenas: castigan indebidamente conductas que deberían ser legales y generan impunidad por parte de sus normas. Además de ellas hay nuevas leyes penales también generadoras de delitos por su mala estructura, sus ideas confusas, dogmas, prejuicios ideología política y errores de la técnica legislativa.

Un ejemplo de lo dicho, el cual debe considerarse el efecto criminógeno y factor corruptor es la Locdoft, la cual ha creado legalmente la impunidad total del Estado y sus empresas para cualquiera de los delitos vigentes, con la fórmula siguiente: “las personas jurídicas son responsables penal, administrativa y civilmente, “con exclusión del Estado y sus empresas”. Esta cláusula (Locdoft, art. 31) de inmunidad legal está en la base de los actos corruptos de muchos funcionarios que usan esta especie de velo corporativo para escudarse en la impunidad del Estado y sus empresas. Las abuelas decían: ¡la ocasión hace al ladrón! Gracias a ello muchos empleados públicos han saltado la talanquera moral y legal y se han ubicado en el mundo del crimen organizado, bien por actuación directa o por encubrimiento...” Ver: FERNÁNDEZ, Fernando M.: *Leyes criminógenas*. Disponible en: <http://www.eluniversal.com/opinion/140830/leyes-criminogenas>

<sup>963</sup> “Para la psicología y la sociología, la anomia es un estado que surge cuando las reglas sociales se han degradado o directamente se han eliminado y ya no son respetadas por los integrantes de una comunidad. El concepto, por lo tanto, también puede hacer referencia a la carencia de leyes. Reciben este nombre todas aquellas situaciones que se caracterizan por la ausencia de normas sociales que las restrinjan... La anomia es, para las ciencias sociales, un defecto de la sociedad que se evidencia cuando sus instituciones y esquemas no logran aportar a algunos individuos las herramientas imprescindibles para alcanzar sus objetivos en el seno de su comunidad. Esto quiere decir que la anomia explica el porqué de ciertas conductas antisociales y alejadas de lo que se considera como normal o aceptable...”

Para entender esta antinomia de dos repúblicas con formas estatales antagónicas en paralelo hay que recordar lo que fue la permanente confrontación de la República Democrática de Alemania<sup>964</sup> (“RDA”) durante la Guerra Fría y existencia de la llamada Cortina de Hierro<sup>965</sup>, bajo un Estado Socialista constitucionalmente marxista-leninista y totalitario en contraposición con la República Federal de Alemania<sup>966</sup> (“RFA”), de claros valores democráticos, bajo la configuración del Estado Social Derecho. Ambos sistemas se oponían entre sí en todos los temas, desde 1949 hasta la disolución de la RDA en 1989 y su total integración con la RFA, luego de la caída del Muro de Berlín<sup>967</sup>. En 1991 cesó la Guerra Fría<sup>968</sup> al desplomarse la Unión Soviética. La diferencia con Venezuela era que se trató de dos repúblicas distintas con gobiernos opuestos para poblaciones diferentes. Con la reunificación alemana se unificó lo que nunca debió dividirse.

Hay otras denominaciones diferentes que han usado algunos autores para describir al actual Estado venezolano, pero que en este ensayo las consideramos complementarias de la noción de Estado Dual, que

---

Volviendo a lo que entienden las ciencias sociales por anomia, diremos que es una violación de las normas, aunque no de una ley: si una persona rompe la ley, incurre en un delito. Lo habitual es que las clases bajas de la sociedad estén sometidas a una mayor presión y tengan una mayor propensión a alejarse de las normas sociales compartidas...” disponible en: Definición de anomia - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/anomia/#ixzz423j8IKiF>

<sup>964</sup> Ver: RDA, la sombra de un ‘Estado injusto’. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2014/10/02/actualidad/1412273686\\_976223.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/10/02/actualidad/1412273686_976223.html)

<sup>965</sup> “*Cortina de hierro*: Célebre frase pronunciada por el líder político inglés Winston Churchill (1874-1965), después de la Segunda Guerra Mundial, para señalar la ruptura del bloque comunista con los países de Occidente y la profunda y rígida división del planeta en dos grandes zonas de influencia. En su discurso de Fulton el 5 de marzo de 1946, Churchill afirmó con admirable elocuencia y precisión gráficas: “*desde Stettin en el Báltico hasta Trieste en el Adriático, ha caído sobre el continente europeo una cortina de hierro*”. Así definió a la línea que desde entonces partió al mundo en dos bloques incomunicados y hostiles. La *cortina de hierro* fue, por consiguiente, una frontera ideológica propia de la *guerra fría*...” Disponible en: <http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=c&idind=346&termino=>

<sup>966</sup> Ver: División de Alemania durante la Guerra Fría (1945-1989). Disponible en: <http://www.dw.com/es/divisi%C3%B3n-de-alemania-durante-la-guerra-fr%C3%ADa-1945-1989/a-2309746>

<sup>967</sup> Ver: 1989 · 2014. La caída del muro que cambió el mundo. Disponible en: <http://elpais.com/especiales/2014/aniversario-caida-muro-de-berlin/>

<sup>968</sup> Ver. El fin de la Guerra Fría. Disponible en: <http://www.historiasiglo20.org/FGF/fin2.htm>

sirven para definir y describir facetas o rasgos del Estado Dual, los cuales explican detalles y manifestaciones anómicas de los vínculos del Estado, individuos y grupos criminales con la corrupción, algunas de las cuales usamos en este ensayo, a saber:

- i. Estado Anómico que consiste en la adaptación defectuosa, incompleta o desviada del modelo de Estado Social de Derecho alemán en países de América Latina (Waldman, 2003<sup>969</sup>; Pérez Perdomo, 2016<sup>970</sup>), en Venezuela (Mata, 2015<sup>971</sup>). En tal sentido, se incumple con la norma constitucional; la Constitución queda vacía de significado conceptual y material debido a normas legales y sub-legales contradictorias que la vacían de contenido, es decir, las instituciones constitucionales son deformadas y fracasan en el plano operativo. Según esta teoría, el Estado Anómico, en lugar de ser el garante de la constitucionalidad, la seguridad jurídica y la paz es quien ocasiona el desorden, la irregularidad, las disfunciones, la inseguridad y los

<sup>969</sup> Waldmann, P. (2003). *El Estado Anómico Derecho, Seguridad Pública y Vida Cotidiana en América Latina*. Caracas: Nueva Sociedad.

<sup>970</sup> “Waldman (2006) es radical en su planteamiento. El estado, con sus regulaciones inconvenientes o mal adaptadas a las normativas sociales, es el productor de la anomia. De allí que hable de “estado anómico”. Este sería el caso de América Latina...” En: PÉREZ PERDOMO, Rogelio: *ESTADO DE NATURALEZA, ANOMIA Y DERECHO UNA REFLEXIÓN DESDE AMÉRICA LATINA*. Disponible en: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Pe%CC%81rez%20Perdomo.pdf>

<sup>971</sup> “En un estudio crítico sobre la realidad de los Estados latinoamericanos, realizado en el año 2003, el alemán Waldmann, asienta la tesis de que también el Estado puede ser “anómico”; puede desarrollar modos de actuación que lo coloquen al margen de la legalidad, evadiendo o contrariando las pautas formales que él mismo ha impuesto como límites a su ejercicio cotidiano. El estudio se centró en hallar respuestas a puntuales estructuras formales e informales en Brasil, Argentina, Colombia y Bolivia, donde se apreció: la falta de controles efectivos, el abuso de poder, la convivencia con la violencia y la existencia de grupos o zonas “sin reglas” dentro del propio territorio. Aunque la comentada investigación no comprendió a Venezuela, puede tenerse como importante referencia para verificar las formas que el Estado anómico puede asumir en diferentes latitudes. Debe afirmarse, que en contraposición a aquel Estado anómico, estaría el Estado de Derecho, y más allá de éste, el Estado Constitucional: modelo al cual propenden los actuales sistemas democráticos. El Estado de Derecho tiene como norte de su actuación el respeto a las normas previamente establecidas. En él, los poderes públicos encuentran límites definidos en la legalidad...” En: MATA, María.: *Manifestaciones del Estado anómico en Venezuela: Realidad Jurídico-Penal y Derechos Humanos*. Tesis de Maestría. Mimeografiado. Universidad Arturo Michelena. San Diego, Venezuela. 2012, página 5.

márgenes de ingobernabilidad que pueden llegar a ser extremos en torno a los principios de igualdad ante la Ley y el Estado de Derecho. En fin, el mecanismo formal de reglas legales se “derumba” con notable impacto en la sociedad.

- ii. Estado Totalitario: el totalitarismo fue descrito por Hanna Arendt<sup>972</sup> (1951) como la manifestación de dos formas de gobierno sin precedentes durante el siglo XX: el nazismo y el comunismo, bajo la premisa marxista-leninista de imponer la “dictadura del proletariado”. Se trata de una forma de gobierno abiertamente antidemocrático de dominación tiránica en manos de un partido y de una autoridad o líder que controla todas las instancias públicas y privadas. Es un despotismo que se diferencia de las monarquías absolutistas y las dictaduras clásicas por el rígido control total de las manifestaciones y conductas de la persona humana, a la cual se le anula toda capacidad política así como cualquier manifestación privada. El propósito de los totalitarismos es alcanzar la felicidad suprema bajo principios clase, nacionalidad o de raza. Sus métodos son la propaganda y la persecución de cada opositor, considerado éste como un enemigo absoluto o total que debe ser aniquilado. El Estado Totalitario es incompatible y antagónico con la democracia.
- iii. Estado Fallido, el cual se identifica como aquél que es incapaz de ejercer el monopolio legítimo del uso de la violencia (Weber, 1919<sup>973</sup>), aplicar exitosamente sus leyes a través de diferentes indicadores que lo pueden hacer un Estado frágil o débil (Fondo para la Paz, 2015<sup>974</sup>) en la satisfacción de las necesidades y demandas de la sociedad. En tal sentido, la Constitución y sus

<sup>972</sup> ARENDT, Hanna: *Los orígenes del Totalitarismo* (1951). Editorial Taurus. Madrid, 1974.

<sup>973</sup> “...El Estado es la única fuente del derecho a la violencia... El Estado, como todas las asociaciones o entidades políticas que históricamente lo han precedido, es una relación de dominación de hombres sobre hombres, que se sostiene por medio de la violencia legítima (es decir, de la que es considerada como tal). Para subsistir necesita, por tanto, que los dominados acaten la autoridad que pretenden tener quienes en ese momento dominan...” En: WEBER, Max: *EL POLÍTICO Y EL CIENTÍFICO*. Documento preparado por el Programa de Redes Informáticas y Productivas de la Universidad Nacional de General San Martín (UNSAM). Disponible en: <http://www.hacer.org/pdf/WEBER.pdf>

<sup>974</sup> La ONG Fondo para la Paz pública desde hace varios años el Índice de Estados Fallidos donde compara la evolución que tiene en cada caso la vigencia del Estado de Derecho y

principios, como por ejemplo la seguridad personal y ciudadana, no pueden ser garantizados. Un Estado Fallido, debido a sus carencias e ineptitud puede ser la causa de conflictos sociales en lo interno y una amenaza para los países vecinos, al ocasionar conflictos que no puede manejar y originar refugiados y desplazados, entre otros problemas graves. Sin embargo, Romero (2014<sup>975</sup>) afirma que en Venezuela no hay un Estado Fallido, sino una sociedad fallida. En mi opinión en Venezuela no hay un Estado Fallido, debido a que la élite gobernante que controla casi toda la burocracia (salvo la Asamblea nacional y algunas gobernaciones y alcaldías) no procura cumplir con los mandatos de la Constitución, sino que quieren subvertirla y hacer una revolución.

iv. Estado Delincuente<sup>976</sup> o Forajido, el cual se caracteriza por la comisión de delitos organizados y de corrupción gracias a las facilidades y control hegemónico del Estado por parte del partido de gobierno (Tablante y Tarre, 2015 y 2016). Así las cosas, los funcionarios que representan al Estado participan en actividades delictivas con impunidad. Se trata del uso deliberado y consciente del Estado y sus recursos para delinquir. También se

---

la corrupción, entre otros indicadores. Ver: *FRAGILE THE FUND FOR PEACE STATES INDEX 2015*.

Disponible en: <http://library.fundforpeace.org/library/fragilestatesindex-2015.pdf>

<sup>975</sup> "... de acuerdo con Carl Schmitt, el concepto de soberanía es parte fundamental del concepto de Estado y que, según este autor, "soberano es el que decide sobre el estado de excepción", debemos en consecuencia concluir que el Estado "bolivariano" cumple de modo sobradamente eficaz con el criterio esbozado. Lo sostengo de ese modo pues en Venezuela se vive una situación de excepción permanente, es decir, una suspensión permanente de la Constitución y las leyes... El "Estado bolivariano" no es un Estado fallido, ni un narco-Estado ni un Estado forajido, aunque presente rasgos que nos permiten atribuirle tales calificativos en el plano ético, (no así) en el plano de lo normativo..." En: ROMERO, Aníbal: *¿Estado fallido o sociedad fallida?* Disponible en: [http://www.el-nacional.com/opinion/fallido-sociedad-fallida\\_0\\_505149590.html](http://www.el-nacional.com/opinion/fallido-sociedad-fallida_0_505149590.html)

<sup>976</sup> "Las redes de la corrupción se consolidaron a través de la impunidad y fueron sustituyendo al Estado de derecho por un Estado delincuente", aseguró Carlos Tablante, exgobernador del estado Aragua (1989-1996), exdiputado y exsenador del antiguo Congreso de la República, diputado de la Asamblea Nacional Constituyente (1999) y autor del libro "El gran saqueo", en entrevista con "La Razón". Disponible en: <http://www.larazon.net/2016/02/08/carlos-tablante-enfermera-de-chavez-se-quedo-con-2-000-millones-de-dolares/>

ha hablado de Estado Malandro y sociedad malandra<sup>977</sup> (Moreno, 2016) para describir situaciones de extrema violencia y con la aquiescencia del funcionariado;

- v. Estado Comunal o Socialista, rechazado por el voto popular en la fallida<sup>978</sup> reforma constitucional de 2007<sup>979</sup>, pero que existe en los planes de desarrollo social 2007-2013 y 2013-2019, las leyes del sistema comunal<sup>980</sup> del poder popular<sup>981</sup> y unas 70 leyes más para regular otros temas, pero que se enlazan con el corpus del sistema comunal gracias a la profusión de los Decretos-Leyes dictados bajo las 7 leyes habilitantes.
- También se le ha llamado Estado Des-comunal<sup>982</sup> debido al tamaño desproporcionado<sup>983</sup> de esa figura legal basada en el

<sup>977</sup> “TENEMOS UNA CULTURA MALANDRA AL LADO DE LA CULTURA NORMAL” Alejandro Moreno: *Las OLP “son un permiso para matar”*. Disponible en: <http://www.larazon.net/2016/05/17/alejandro-moreno-las-olp-son-un-permiso-para-matar/>

<sup>978</sup> Un buen recuento del proceso con abundantes fuentes de información disponible en: [https://es.wikipedia.org/wiki/Refer%C3%A9ndum\\_constitucional\\_de\\_Venezuela\\_de\\_2007](https://es.wikipedia.org/wiki/Refer%C3%A9ndum_constitucional_de_Venezuela_de_2007)

<sup>979</sup> Recomendamos ver el proyecto original disponible en: <http://static.eluniversal.com/2007/08/16/reformaconstitucional2.pdf> y también el texto reformado por la Asamblea Nacional disponible en: <http://www.nodo50.org/plataformabolivariana/Documentacion/Documentos/PropRefConst.htm>

<sup>980</sup> Las leyes básicas del sistema comunal son: 1) Ley Orgánica de los Consejos Comunales; 2) Ley Orgánica del Poder Popular; 3) Ley Orgánica de las Comunas; 4) Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal; 5) Reglamento Ley Orgánica de Economía Comunal; 6) Ley Orgánica de la Contraloría Social; 7) Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno; 8) Ley Orgánica de la Planificación Pública y Popular; y 9) Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria. Disponibles en: <http://www.mpcomunas.gob.ve/leyes/>

<sup>981</sup> La expresión “Poder Popular” no existe en la Constitución, pero sí en la legislación derivada de las leyes habilitantes y en la denominación de todos los Ministerios del Poder Popular que ha creado el Poder Ejecutivo. En todo caso, forma parte de la denominación común en los países comunistas desde el siglo XX y desaparecieron de algunos de ellos al caer el Muro de Berlín, disolverse la URSS e ingresar en la Globalización.

<sup>982</sup> “López Maya explica que la forma de la organización política socialista, según la concibió el chavismo desde el año 2007, es la del Estado comunal, es decir, una estructura en la cual la arquitectura del nuevo Estado se basa en la idea de la comuna como sustrato del poder popular...” En: *El Estado descomunal* es un juego semántico que describe la utopía de Chávez. Disponible en: [http://www.el-nacional.com/escenas/descomunal-semantic-describe-utopia-Chavez\\_0\\_200980065.html](http://www.el-nacional.com/escenas/descomunal-semantic-describe-utopia-Chavez_0_200980065.html)

<sup>983</sup> “La comuna, tal y como está asentada en las leyes socialistas que se han ido aprobando en estos 14 años, va a ser la unidad primaria de la división política (...) estamos transitando hacia otro Estado que no es el constitucional”, expuso López Maya en relación a la... De esta manera, señaló que en lo que denomina “Estado comunal”, no existirán gobernaciones, aunque no descarta que esto pudiese presentarse por una transición. “Dependiendo del apo-

modelo de las Comunas bajo la óptica marxista socialista<sup>984</sup> y no bajo la visión democrática como existe en diversas partes del mundo desde hace siglos. Todo este desarrollo anómico ha sido en abierta violación a la Constitución y en evidente desacato del poder constituyente derivado que dijo “NO” a la implantación de las comunas en el año 2007. Como es obvio, la denominación comunal adoptada en estas leyes es igual a comunista, dado que no se trata de las comunas democráticas que existen en muchos países que también dependen del marco territorial local de las alcaldías y municipios; no a un poder central, como fue el modelo soviético.

vi. Sistema del Botín<sup>985</sup>, identificado por el asalto al poder y

---

yo popular que tenga el Presidente en las elecciones regionales, se avanzará a la destrucción de la territorialidad”, acotó. Igualmente, explicó que este hecho representará una ruptura con la Constitución de 1999, la que de acuerdo a sus palabras planteaba una combinación de la democracia representativa y la asambleísta, “a fin de defenderse de las debilidades de ambas”...” Ver: Margarita López Maya: *el Estado comunal rompe la Constitución de 1999*. Disponible en: <http://www.noticias24.com/venezuela/noticia/132578/la-historiadora-margarita-lopez-maya-analiza-el-momento-historico-que-vive-venezuela/>

<sup>984</sup> “El Estado comunal fue diseñado para aumentar el control sobre los sectores populares. Una crisis de financiamiento público, el consumismo y el valor de la propiedad privada pudiesen trancar el establecimiento de las comunas. Ver: CURIÉL, Claudia: *Sin las instituciones del Estado liberal, el Estado comunal no resuelve nada*. Disponible en: [http://www.iesa.edu.ve/FILES\\_MediaBroker/Public/\\_PDF/1054.pdf](http://www.iesa.edu.ve/FILES_MediaBroker/Public/_PDF/1054.pdf)

<sup>985</sup> Botín: “La expresión viene del provenzal *botín* y éste del germánico *bytin* que significa “presa”. El *botín* fue originalmente el derecho de despojo —generalmente de armas, provisiones y bienes de la plaza vencida— que se otorgaba a los soldados como premio por su victoria en el campo de batalla. En la Antigüedad y en la Edad Media se llegó incluso a considerar como lícito el pillaje de los soldados vencedores sobre las ciudades vencidas, como gratificación a sus esfuerzos bélicos. Era considerado como un derecho del guerrero y, al propio tiempo, se convirtió en su principal incentivo para empuñar las armas. Hoy llámase *sistema del botín*, por analogía, al método de repartición de cargos públicos entre los partidarios del candidato triunfante en la lid electoral, que aplican algunos políticos cuando llegan al poder. Ellos consideran a la burocracia como una suerte de “botín” de guerra y las más atractivas funciones públicas las entregan a los partidarios de “la causa”. Se trata generalmente de empleos lucrativos y de poco trabajo. Son verdaderas *prebendas* o *canonjías* que se distribuyen entre los miembros del partido o grupo gobernante, como premios por su desempeño electoral. En los Estados Unidos esta usanza se denomina “*spoils system*”. En: Enciclopedia de la política. Disponible en: <http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=s&idind=1382&termino=> . También consultar: SANCHEZ MORON, Miguel: *El ‘sistema del botín’*. Disponible en: [http://elpais.com/diario/1997/12/18/espana/882399621\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1997/12/18/espana/882399621_850215.html)



control del Estado<sup>986</sup> por parte de personas leales y obedientes, no por méritos, al gobierno con el deseo tácito de enriquecerse o de tener poder (Conesa, 2012), es la más nítida expresión del Estado Dual. Se trata de una visión clientelar con demasiados ministerios<sup>987</sup>, una enorme cantidad de PEP y empleados públicos sin el mérito ni la capacidad profesional requerida, íntimos asociados y parientes. Además de una impresionante generación de empresas estatales controladas por adeptos al gobierno, las cuales son inmunes e impunes desde el punto de vista penal, civil y administrativo, en caso de que cometan algún delito sus funcionarios, al igual que el Estado, en abierta discriminación respecto de las personas jurídicas privadas, para quienes la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento del Terrorismo prevé la responsabilidad penal, civil y administrativa pasibles de penas draconianas. El sistema de botín es un efecto del rentismo<sup>988</sup>, lo cual genera expectativas de acceder al control del Estado por cualquier vía, violenta o no, para

<sup>986</sup> FERNÁNDEZ, Fernando M.: *El Estado como botín*. Observatorio de Delito Organizado. Caracas, 2016. Disponible en [http://observatorioidot.org.ve/cms/index.php/item/download/75\\_e951c7025ff3615335098c550c0734](http://observatorioidot.org.ve/cms/index.php/item/download/75_e951c7025ff3615335098c550c0734)

<sup>987</sup> “Caracas, julio 2, 2014.- “Con 32 ministerios, Venezuela es ahora el país con más carteras ministeriales en el mundo, seguido por Burkina Faso, país africano que cuenta con un extenso gabinete de 31 ministros, según un reporte divulgado este miércoles por el portal NTN24. Cabe destacar que esta situación no siempre fue así en el país, pues desde el comienzo del gobierno del fallecido ex presidente Hugo Chávez en 1999, cuando firmó la Ley Orgánica Administrativa Central, se estableció en su artículo 39 que debían haber 14 ministerios en su gobierno. De hecho, en su campaña presidencial, propuso que se redujera esa cantidad. Pero 15 años después, existen 32. Durante ese período, la mayoría cambió de nombre, al agregarles el prefijo “del Poder Popular”, así como se crearon nuevas carteras como el Viceministerio del Poder Popular para la Suprema Felicidad (según la Gaceta Oficial 40.337), que tiene una responsabilidad similar a la de un ministerio...” Ver: *Venezuela rompió récord mundial de Ministerios*. Disponible en: <http://www.notitarde.com/Pais/Venezuela-rompio-record-mundial-con-la-mayor-cantidad-de-ministerios-2189733/2014/07/03/336113/>

<sup>988</sup> “El socialismo rentista: Esta posición sostiene que la sociedad es injusta porque un bien (el petróleo) que es de todos se asigna mayoritariamente a unos cuantos individuos y unas cuantas empresas; y que en cambio debería dedicarse al bienestar de toda la población. Esta postura, que se asume como justiciera ha sido expresada desde la social democracia hasta la izquierda radical del país. Sostenemos por el contrario que si bien esta alternativa suena como más humanitaria, traería igualmente nefastas consecuencias para la sociedad y el país...” BRICEÑO LEÓN, Roberto (1983): *Los efectos perversos del petróleo*. Editorial CEC, S.A. Caracas, 2015. Páginas 28 y 29.

controlar el botín. Se trata de una forma de privatizar el patrimonio público en manos de quien se apodere del gobierno y su estructura.

- vii. El esquema cívico militar<sup>989</sup> de gobierno, las empresas militares<sup>990</sup> consideradas empresas del Estado inmunes e impunes, la alta incidencia de uniformados en altos cargos públicos<sup>991</sup> y la beligerancia política<sup>992</sup> de los militares es otro rasgo del Estado

<sup>989</sup> Son múltiples las evidencias oficiales de este esquema de gobierno y la conformación de una nueva forma de Estado, distinta a la versión constitucional que prevé la no militancia política. Ver: <http://www.mindefensa.gob.ve/index.php/eje-bienestar-social/article-categories/78-ultimas-noticias/423-ministra-melendez-impartio-conocimientos-sobre-union-civico-militar-a-cadetes> ; <http://www.vtv.gob.ve/articulos/2014/03/18/padrino-lopez-union-civico-militar-es-parte-del-nuevo-pensamiento-militar-ideado-por-chavez-5376.html> ; <http://www.avn.info.ve/contenido/venezuela-retom%C3%B3-4-f-concepto-uni%C3%B3n-c%C3%ADvico-militar-que-engendr%C3%B3-sucre> ; entre otros.

<sup>990</sup> Los militares manejan las finanzas públicas del país, tiene un banco propio, presiden el Banco de Venezuela,, Presiden el conglomerado de empresas expropiadas (CORPIVENSA), presiden el sector de importaciones y exportaciones (VEXIMCA) y ahora tiene una empresa petrolera que compite con PDVSA. Ver: <http://noticiasvenezuela.org/2016/02/14/mas-corrupcion-una-pdvsa-paralela-en-manos-de-militares-venezolanos/> ; Las hipótesis que se manejan tras la creación de Camimpeg - <https://t.co/jetvDB3gzc> <https://t.co/X1KcMZ5YpL> ; <https://twitter.com/sumariumcom/status/699966341365821441>

<sup>991</sup> Ver: “Desde que Nicolás Maduro llegó a la Presidencia de Venezuela, en abril de 2013, la presencia de militares en altos cargos del Gobierno ha sido más fuerte que durante la administración de su antecesor, Hugo Chávez, quien provenía del mundo castrense. Los militares hoy controlan casi un tercio de los ministerios venezolanos y están especialmente ubicados en el área económica, en los neurálgicos despachos de las finanzas públicas, de la alimentación, en asuntos eléctricos e industriales. La presencia militar también alcanza a otras instituciones gubernamentales, empresas públicas ligadas a estos sectores. Además, manejan la gestión del gobierno, las políticas de seguridad ciudadana, defensa nacional y justicia. En las últimas semanas, Maduro encargó el área alimentaria al poderoso vicepresidente del Área Productiva, el coronel Carlos Osorio. Disponible en: <http://www.abcdelasemana.com/2015/04/10/militares-dirigen-las-areas-sensibles-del-regimen-maduro/> ; Ver también: <http://www.elmundo.com.ve/noticias/economia/politicas-publicas/afp--militares-con-mas-poder-economico-en-venezuel.aspx>

<sup>992</sup> La Constitución es clara en prever la no deliberación de las Fuerzas Armadas. Artículo 328 Constitucional. “La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con esta Constitución y la ley. En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación...”

Dual, por el cual las formas cívicas de mérito y especialidades profesionales, como es el caso del petróleo y la minería<sup>993</sup>, son sacrificadas en aras de imponer una visión disciplinaria y obediente de la administración pública. Además, se traslada el secreto militar y de seguridad del Estado a la función pública con sus inconvenientes en materia de transparencia y rendición de cuentas.

- vii. *Gran Corrupción (Grand Corruption)* o aquella que se comete con ocasión de ocupar un alto cargo político desde Jefe de Estado y sus allegados, preferentemente bajo la forma dictatorial, y con el poder de controlar el sector financiero o parte de éste, las fronteras, el petróleo, la minería y las vías para luego “lavar” el dinero y otros activos obtenidos (GAFI, 2011). Esta gigantesca corrupción se pone en evidencia por la opacidad de las cuentas públicas, pero, sobre todo, con los grandes contratos de infraestructura, electricidad, importaciones de alimentos y medicinas desde el Estado, etc. El caso del soborno que entregó la empresa ODEBRECHT<sup>994</sup> para obtener grandes contrataciones, según admitieron sus directivos ante Tribunales de Brasil y de Nueva York, es apenas una muestra que refleja un modus operandi generalizado y sistemático dentro del funcionamiento del Estado Dual
- ix. *Pequeña Corrupción (Petty Corruption)*<sup>995</sup> que consiste en la masiva multiplicación de oportunidades y eventos en los cuales se pagan extorsiones, vacunas, mordidas, sobornos, coimas, etc.

<sup>993</sup> Gaceta Oficial Nro. 40.845 del 11-02-2016. Decreto N° 2.231, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa del Estado, bajo la forma de Compañía Anónima, que se denominará Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIM-PEG), la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Defensa.

<sup>994</sup> El *plea agreement* o acuerdo de culpabilidad está disponible en: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919916/download>

<sup>995</sup> Entendemos por *Pequeña Corrupción (Petty Corruption)* la masiva multiplicación de oportunidades y eventos en los cuales se pagan extorsiones, vacunas, mordidas, sobornos, etc. Para conseguir resolver un procedimiento de rutina, a personas poderosas vinculadas o no al Estado, por parte de la población, incluida por supuesto, la más humilde que es la más indefensa. Ver también: THE FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF) *Laundering the Proceeds of Corruption*. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Laundering%20the%20Proceeds%20of%20Corruption.pdf>

Para conseguir resolver un procedimiento de rutina, a personas poderosas vinculadas o no al Estado, por parte de la población, incluida por supuesto, la más humilde que es la más indefensa (GAFI, 2011). A pesar de que, técnicamente, se le llame pequeña la corrupción generalizada en dosis masivas, genera grandes pérdidas para el presupuesto del Estado Dual.

- x. Persona Expuesta Políticamente (PEP<sup>996</sup>) denominación usada por los expertos contra el blanqueo de activos producto de delitos para identificar a individuos y sus círculos familiares e íntimos asociados que son de alto riesgo en materia de corrupción, blanqueo de activos y de financiamiento del terrorismo (GAFI, 2011);
- xi. Grupo delictivo organizado<sup>997</sup>: un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo<sup>998</sup> (ONU, 2001) y sus Protocolos con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. (Hay además, otra forma del grupo delictivo organizado sin móvil económico, que es aquél que tiene un plan o política de realizar ataques intencionales, sistemáticos y generalizados a una población civil, los cuales están identificados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y se

<sup>996</sup> “De hecho, en cada uno de los casos más significativos de gran corrupción que estudiamos, la PEP tenía la capacidad para controlar el gobierno nacional para evitar la detección y permitir que el disfraz y el movimiento de dinero. Sólo después de que los controles de la PEP fueron eliminados, por ejemplo a través de un cambio de régimen, tuvo el país la capacidad de detectar el grado del lavado de dinero y el crimen...” THE FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF) *Laundering the Proceeds of Corruption* .. Página 26.

<sup>997</sup> La definición de grupo criminal más prolija es la que se deriva de los juicios de Núremberg contra la Gestapo, las SS y el partido Nazi, los cuales fueron desmantelados, bajo el concepto de agrupación criminal. Ver: II.3.1.- *Criterios y principios para determinar el carácter criminal de una organización según Nuremberg. Derecho aplicable a la criminalidad de los grupos y organizaciones y bajo el que se acusa a las organizaciones nazis de ser organizaciones criminales*. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/querella.html#II.3.1.-Criterios>

<sup>998</sup> Ley Aprobatoria de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) Publicada en Gaceta Oficial N° 37.357 de fecha 04 de enero de 2002.

identificaron como “empresa criminal conjunta” (*joint criminal enterprise*) en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia<sup>999</sup>).

- xii. Cleptocracia: El sociólogo Luis Cedeño<sup>1000</sup> dio paso a “... la enumeración de Indicadores de la presencia de la Cleptocracia en nuestro país: 1. Maximizan los impuestos y el endeudamiento del país. 2. Monopolizan los actos de corrupción de gran volumen: Poligarquía y Nepotismo. 3. Usan fondos del Estado para pagar coimas a cambio de apoyos incondicionales de políticos, diputados, medios, periodistas, jueces y similares. 4. Capitalismo de Estado e Ideología totalitaria –de derecha o izquierda. 5. Reducen los servicios públicos, las calles se llenan de hoyos, las medicinas escasean, la educación empeora”, señaló.

El Estado Dual nace formalmente con la profusión de decretos-leyes emanados de las facultades excepcionales que la Asamblea nacional entregó sumisamente al Poder Ejecutivo y en 7 ocasiones, a la cual debe agregarse la declaratoria del estado de emergencia<sup>1001</sup> en contradicción de normas expresas de la Constitución y la Ley Orgánica de Estados de Excepción, con lo cual se auto-eliminó la facultad básica de un Poder Legislativo en el Estado Constitucional de Derecho de promulgar leyes formales y practicar la función contralora del Poder Público.

El exceso de esta automutilación legisladora y contralora llevó a que el Poder Ejecutivo reformara la legislación penal y procesal penal en grado de extrema peligrosidad al eliminar derechos de las víctimas, por un lado, y fortalecer a la delincuencia organizada, la corrupción y a

<sup>999</sup> Ver el concepto de Joint Criminal Enterprise en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Disponible en: [http://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb\\_02\\_big1\\_14.pdf](http://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_02_big1_14.pdf)

<sup>1000</sup> CEDEÑO, Luis: *Estado mafioso y cleptocracia: indicadores del desmantelamiento del Estado de derecho*. En: <http://runrun.es/nacional/271268/venezuela-un-estado-delincuente-mafioso-o-anomico-expertos-respondieron.html>

<sup>1001</sup> Ver la lectura textual de sus considerandos y articulado. En el mismo se hace el clásico llamado marxista a la lucha de clases y se permite la total colectivización de bienes privados, mediante el sistema de requisiciones. Texto disponible en: <http://albaciudad.org/wp/index.php/2016/01/en-video-ministro-luis-salas-lee-el-decreto-de-emergencia-economica-emitido-por-el-presidente-maduro/>

los delincuentes comunes, por otra parte, como veremos más adelante. En este sentido, se adoptó la idea unitaria del Poder Público, al estilo cubano, según lo cual los demás poderes públicos deben supeditarse al Jefe del Estado, algo opuesto al sistema de división de los poderes públicos en el cual estos son iguales, no subordinados e independientes, pero cooperan entre sí a los fines del Estado. También aumentó la militarización de la administración pública en casi todos los órdenes.

Por causa y en procura de fortalecer este Estado Dual, menoscabando la Constitución, se promulgaron más de 70 leyes que crearon y fortalecieron el sistema comunal<sup>1002</sup>, algo que había sido rechazado por los electores en el año 2007 cuando se intentó reformar la Constitución de 1999. Con el Estado Dual nos referimos a estructura administrativa prevista en las leyes comunales y toda la economía que le da sustento y financiamiento sin control alguno y a las formas paralelas de gobierno (tales como el Gobierno de Caracas en abierta oposición a la Alcaldía Metropolitana de Caracas; al Protectorado de Miranda en clara contradicción de la Gobernación del estado Miranda; entre otras. Además del costo de estructuras paralelas, su mobiliario, dotación, pago de personal, compra de edificios, papelería, etc. Son, en definitiva, estructuras paralelas que funcionan sin control jurídico y que facilitan la corrupción.

Además, el Estado Dual se apoyó de forma extensa en una economía dual, lo cual le permitió a los actores que impulsaron la dicotomía obtener ingentes sumas de dinero para financiar estas estructuras y, además, sostener un esquema descomunal de corrupción como nunca se había visto antes en Venezuela. Uno de los mecanismos de la economía dual fue el régimen de control de cambios<sup>1003</sup> en todas sus

<sup>1002</sup> Este asunto deberá ser tratado con más detalle en un examen aparte del presente.

<sup>1003</sup> Ex ministros denuncian malversación de 300.000 millones dólares en última década por corrupción en Venezuela. Por Eyanir China y Corina Pons. CARACAS (Reuters) – “Dos ex ministros del fallecido presidente venezolano Hugo Chávez solicitarán el martes abrir una investigación penal que rastree el destino de unos 300.000 millones de dólares que habrían sido malversados durante la última década a través del complejo control de cambios del país... “Aquí se construyó una banda donde lo que importa es ponerle la mano al recurso financiero, a la captación de la renta petrolera”, dijo Navarro, fundador y miembro de la directiva del gobernante Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), hasta que fue expulsado en 2014 por sus críticas. “Los ladrones no tienen ideología”, agregó el profesor universitario, que se sigue definiendo como revolucionario e incluso, miembro del PSUV...” Disponible en: <http://lta.reuters.com/article/domesticNews/idLTAKCN0VB1SO>

etapas<sup>1004</sup>, favoreciendo a unos cuantos que tuvieran “contactos”, con los PEP en el Sistema Nacional de Contratistas, bajo lo cual se obtenían divisas baratas (Bs. 6,30 por 1 US\$) y que luego se vendían al precio paralelo que marcaran las casas de cambio ubicadas en Cúcuta, presumiblemente operadas por personas con contactos con poderosos del gobierno venezolano. La economía dual persigue eliminar la propiedad privada<sup>1005</sup> e instaurar la “propiedad social” cuyo titular es el Estado con gran favorecimiento a quienes lo controlan y en abierta violación de ese derecho humano. Otra de las variantes económicas del dualismo fue la despenalización de los delitos monetarios con lo cual se permite desde la falsificación hasta la legitimación de capitales provenientes del tráfico de dinero.

Por si fuera poco, el Estado Dual permite y favorece con distintos beneficios legales el crimen organizado<sup>1006</sup> y las bandas, como por

<sup>1004</sup> Ver: FERNÁNDEZ, Fernando M.: *Ensayo y error sobre el régimen de control de cambios*. En: Revista Gerente. Diciembre 2015. Páginas 8 y 9. Disponible en: [https://issuu.com/zrodrigueznd/docs/revista\\_gerente\\_311](https://issuu.com/zrodrigueznd/docs/revista_gerente_311)

<sup>1005</sup> FERNÁNDEZ, Fernando M.: *Propiedad: un derecho humano universal*. Venamcham-LIVROSCA. Trabajos jurídicos. Caracas, 2006. Páginas 269-289.

<sup>1006</sup> El Observatorio de Delito Organizado y el Laboratorio de Ciencias Sociales (LACSO) se complacen en presentar el II informe del observatorio de delito organizado, realizado a partir de los “Resultados de la 2ª Encuesta de Delito Organizado en Venezuela”, estudio realizado en 7 regiones del territorio nacional en el período de julio y agosto del presente año 2015... A continuación algunos resultados relevantes de este estudio:

1. Las tres actividades más comunes a nivel nacional son: tráfico de drogas, contrabando de productos, robo y venta de vehículos y repuestos.
2. Pandillas, mafias y bandas, junto a pranes y colectivos armados, son los grupos que se consideran causantes del Delito Organizado. Por cada 3 personas que señalaron que la actividad de las pandillas, mafias y bandas son causantes del Delito Organizado, 1 persona dijo lo contrario.
3. El 66% de los entrevistados consideró que son los policías y los militares quienes le venden armas al Delito Organizado.
4. Más de la mitad de los entrevistados manifiestan temor a la denuncia y a cooperar con los cuerpos policiales y el sistema judicial.
5. La mitad de los entrevistados a nivel nacional, en los últimos 12 meses, ha sido víctima de robo o hurto.
6. El 64% de los entrevistados considera que, en su comunidad, es fácil o muy fácil conseguir drogas. Esta percepción ha aumentado poco entre 2013 y 2015 en 3 puntos porcentuales.
7. Los entrevistados consideran que la inseguridad personal ha empeorado en el país en los últimos doce meses. Así lo percibe el 76% de los encuestados.

ejemplo, tener armas de guerra de alto calibre dentro de los penales y centros de reclusión de delincuentes y procesados, signo evidente de corrupción que no necesita ser probada. Ello es observable en la conformación del “pranato” o el gobierno de las cárceles por los “pranes<sup>1007</sup>” que son los “líderes negativos” que cumplen condena o que se encuentran presos<sup>1008</sup> por investigaciones penales. Desde las cárceles dirigen bandas extorsivas que se dedican al secuestro y la extorsión extramuros. Sin embargo, mientras viven dentro del recinto carcelario gozan de todo tipo de privilegios, incluso de tipo exótico, como tener piscinas, realizar peleas de gallos, discotecas, etc. Algunos de los casos han sido virales en las redes sociales, como fue el caso de “el conejo”<sup>1009</sup>, quien

8. Los actores identificados como responsables del Delito Organizado fueron las pandillas, mafias y bandas, los pranes de las cárceles y los colectivos. Hubo poca atribución a los paramilitares y la guerrilla. Una mayoría importante de la población consideró que los militares habían sido corrompidos por el narcotráfico.
9. La población considera que se debe combatir al Delito Organizado con la aplicación de la ley y no negociar con los delincuentes o las zonas de paz.
10. La gran mayoría de la población, en todo el país y de todos los sectores sociales o políticos, considera que el incremento del Delito Organizado es una amenaza para la democracia.

Ver: BRICEÑO LEÓN, Roberto, Alberto Camardiel y otros: 2° *Informe del Observatorio de Delito Organizado en Venezuela*. Disponible en: <http://observatoriodot.org.ve/cms/index.php/home/sala-de-prensa/noticias-y-eventos/item/154-ii-informe-del-observatorio-de-delito-organizado-en-venezuela>

<sup>1007</sup> “Hoy día, “pran” es la manera como se autodenominan los presos que manifiestan detentar el poder dentro de los recintos carcelarios de Venezuela. El término proviene de un famoso villano de Bollywood (la industria de cine de la India) cuyas películas se hicieron populares en Colombia durante el siglo pasado. Era corriente entonces llamar “pran” a quienes controlaban la distribución de las drogas en las cárceles colombianas como una manera de decir “padrino”. Según explica Humberto Prado, director del Observatorio Venezolano de Prisiones, en la actualidad incluso los directores de las cárceles para poder ingresar a las mismas “deben solicitarle permiso a los pranes”...” En: Gabriela Buada Blondell . *Entrevista a un ex pran: “Eso no es nada”*. Disponible en: <http://informate365.com.ve/entrevista-a-un-ex-pran-eso-no-es-nada/>

<sup>1008</sup> El deterioro causado por este Estado Dual se manifiesta en el escandaloso y evidente abandono del Estado en las cárceles. Ver: *9 centros penitenciarios de Venezuela están en manos de los presos*. Disponible en: <https://t.co/rHXrh365G8>.

<sup>1009</sup> “... Pero una vez adentro, la cárcel con más de 2.000 venezolanos y extranjeros detenidos, mayoritariamente por tráfico de drogas, en gran medida se parece más a una inspiración en el lujo de vivir con la tentación de la carne como Hugh Hefner (fundador de Playboy) que a una empalizada para los duros contrabandistas de drogas. Mujeres visitantes lucen sus bikinis mientras retozan al sol del Caribe en una piscina al aire libre. La marihuana riega sus aromas en el humo presente en aire. El ritmo del Reggaetón se escucha en una



luego de cumplir condena fue asesinado por un conflicto entre bandas criminales; pero lo insólito fue el homenaje a tiros de sus secuaces realizado desde el techo del recinto penitenciario<sup>1010</sup>.

### III. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El derecho penal del enemigo, es un concepto elaborado por el célebre penalista alemán Gunther Jackobs<sup>1011</sup> para describir sistemas penales sin garantías jurídicas para el investigado o enjuiciado, quien es considerado un enemigo hostil. Se trata de negar los derechos procesales y sustantivos de forma parcial o total que corresponden a todo ciudadano. Así, el enemigo es un no-ciudadano, es algo menor que éste, por eso no merece la aplicación de las garantías y derechos de la ciudadanía.

En el campo del Derecho Penal el Prof. Jakobs ha señalado el hecho discriminatorio de ciertas normas de procedimiento y delitos que menoscaban los derechos fundamentales de los acusados. Él llama a esta tendencia el derecho penal del enemigo, para diferenciarlo del derecho penal del ciudadano, quien tiene todas las garantías penales y procesales del debido proceso y un juicio justo. Estados Unidos, por

---

especie de club para parejas que bailan muy apretaditas. Pinturas con el logo de Playboy adornan el salón de billar. Los presos y sus invitados se empujan para hacer apuestas en la arena de la prisión para las peleas de gallos de riña. “Los presos de Venezuela aquí ejecutan el programa de la prisión, lo que hace que la vida adentro sea un poco más fácil para todos nosotros”, dijo Fernando Acosta, de 58 años, un piloto mexicano encarcelado desde 2007. Su compañero de celda, un hombre de negocios congoleño, lo había contratado para volar un jet Gulfstream y hoy los fiscales les acusan de planificar su uso para el contrabando de dos toneladas de cocaína a África Occidental. No es raro en los centros penitenciarios de Venezuela que los reclusos armados con pistolas de alto calibre y sofisticación ejerzan un cierto grado de autonomía. Los presos con BlackBerrys y laptops han organizado desde adentro de sus celdas tráfico de drogas, secuestros y asesinatos. La policía dice que es un legado de décadas de corrupción, hacinamiento e insuficiencia de los guardias en los penales...” Disponible en : [http://www.el-nacional.com/sucesos/York-Timesi-Conejo-San-Antonio\\_0\\_783521658.html](http://www.el-nacional.com/sucesos/York-Timesi-Conejo-San-Antonio_0_783521658.html); también en: [http://www.el-nacional.com/sucesos/carcel-Conejo-Fiestas-piscina-parrillas\\_0\\_782921806.html](http://www.el-nacional.com/sucesos/carcel-Conejo-Fiestas-piscina-parrillas_0_782921806.html)

<sup>1010</sup> *Reos disparan al aire en homenaje a “El Conejo”*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=TXDcKlebqX8>

<sup>1011</sup> JAKOBS, Günther: *Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Editorial CIVITAS. Madrid, 2003.

ejemplo, ha tipificado algo más de 30 delitos del “enemigo”. Todos los demás delitos son perseguidos con las garantías constitucionales.

En Venezuela, vemos cómo muere el derecho penal del ciudadano y es sustituido por un derecho penal del enemigo para todos los delitos con la desaparición del llamado “delito común” que ha sido sustituido por la norma expresa de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento del Terrorismo (LOCDOFT), que debería concentrarse en bandas, pandillas o grupos organizados, pero que integra a todos los delitos tipificados en el Código Penal y demás leyes penales especiales (más de 900 en más de 80 leyes). La LOCDOFT es complaciente con las bandas locales y eximente con el Estado y sus empresas, pero persigue a toda persona jurídica privada por los mismos hechos. ¿Por qué y para qué?

La manera de justificar el tratamiento jurídico de enemigo a todo opositor al gobierno socialista ha sido bajo el argumento de que existe una “guerra económica”, expresada en la persecución de empresarios y cualquier otro tipo de líder, quienes sean señalados con eufemismos, insultos y epítetos como “enemigos de clase”, “burgueses”, “fascistas” “ultraderechistas”, “apátridas”, “traidores”, “escuálidos”, “oligarcas”, “parásitos”, “sifrinos”, “pelucones” y otros epítetos y eufemismos violentos dentro de lo que el gobierno ha llamado la “guerra económica”. También las acusaciones, descalificaciones, amenazas, injurias e insultos<sup>1012</sup> sirven al cometido de estigmatizar y demonizar al enemigo que se quiere destruir. Algunos de los más usados han sido: “estúpidos”, “imbéciles”, “hipócritas”, “demonios”, etc. Todo ello, dentro de la tradición socialista inaugurada por la revolución bolchevique<sup>1013</sup>.

El enemigo en toda guerra debe ser dado de baja o neutralizado. Sin embargo, como lo que analizamos no se trata de una guerra convencional, sino que es una “guerra económica” solo se usa como arma

<sup>1012</sup> COLMENARES, Marta: *Lista de insultos de Chávez*. Disponible en: <https://cubanitoweb.wordpress.com/2008/10/31/lista-de-insultos-de-chavez/>

<sup>1013</sup> El etiquetamiento y la demonización es clara en la tradición socialista. A manera de ejemplo: “Oponentes críticos (al socialismo soviético) eran calificados de ‘títeres’, ‘lacayos’, ‘aduladores’ o ‘mercenarios’... ‘imperialistas’... ‘alimañas’ o ‘canallas’... ‘repugnante’, ‘pútrido’, ‘nauseabundo’, ‘atroz’... había que ‘aplastarlos’, ‘exterminarlos’, ‘liquidarlos’”. En: SERVICE, Robert (2007): *Camaradas. Breve historia del comunismo*. Ediciones B, S.A. Barcelona, 2009. Página 265.

el aparato legal para producir la muerte civil y moral: todo enemigo es, potencialmente, un muerto civil, sin derechos ni garantías jurídicas. Para el enemigo no hay Estado de Derecho ni constitución, solo fuerza y hechos. En este sentido se expresa el uso abusivo de la coacción y la violencia legal monopolizada por el Estado. El estigma y la demonización por medio del lenguaje facilitan la tarea de la violencia legal. No obstante, es necesario aclarar que, todavía, no se trata de conceptualizar un “enemigo total<sup>1014</sup>”, en términos de Schmitt, lo cual significa el exterminio físico.

Así las cosas, las acciones que se realizan en aplicación discrecional y discriminatoria de la violencia legal del Estado contra empresarios y líderes presuntos opositores al gobierno y se distribuyen, además, entre todas las capas de la población civil indefensa, las variadas clases y grupos sociales. Además de empresarios, el “enemigo” incluye a estudiantes, dirigentes políticos y sociales, abogados, defensores de derechos humanos, activistas políticos, sindicalistas, profesores, intelectuales, periodistas, manifestantes y hasta transeúntes ocasionales, entre otros. El patrón de conducta es de intervencionismo del Poder Ejecutivo y el uso de fuerzas militares o de inteligencia como sustitutos del Poder Judicial, del Ministerio Público y organismos especializados de investigación penal. Un claro ejemplo de lo anterior lo delata el Ex magistrado Eladio Aponte Aponte, cuando afirmó que se le aplicaría a él la misma justicia que él aplicaba en los juicios penales porque “... en Venezuela la justicia es de plastilina<sup>1015</sup>”.

Tal como afirmó Schmitt (1932), el enemigo absoluto, sustancial o por naturaleza no es un adversario que compite en forma igualitaria por el poder. Se trata del enemigo de guerra, el *hostis* “... El enemigo no

<sup>1014</sup> “La idea principal de Schmitt respecto de la existencia de un *enemigo total* es que “si la movilización total anula la diferencia entre el soldado y el paisano, de igual modo el soldado puede convertirse en paisano, el paisano en soldado o ambos en un tercer tipo nuevo. En realidad todo depende del carácter general de la guerra”<sup>23</sup>. Así es como surge el concepto de *enemigo total* como aquel que participa en un conflicto bélico sin su consentimiento y sin ser siquiera un soldado ya que se encuentra inmerso en una guerra total que no reconoce límites de ningún tipo...” SARAVIA: Ob. Cit. Página 160.

<sup>1015</sup> Ver video completo con declaraciones del Ex Magistrado Eladio Aponte Aponte. Disponible en: <http://reporteconfidencial.info/noticia/3169021/texto-completo-eladio-aponte-aponte-entrevista-exclusiva-soitv-video-completo>

es, pues, el competidor o el opositor en general. Tampoco es enemigo un adversario privado al cual se odia por motivos emocionales de antipatía. “Enemigo” es sólo un conjunto de personas que, por lo menos de un modo eventual — esto es: de acuerdo con las posibilidades reales — puede *combatir* a un conjunto idéntico que se le opone. Enemigo es solamente el enemigo *público*, porque lo que se relaciona con un conjunto semejante de personas — y en especial con todo un pueblo — se vuelve *público* por la misma relación. El enemigo es el *hostis*, no el *inimicus* en un sentido amplio... A quien lucha contra un enemigo absoluto — sea este enemigo clases, razas o el eterno y atemporal enemigo — ya de cualquier modo no le interesan nuestros esfuerzos en relación al criterio de lo político. Todo lo contrario: verá en ellos una amenaza a su actual fuerza combativa<sup>1016</sup>...”

#### IV. LOS ENEMIGOS DE CLASE EN EL DERECHO PENAL: ANTECEDENTE HISTÓRICO

Para el enemigo de “clase”, que es el empresario “burgués”, quien tiene ánimo de lucro, se destinan los delitos de acaparamiento<sup>1017</sup> y especulación<sup>1018</sup> tipificados en la Ley Orgánica de Precios Justos<sup>1019</sup>, máxima expresión legal del llamado Socialismo del Siglo XXI, repitiendo el esquema violento del socialismo del Siglo XX.

Una de las lecciones más claras de la historia<sup>1020</sup> reciente para quienes han hecho las leyes en Venezuela es que el Derecho Penal no

<sup>1016</sup> SCHMITT, Carl: *El concepto de lo político*. Ob. Cit. Página 16, Nota 12 y página 17.

<sup>1017</sup> acaparar Del fr. *accaparer*. 1. tr. Adquirir y retener cosas propias del comercio en cantidad superior a la normal, previniendo su escasez o encarecimiento. 2. tr. Apropiarse u obtener en todo o en gran parte un género de cosas. 3. tr. Adquirir y retener cosas propias del comercio en cantidad suficiente para darla ley al mercado.

<sup>1018</sup> Especulación Del lat. tardío *speculatio, -ōnis*. 1. f. Acción y efecto de especular. 2. f. Operación comercial que se practica con mercancías, valores o efectos públicos, con ánimo de obtener lucro.

<sup>1019</sup> Ley Orgánica de Precios Justos. Gaceta Oficial Número 40.784 el lunes 9 de noviembre de 2015. No obstante, esta legislación tuvo varias versiones, en cada una de las penas se iban aumentando aplicando los criterios del derecho penal del enemigo.

<sup>1020</sup> El estudio genealógico (Foucault: *Vigilar y castigar*, 1975) de la historia del Derecho Penal Económico permite identificar los orígenes de algunos de los problemas actuales que vive Venezuela, para aprender de aquello que ya aconteció y, así, evitar cometer los errores jurídicos y gravísimas violaciones de derechos humanos que se cometieron en nombre

puede ser usado para resolver los problemas de la economía<sup>1021</sup> de una Nación; menos aún bajo la fachada de proteger los derechos “socioeconómicos”, los cuales terminan siendo antieconómicos. Así las cosas, en lugar de resolver las desigualdades, la pobreza y la escasez, las empeoran con profundas violaciones a los derechos humanos y, además, los castigos penales a los “burgueses” y “enemigos del pueblo” se convierten en un factor criminógeno de consecuencias mayores y peores. En fin, una violación masiva y catastrófica de derechos humanos.

Los delitos de acaparamiento<sup>1022</sup> y especulación<sup>1023</sup> tienen una historia trágica en la historia del Derecho Penal Económico y los derechos humanos: millones se arruinaron y luego murieron en el Siglo XX por esa razón. Los datos y documentos disponibles son lapidarios, a pesar de que tales hechos y los culpables no fueron enjuiciados nunca por ser vencedores en la II Guerra Mundial y, luego, a causa de la realidad política de la Guerra Fría y porque no existía una Corte Penal Internacional con fuerza coercitiva capaz de hacerlo, como, por el contrario, si lo fueron los crímenes ocurridos durante el III Reich en los países

---

de una doctrina que cimentó el conflicto durante el Siglo XX y causó el mayor número de muertes en nombre de la “lucha de clases” plasmada en el Manifiesto Comunista.

<sup>1021</sup> La Ley Orgánica de Precios Justos tiene como tipos penales el acaparamiento y la especulación. La rigurosa aplicación de estos delitos a comerciantes y productores ha sido la causa directa del desabastecimiento de la mayoría de los productos y bienes básicos que se observa en todo el territorio nacional. Todo ello con el deliberado objetivo de “construir el socialismo” Es obvio que se repite el mismo problema de la Unión Soviética y Ucrania que se describe en este artículo. Ver: Decreto N° 2.092, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos.

<sup>1022</sup> Acaparamiento. 1. m. Acción y efecto de acaparar. Acaparar. (Del fr. *accaparer*). 1. tr. Adquirir y retener cosas propias del comercio en cantidad superior a la normal, previniendo su escasez o encarecimiento. 2. tr. Apropiarse u obtener en todo o en gran parte un género de cosas. 3. tr. Adquirir y retener cosas propias del comercio en cantidad suficiente para dar la ley al mercado. Diccionario de la real Academia Española Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=k48mU9uWjDXX28qG57RC>

<sup>1023</sup> Especulación. (Del lat. *speculatio*, *-ōnis*). 1. f. Acción y efecto de especular. 2. f. *Com*. Operación comercial que se practica con mercancías, valores o efectos públicos, con ánimo de obtener lucro. especular<sup>2</sup>. (Del lat. *speculāri*). 1. tr. Registrar, mirar con atención algo para reconocerlo y examinarlo. 2. tr. Meditar, reflexionar con hondura, teorizar. U. t. c. intr. 3. intr. Perderse en sutilezas o hipótesis sin base real. 4. intr. Efectuar operaciones comerciales o financieras, con la esperanza de obtener beneficios basados en las variaciones de los precios o de los cambios. U. m. en sent. peyor. 5. intr. Comerciar, traficar. 6. intr. Procurar provecho o ganancia fuera del tráfico mercantil.

ocupados por los nazis, en el proceso de Desnazificación<sup>1024</sup> de Alemania ejecutado por los países Aliados.

Los hechos fueron estos: en enero de 1928 Stalin ordenó aplicar el Código Penal de la Unión Soviética a los campesinos ricos de Ucrania, llamados *kulaks*<sup>1025</sup>, acusados de acaparar el trigo (considerado por Stalin como “la divisa de las divisas”) y querer especular con el precio de venta. En 1930, ordenó la liquidación de los *kulaks* como clase social<sup>1026</sup>, también llamado proceso de *deskulakización*<sup>1027</sup>. Su orden fue

<sup>1024</sup> “... Después de la guerra, algunos de quienes eran responsables por los crímenes cometidos durante el Holocausto fueron llevados a juicio. Para realizar los juicios que tuvieron lugar en 1945 y 1946, se eligió Nüremberg en Alemania. Los jueces de las potencias aliadas (Gran Bretaña, Francia, la Unión Soviética y Estados Unidos) presidieron las audiencias de veintidós principales criminales nazis. Doce prominentes nazis fueron sentenciados a muerte. La mayoría de los acusados admitieron haber cometido los crímenes de los que se les acusaba, aunque la mayoría declaró que sencillamente seguían órdenes de una autoridad superior. Quienes estuvieron involucrados directamente en los asesinatos recibieron las sentencias más severas. Otras personas que desempeñaron papeles clave en el Holocausto, incluidos funcionarios gubernamentales de alto rango y ejecutivos empresariales que utilizaron a los prisioneros de los campos de concentración para realizar trabajos forzados, recibieron sentencias cortas o ningún tipo de castigo... “Ver: Enciclopedia del Holocausto: LOS JUICIOS DE NUREMBERG. Disponible en: <http://www.ushmm.org/outreach/es/article.php?ModuleId=10007722> . No obstante este enorme esfuerzo, han sido muchos los criminales que han permanecido impunes. Ver: Los nazis más buscados del mundo <https://www.youtube.com/watch?v=A58jHMSBxeA>

<sup>1025</sup> Los Kulaks eran campesinos ricos surgidos como clase social agraria, luego de la eliminación del régimen de servidumbre feudal por al Zar Alejandro II a fines del Siglo XIX. Los Kulaks eran dueños e pequeñas porciones de tierra (unos 32.000 M2) y podrían contratar a otros campesinos para la labranza.

<sup>1026</sup> STALIN, José: *En torno a la política de liquidación de los Kulaks como clase social*. En: *Obras. Tomo XII (1929-1930)* . Edición Lenguas Extranjeras. Moscú, 1953. Páginas 66 a 68. Disponible en: <http://www.formacion.psuw.org/wp-content/uploads/2013/09/Obras-Escogidas-Tomo-XII-1929-1930.pdf>

<sup>1027</sup> “La deskulakización (en ruso *раскулачивание*, transliterado como *raskuláchivanie*) fue la campaña soviética de represión política contra los campesinos más ricos o kulaks y sus familias, la cual, entre sus arrestos, deportaciones y ejecuciones, terminó afectando muy gravemente a millones de personas en el período 1929-1932. Los campesinos más ricos ya habían sido marcados como “enemigos de clase” por el gobierno de Iósif Stalin. Más de 1,8 millones de ellos serían deportados entre sólo entre 1930 y 1931. El objetivo de la campaña era combatir la contrarrevolución y construir el socialismo no sólo en las ciudades, sino también en las áreas rurales. Esta política estaba asimismo sincronizada con la colectivización, y efectivamente terminaría poniendo a la agricultura en general y a los campesinos en particular bajo el control del Estado Soviético. La “liquidación de los kulaks como una clase social” fue anunciada oficialmente por Iósif Stalin el 27 de diciembre de 1929. La decisión fue formalizada el 30 de enero de 1930 en la resolución “Sobre las

cumplida de forma inmediata y, entrado el año 1932, se arruinó, enjuició, fusiló, deportó y exterminó por hambre a una cantidad de aproximadamente 7 millones de *kulaks* ucranianos y de otros pueblos vecinos (se estima que fue 1 millón de norcaucásicos y 1 millón de kazakos, más pobladores de otras Naciones vecinas): tal número abarcó a campesinos ricos, medios y pobres, a ancianos, mujeres, hombres y niños por igual, quienes murieron por esta catastrófica decisión y la aplicación inmisericorde de las leyes penales comunistas contra el acaparamiento y la especulación.

Es menester mencionar, que el Código Penal Soviético, en el que Lenin<sup>1028</sup> demostró su interés al participar en varias de sus normas revolucionarias para fomentar el “Terror Rojo<sup>1029</sup>” a la aplicación del “Gran Terror” hasta 1938 por Stalin, que permitía de forma expresa el

---

medidas para la eliminación de las viviendas kulak en distritos de colectivización extensiva en la URSS. Todos los kulaks eran oficialmente divididos en tres categorías: Aquellos que debían ser encarcelados o ejecutados, según la decisión al respecto por parte de la muy dura policía política soviética de esa época, el OGPU. Los que serían enviados a Siberia, el norte de los Urales o Kazajistán, después de ser confiscadas sus propiedades. Los privilegiados que no serían fusilados ni enviados a Siberia, pero que serían desalojados de sus hogares y mandados a “colonias de trabajo”, dentro de sus respectivos distritos. Un lugarteniente de Stalin, el jefe del OGPU, Yefim Yevdokimov (ru:) (1891-1940) organizaba y supervisaba las redadas y las ejecuciones masivas de los odiados campesinos kulaks”. Disponible en: <http://es.dbpedia.org/page/Deskulakizaci%C3%B3n>

<sup>1028</sup> “El primer Código Penal soviético, elaborado con la colaboración activa del licenciado Vladimir Illich Ulianov en 1922, aclara este punto. En sus enmiendas, Lenin subraya la necesidad de “poner abiertamente los principios políticamente justos -y no solo los estrictamente jurídicos- motivando la esencia y la justificación del terror (subrayado original de Lenin), su necesidad, sus límites. La jurisprudencia no debe poner fin al terror. Prometerlo sería engañarnos o engañar a los demás; la jurisprudencia debe fundar el terror, legalizarlo en sus principios, claramente, sin ningún engaño”. Y proseguía: “Hay que ampliar la aplicación de la pena de muerte a todas las actividades de Mencheviques, Eseristas, etc.” Y eso que la Guerra Civil ya había terminado”. Entre “todas las actividades” Lenin incluía “la propaganda y la agitación -que- concurren objetivamente a esa franja de la burguesía internacional que no reconoce en Derecho la propiedad Comunista que sustituye al capitalismo; serán castigados con pena de muerte”. El epíteto de “objetivo” deja la puerta abierta a todas las interpretaciones y reduce el Código Penal a una ficción”. MALAVENT, Georges: *El estado vencedor (1922)*. Disponible en: <https://georgesmalavent.wordpress.com/tag/codigo-penal-sovietico/>

<sup>1029</sup> Ver el interesante video *Cielo en la Tierra: El Terror Rojo: Lenin y la Revolución Bolchevique*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=EGf2k9G1PdM> ; también este interesante artículo: *Terror Rojo*. Disponible en: <http://www.eurasia1945.com/acontecimientos/crimenes/terror-rojo/>

principio de analogía y el “Estado Peligroso<sup>1030</sup>”, por lo cual se interpretaba como delito cualquier conducta parecida a la de los tipos penales, algo totalmente opuesto al principio de mera legalidad penal “*nullum crimen sine lege*” como diría el principal teórico del garantismo penal Luigi Ferrajoli<sup>1031</sup> (1995).

Esta cita textual de palabras de Stalin es elocuente: “Si los *kulaks* despliegan una especulación desenfrenada en torno a las precios del grano ¿por qué no los procesáis como especuladores? ¿no sabéis acaso que la ley castiga la especulación, que existe el artículo 107 del Código Penal de la RSFSR (Unión Soviética) en virtud del cual los culpables de especulación incurrir en responsabilidad criminal y la mercancía es confiscada en beneficio del Estado? ¿Por qué no empleáis esta ley contra los especuladores de cereales? ¡¿Teméis acaso perturbar la tranquilidad de los señores *kulaks*?!”<sup>1032</sup>.

<sup>1030</sup> “... En este contexto nació el Código Penal ruso de 1926, que empezó a regir el 1 de enero de 1927 acompañado de una Ley de Introducción que determinaba las reglas de tránsito entre los dos códigos, destacando entre ellas la retroactividad penal en aquellos casos que fuesen favorables para el reo. Se trató de un código que buscaba garantizar la dictadura del proletariado y que nuevamente era causante de la arbitrariedad judicial, aunque como consecuencia de la estabilización del socialismo, se mostraba más benigno que su predecesor en cuanto a la dureza de las penas. Fue un código en el que el Estado Peligroso se vio fortalecido, siendo ejemplo de ello la unificación de las penas y de las medidas de seguridad en “medidas de defensa social”. De hecho, Jiménez de Asua diría al respecto que “jamás ley alguna habrá recibido con ademán tan resuelto el audaz principio del estado peligroso, que se ha hecho señor del código ruso sin restricciones”. Ejemplo de ello era la definición que se hacía de delito: “Se reputa peligrosa toda acción u omisión dirigida contra la estructura del Estado soviético o que perturbe el orden jurídico creado por el Gobierno de obreros y campesinos...”. Además de la referencia al Estado Peligroso que se deduce de la expresión “se reputa peligrosa”, esta definición nos lleva a otra idea, la desaparición del principio *nulla poena sine lege*, ya que no especifica que se consideren delitos aquellas infracciones que se castigan en el código, sino que se refiere a cualquier acción u omisión dirigida contra el Estado. Esto da lugar a la aceptación de la analogía penal como principio propio del derecho soviético, y por consiguiente, se da rienda suelta a la arbitrariedad judicial que ya habíamos venido anunciando...” ROLDAN CAÑIZARES, Enrique: *LA UNIÓN SOVIÉTICA Y EL DERECHO PENAL*, Disponible en: <http://thesocialsciencepost.com/es/2015/02/la-union-sovietica-y-el-derecho-penal/>

<sup>1031</sup> FERRAJOLI, L. (1995) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid-España: Editorial Trotta.

<sup>1032</sup> STALIN, José: *Los acopios de cereales y las perspectivas del desarrollo de la agricultura*. En: *Obras*. Tomo XI (1928-29). Edición de Lenguas Extranjeras. Moscú, 1953. Página 5. Disponible en: <http://www.formacion.psu.org.ve/wp-content/uploads/2013/09/Obras-Escogidas-Tomo-XI-1928-1929.pdf>



Antes que Stalin, ya Lenin había proferido severos ataques a los *kulaks*: “Camaradas! La rebelión de los cinco *volosts*<sup>1033</sup> *kulak* se debe suprimir sin misericordia. El interés de la revolución entera exige esto, porque tenemos por delante ahora nuestra batalla decisiva final “con los *kulaks*”. Necesitamos fijar un ejemplo. 1) Deben ahorcar (ahorcar sin falta, de modo que el público vea) por lo menos 100 *kulaks* notorios, los ricos, y los chupasangres. 2) Publiquen sus nombres. 3) Quítenles todo su grano. 4) Ejecuten a los rehenes - de acuerdo con telegrama de ayer. Esto necesita ser llevado acabo de tal manera que la gente por centenares de millas alrededor verá, temblará, sabrá y gritará: ahorquemos y estrangulemos esos *kulaks* chupasangres. Telegrafíenos reconociendo recibo y ejecución de esto. Suyo, *Lenin*. P.D. Utilicen a su gente más dura para esto.”<sup>1034</sup>

Los hechos históricos que han sido constatados y reconocidos, incluso, por quienes reivindican actualmente el prestigio<sup>1035</sup> de Stalin, es que él había establecido la colectivización forzada del campo, de la propiedad privada y de la economía. Todo ello, a causa de la aplicación masiva del Código Penal. Así, los *kulaks* fueron obligados a vender a

<sup>1033</sup> “*Vólost* (en ruso, волость) era una subdivisión administrativa tradicional de Europa Oriental... Tras la abolición de la *servidumbre rusa* en 1861, el *vólost* se convirtió en una unidad de autogobierno local de los campesinos... Los *vólosts* fueron abolidos por la reforma administrativa de la *Unión Soviética* de 1923-1929. ..” Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/V%C3%B3lost>

<sup>1034</sup> LENIN, V.I.: Telegrama a comunistas de Penza. 11 de agosto de 1918. En: Escrito: El 11 de agosto de 1918. Primera edición: Vía ftp en 1992 por la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos; vía http en 1996 en la página sobre la muestra *Revelations from the Russian Archives* del web de la *Biblioteca del Congreso* de los Estados Unidos en forma facsimilar y en traducción al inglés con el título “*Hanging Order*”. Traducción: Del inglés, por Juan Rafael Fajardo, noviembre de 2000. Esta Edición: Marxists Internet Archive, noviembre de 2000. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/lenin/obras/1910s/11-viii-18.htm>

<sup>1035</sup> “ODC defendemos firmemente al camarada Stalin, el cual es una de nuestras principales fuentes de inspiración, cuya obra teórica y práctica tiene un inmenso valor y al que consideramos un comunista y revolucionario ejemplar. ODC decimos orgullosamente que nos sentimos STALINISTAS (sin referirnos a ninguna etapa o desarrollo del marxismo) por la simpatía e identificación con la práctica y las ideas que defendió el camarada Stalin. Stalin está vivo y estará por siempre en la memoria y en el corazón de todos aquellos verdaderamente comunistas y que no se han dejado embaucar por los cantos de sirena de la democracia capitalista...” Disponible en: <http://odiodeclase.blogspot.com.es/2013/04/recopilacion-de-articulos-de-stalin-y.html>

pérdida la producción de trigo a un precio ínfimo al Estado soviético, para que éste luego lo revendiera a precios internacionales en el exterior. Eso fue rechazado rotundamente por los *kulaks*, quienes eran los campesinos ricos que durante años venían cosechando de forma exitosa el trigo que alimentaba a gran parte de Europa, dada la excelente calidad de las tierras ucranianas, aptas para ese cultivo. El resultado inmediato de esta política fue la ruina de todo el campesinado (ricos y pobres) el desabastecimiento de comida, posteriormente, la muerte masiva por hambre, frío y enfermedades como el tífus, contagiado por las pésimas condiciones higiénicas imperantes.

El rechazo de los *kulaks* a vender barata su producción a la URSS desató la ira de Stalin, quien ordenó la confiscación de toda la producción de trigo, el trigo almacenado en las despensas y los silos para alimentarse durante el invierno (“acaparamiento doméstico”) así como los instrumentos de labranza, y ordenó que fueran detenidos y juzgados los rebeldes bajo la acusación de cometer acaparamiento del trigo y especulación por pretender vender el mismo y obtener una ganancia. Para el socialismo soviético, el lucro era un acto criminal de los “enemigos del pueblo, enemigos de clase”, miembros de la “burguesía agraria”. Cualquier forma de prosperidad de los *kulaks* era perseguida y reprimida ferrozmente<sup>1036</sup> con el Código Penal, bajo la categoría de “delitos contra el Estado”. Esa campaña represiva se llamó oficialmente *deskulakización* o “liquidación de los *Kulaks* como una clase social”.

Ese proceso deliberado de *deskulakización* y aplicación del Código Penal, que fue parte de la política económica del Estado soviético, se ha llamado Holodomor, que significa muerte por hambruna (Holodomor o Golodomor en ucraniano *Голодомор* “matar de hambre”: “*Holod*” significa hambre, y “*moryty*” se traduce como inducir sufrimiento, matar).<sup>1037</sup>

<sup>1036</sup> “La resistencia de los Kulaks (campesinos ricos) constituyó una gran amenaza para el plan quinquenal y para la propia construcción del socialismo. El 27 de diciembre de 1929 Stalin proclamó: ‘hemos pasado de una política de limitación de las tendencias de explotación de los Kulaks a una política de liquidación de los Kulaks como clase social...’. Ver: DIXON, Wilf: *La verdad sobre Stalin*. Disponible en: <https://frentepopular.files.wordpress.com/2009/11/la-verdad-sobre-stalin-wilf-dixon.pdf>

<sup>1037</sup> Ver etimología en: <http://www.significados.com/genocidio/>

El término *Holodomor* fue utilizado por primera vez por el escritor Oleksa Musienko en un reportaje presentado a la Unión de Escritores Ucranianos de Kiev en 1988)<sup>1038</sup>. Desde 1928 y, especialmente entre los años 1932-33, la Unión Soviética había aplicado una política de persecución contra todos los Kulaks de la cuenca rusa del Río Volga, Ucrania Occidental, Bielorrusia, Ciscaucasia y Kazakstán, con consecuencias funestas de millones de muertos (las cifras<sup>1039</sup> van de 7 a 10 millones<sup>1040</sup>, en un promedio de unas 25.000 muertes diarias).

Sin embargo, la cantidad exacta de víctimas es desconocida por causa de la represión y castigos penales, la negación de los hechos y el secretismo que caracterizaba a la URSS causadas por la hambruna originada artificialmente, las deportaciones y ejecuciones masivas, la confiscación de los granos de trigo considerados estos como propiedad social por la “Ley sobre el robo y dilapidación de la propiedad social”, conocida como la “Ley de las cinco espigas”, entre otras medidas y leyes<sup>1041</sup>; confiscación también de las tierras, las cosechas, el ganado, la maquinaria, las herramientas de agricultura y semillas; además,

<sup>1038</sup> NYKONENKO, Oleksandr. *El genocidio en Ucrania* En: <http://www.lanacion.com.ar/774480-el-genocidio-en-ucrania>

<sup>1039</sup> “... El Holodomor fue una de las tragedias humanas por hambre más grandes en la Historia. Durante este genocidio murieron más de 9 millones de personas. Entre las víctimas se contabilizaron 7 millones de ucranianos, 1 millón de norcaucásicos y 1 millón de kazacos. Además la hambruna afectó hasta un total de 40 millones de personas en toda la URSS...” <http://www.eurasia1945.com/acontecimientos/crimenes/holodomor-genocidio-en-ucrania/>

<sup>1040</sup> Ver: <http://www.holodomor.org.uk/>

<sup>1041</sup> Las medidas tomadas por Stalin fueron: “Requisita de la producción de cereal del año y de la simiente para la siembra del año siguiente, de otros alimentos, de las cabezas de ganado y sus crías y de los útiles de trabajo. Aprobación de la *Ley de las espigas* el 7 de agosto de 1932, por la cual cualquier persona que robase alimentos de propiedad estatal podía ser condenada a penas entre diez años de trabajo forzado y pena de muerte. Aprobación del decreto de 22 de agosto de 1932, que prohibía a los campesinos comprar pan. Instauración del pasaporte interior el 27 de diciembre de 1932, que sólo se concedió a los habitantes de las ciudades. El campesino que abandonase su aldea sería considerado “delincuente”. Se prohibió a los koljoes distribuir alimentos a sus miembros mientras no se alcanzasen las cuotas de producción. Se suspendió la venta de billetes de tren en las regiones que padecían hambre. Se pusieron en marcha “cordones policiales” para evitar que los campesinos pudiesen salir de sus distritos”. Ver *Socialismo. Genocidios en la URSS*. Disponible en: <https://laverdadofende.wordpress.com/2013/02/10/socialismo-genocidios-en-la-urss/> por: David López Vizcaíno

incluía penas de hasta 10 años de condena en campos de trabajo forzados esclavos (*Gulag*). Todo ello, como parte de una política criminal que terminó en exterminio decidida por Stalin en el esfuerzo de colectivizar el campo en la Unión Soviética y como efecto de la reticencia de los campesinos a cambiar sus sistemas de cultivo del trigo que les había traído prosperidad y alimentos para otro que les arruinaba.

Con el cese de la Guerra Fría y del intento de expandir la revolución soviética al mundo entero, los procesos de colectivización de la economía y eliminación de la propiedad privada y del lucro han cesado. Es inexplicable, inaceptable y antihistórico que eso sea lo que se ha intentado aplicar en Venezuela con la Ley Orgánica de Precios Justos y otras políticas públicas como han sido las expropiaciones y ocupaciones de empresas, entre otros graves errores.

En conclusión, el Derecho Penal no debe ser usado en sustitución de una política económica que impulse la producción de bienes y servicios, libre, justa, competitiva y próspera, que genere riqueza y empleos dignos. La historia debe ser estudiada para aprender de los errores cometidos, ese es el mensaje para el Estado venezolano y todas sus autoridades. Los ejemplos dramáticos de hambrunas en la URSS, China, Cuba, Corea del Norte y otros países que experimentaron las políticas antieconómicas y usaron el Derecho Penal durante el siglo XX es clara y patente.

La garantía y el respeto del derecho humano de propiedad, de la prosperidad y de la producción de riquezas son las mejores herramientas para atacar la pobreza y las desigualdades sociales. Allí residen los derechos socioeconómicos de todos. Los castigos penales a los productores de bienes y servicios solo produjeron más desabastecimiento, desempleo, pobreza, hambrunas y muertes durante el Siglo XX como nunca antes había ocurrido.

## **V. LOS HECHOS EN VENEZUELA**

De nuestras observaciones, experiencia y consulta a otros expertos para identificar las disfuncionalidades del sistema de justicia penal y evidenciar los casos de violaciones de derechos humanos en el sistema

penal venezolano y aplicación del derecho del enemigo, se pueden sacar las siguientes conclusiones específicas:

- El concepto de Estado Constitucional Democrático y Social de Derecho y de Justicia (“Estado Social de Derecho”) ha sido desmantelado progresivamente, de forma sistemática e intencional por vía de decretos ejecutivos y, en su lugar, se instauró una forma dualista de gobiernos, es decir, un Estado Socialista, en permanente antagonismo con la forma jurídica configurada en la Constitución, la cual es cada día más débil e inoperante, gracias a la destrucción de su contenido mediante la nueva legislación revolucionaria y a las políticas públicas instauradas.
- La operación política para instaurar el Estado Socialista y vaciar de contenido el Estado Social de Derecho se basa en la doctrina y programa del Libro Rojo<sup>1042</sup> del partido de gobierno<sup>1043</sup>, de naturaleza marxista-leninista<sup>1044</sup> y, mientras tanto, sostener un Estado Dual en Venezuela y la correspondiente economía dual comenzó con la fallida reforma constitucional de 2007<sup>1045</sup>,

<sup>1042</sup> “... Para avanzar hacia la sociedad socialista que queremos, necesitamos sustituir el Estado capitalista burgués por un Estado Socialista...” En: *Libro Rojo, Documentos Fundamentales*. Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV). Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) Impreso en Venezuela, junio de 2010. Página 34. Disponible en: <http://www.psu.org.ve/wp-content/uploads/2010/06/Libro-Rojo.pdf>

<sup>1043</sup> “El Primer Congreso Extraordinario del Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), culminó el 24 de abril de 2010 con la aprobación de los documentos que dan formal nacimiento al partido socialista: La Declaración de Principios, Los Estatutos y Las Bases Programáticas del Partido...” Disponible en: [http://www.psu.org.ve/wp-content/uploads/2014/12/Nuevo\\_Libro\\_Rojo\\_PSU.pdf](http://www.psu.org.ve/wp-content/uploads/2014/12/Nuevo_Libro_Rojo_PSU.pdf)

<sup>1044</sup> “El Partido... Se apoyará en los aportes del socialismo científico y en los del Marxismo en tanto a la filosofía de la praxis, herramienta para el análisis crítico de la realidad y guía para la acción revolucionaria...” En: *Libro Rojo, Documentos Fundamentales*. *Ibidem*. Página 38.

<sup>1045</sup> “... Propongo al Pueblo Soberano modificar el Artículo 16 De la forma siguiente: Artículo 16: “...Las Comunas serán las células geo-humanas del territorio y estarán conformadas por las Comunidades, cada una de las cuales constituirá el núcleo espacial básico e indivisible del Estado Socialista Venezolano, donde los ciudadanos y las ciudadanas comunes tendrán el poder para construir su propia geografía y su propia historia...” Disponible en: <http://cdn.eluniversal.com/2007/08/16/reformaconstitucional2.pdf> y la versión final en: <http://ia601408.us.archive.org/25/items/www.morochos.orgPropuestadereformaConstitucional/ReformaConstitucionalfinal.pdf>

la cual fue rechazada en referéndum<sup>1046</sup> por la mayoría de votantes convocados como Poder Constituyente originario, según la mejor doctrina constitucional.

- i. El efecto de todo este proceso ha sido el desmantelamiento de la protección de los derechos humanos, tanto en el plano nacional como en el internacional (P. ej. el retiro inconstitucional de la Corte IDH).
  - ii. Esta forma dualista de ejercicio del poder ha instalado una política criminal basada en el derecho penal máximo, también llamada “derecho penal del enemigo”, cuya versión doctrinaria es el “enemigo de clase” o “enemigo del pueblo”, todo lo contrario a los Tratados Internacionales en DH y a la propia Constitución venezolana.
- A pesar del rechazo de los votantes en el referendo de 2007 a la forma socialista de Estado se han dictado cientos de Decretos, normas y políticas de gobierno judicial en abierta contradicción con los estándares internacionales en derechos humanos, los cuales han vaciado de contenidos esenciales a la Constitución. Ello se ha logrado al amparo de las leyes habilitantes, los estados de excepción y de emergencia económica.
  - Hay consenso en la comunidad de ONG derechos humanos y del medio jurídico doctrinario acerca de las distorsiones del Estado de Derecho: El Poder Judicial no es autónomo y la gran mayoría de los jueces no son independientes en sus decisiones. Muchos de ellos confiesan a los abogados de los defendidos que “esperan instrucciones para tomar decisiones”. Ello traba todo procedimiento penal y lo hace kafkiano, lento y torturante, prevaleciendo el maltrato físico y moral a todo detenido, sus abogados y familiares. Ello se hace evidente en la reiterada afirmación socialista sobre los presos políticos, a quienes se les llama “políticos presos”, a fin de estigmatizarlos.

---

<sup>1046</sup> Se trató de modificar 69 artículos para cambiar el estado Social por un Estado Socialista. Ver resultados de la votación en: [http://www.cne.gob.ve/divulgacion\\_referendo\\_reforma/](http://www.cne.gob.ve/divulgacion_referendo_reforma/) . La documentación del tema se puede ver en: [https://es.wikipedia.org/wiki/Refer%C3%A9ndum\\_constitucional\\_de\\_Venezuela\\_de\\_2007](https://es.wikipedia.org/wiki/Refer%C3%A9ndum_constitucional_de_Venezuela_de_2007)

- Algunos de los hechos más evidentes son los siguientes:
  - i. Desde la Sala Constitucional (“SC”) del TSJ se ha venido adelantando una política judicial de ir desmontando de forma progresiva el sistema de división del Poder Público, esencia del Estado de Derecho, para supeditar el Poder Judicial al Poder Ejecutivo y al partido de gobierno (“PSUV”).
  - ii. Las más de 50 sentencias contra las decisiones de la Asamblea Nacional evidencian la supeditación del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, especialmente en las sentencias 155<sup>1047</sup> y 156<sup>1048</sup> de marzo de 2017, en las cuales el TSJ suplanta al Poder Legislativo a petición de funcionarios, abogados oficialistas y de PDVSA.
  - iii. Un ejemplo adicional de esa intencionalidad se encuentra en la opinión sustentada por quien fuese presidenta del TSJ, Magistrada Luisa Estela Morales quien afirmó que “La división de poderes debilita al Estado.”<sup>1049</sup>
  - iv. Sólo el 33% de los jueces son titulares en sus cargos, es decir, el 77% de los jueces son provisionales, distribuidos entre “temporales, ocasionales, accidentales o provisorios”. Los titulares son jueces antiguos que esperan su jubilación.
  - v. Los pocos jueces que no se han acoplado a los dictados políticos del Poder Ejecutivo o que contradicen las líneas del partido oficial (“PSUV”) son removidos de sus cargos sin proceso alguno, luego enjuiciados penalmente y expuestos al escarnio público (P. ej. Jueza Afuni). Luego de ese caso, nadie más se atreve a disentir en el Poder Judicial.
  - vi. De forma adicional, en reciente sentencia de la Sala Constitucional del TSJ (Expediente N° 09-1038, del 04 días del mes de febrero de 2016 Disponible en: <http://historico.tsj.gob>.

<sup>1047</sup> Versentencia: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML>

<sup>1048</sup> Versentencia: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML>

<sup>1049</sup> “No podemos seguir pensando en una división de poderes porque eso es un principio que debilita al Estado”, afirmó la también presidenta de la Sala Constitucional en entrevista concedida a la estatal Venezolana de Televisión (VTV)...” Disponible en: [http://www.eluniversal.com/2009/12/05/pol\\_art\\_morales:-la-divisio\\_1683109.shtml](http://www.eluniversal.com/2009/12/05/pol_art_morales:-la-divisio_1683109.shtml)

ve/decisiones/scon/febrero/184735-06-4216-2016-09-1038. HTML) se decidió suspender cautelarmente varios artículos del Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana (“Código de Ética”) hasta tanto se decida el fondo de la causa. En consecuencia, no existe control ético de los jueces ni debido proceso para canalizar hechos disciplinarios. Las medidas y sanciones a los jueces son discrecionales, inapelables y sumarias (P. ej. Caso Apitz y otros).

- vii. El Poder Judicial interactúa en la mayoría de los casos, en obediencia ciega a lo que traen las policías sin filtro jurídico y, poco a poco, desoyen a la Fiscalía.
- viii. El Ministerio Público ha venido actuando de forma más independiente últimamente. Eso quiere decir, que no está cooperando en con los abusos y las violaciones de derechos humanos, como lo hacía en tiempos del Presidente Chávez (P. ej. caso Mezherane).

## **VI. OTROS RASGOS DEL DERECHO DEL ENEMIGO**

La tardanza en los procesos penales es una marca indeleble del sistema judicial venezolano. La reforma de 1998 al sustituir el sistema inquisitivo por uno acusatorio con el Código Orgánico Procesal Penal (“COPP”) ha sido un fracaso. Las causas de ello son diversas:

- i. La SC del TSJ ha ido quitando sustancia al modelo acusatorio con diversas sentencias que han debilitado la estructura del proceso penal en temas como transparencia, publicidad, intermediación y celeridad. Especialmente, durante la fase preliminar, que es donde más problemas se observan. Un ejemplo ello es la detención arbitraria, que se ha hecho una norma de aplicación masiva al no realizarse con orden judicial o bajo condiciones de flagrancia. En mi opinión, esto es un crimen de lesa humanidad, de conformidad al Estatuto de Romas de la CPI.
- ii. Muchos de los operadores de justicia no acomodaron sus mentes y malas prácticas al nuevo sistema acusatorio y se



ha retornado a los viejos vicios: la detención preventiva de hasta 48 horas se ha alargado como rutina hasta por 4 años sin juicio ni condena.

- iii. Las sucesivas reformas al COPP han ido acomodando las instituciones procesales a la conveniencia de policía, jueces y fiscales, alargando lapsos y eliminando derechos de los imputados y de las víctimas.
  - iv. La participación ciudadana (jurados y escabinado) fue eliminada de raíz, bajo la excusa de que retardaban el proceso: los hechos demuestran la falsedad de esa justificación; ahora el retardo judicial es mayor.
  - v. La publicidad de los juicios es una utopía. Solo entran a la audiencia personas seleccionadas y no bloqueadas por los organismos militares y policiales. Ello impide el monitoreo y la auditoría de los casos por parte de expertos y ONG.
  - vi. La libertad de expresión es perseguida con ensañamiento y los casos privados se han convertido en asunto de Estado involucrando hasta la Interpol (P. ej. Caso de Tal Cual, Genatios y otros, citado por la Comisión IDH en el capítulo IV, p. 80, 2015).
- El procedimiento penal en Venezuela se ha vuelto kafkiano, nuevamente, como en los tiempos del “secreto sumarial”, por la falta de transparencia, el secretismo y las distorsiones producidas por interferencias externas. Ello ocurre en los casos de presos políticos, comunes o en los casos de comerciantes detenidos injustamente por causa de “órdenes superiores” y la “guerra económica”, la cual es, en realidad, una modalidad de la economía colectivista con expropiaciones gratuitas y violaciones masivas del derecho de propiedad (P. ej. caso Kreissel<sup>1050</sup>)
  - En medio de la tardanza judicial y el secretismo se hace casi imposible poder documentar casos de violaciones de derechos humanos: los jueces no permiten ver el expediente a los abogados de los investigados ni obtener documentación; menos aún

---

<sup>1050</sup> Ver: <http://efectococuyo.com/principales/sundde-decomiso-mas-de-3-millones-de-juguetes-a-kreisel-y-los-repartira-en-los-clap>

a los defensores de DH y ONG; tampoco a la Defensoría del Pueblo. Es una fase de secretismo en la cual se conjugan dos factores complementarios:

- i. Los jueces penales casi no dan Despacho. Así, el ocultamiento de las irregularidades, vicios y abusos no pueden corregirse ni apelarse por la vía procesal;
  - ii. la incapacidad material de dar información: falta de papel, de impresoras, de tóner, etc.
- Persiste la cultura inquisitorial de años (y siglos) atrás de presumir la culpabilidad de cada sospechoso, imputado o acusado, según la etapa del proceso. Ello desata malos tratos y torturas al “presunto culpable” con la frase consabida de “preso es preso”. Así, la detención preventiva (“DA”) se ha convertido, otra vez, en una pena anticipada que suele durar años sin juicio ni sentencia.
  - Tales DA se realizan en aplicación discrecional, abusiva y discriminatoria de la violencia legal del Estado contra empresarios y líderes presuntos opositores al gobierno y se distribuyen, además, entre todas las capas de la población civil indefensa, las variadas clases y grupos sociales. Además de empresarios, las DA incluye a estudiantes, dirigentes políticos y sociales, abogados, defensores de derechos humanos, activistas políticos, periodistas, manifestantes y hasta transeúntes ocasionales, etc. El patrón de conducta es de intervencionismo del Poder Ejecutivo<sup>1051</sup> y el uso de fuerzas militares o de inteligencia como sustitutos del Poder Judicial, del Ministerio Público y organismos especializados de investigación penal.
  - La designación de abogados inidóneos, militantes y simpatizantes del partido de gobierno y sin carrera judicial o profesional de méritos en los cargos de magistrados y de jueces es un factor de mucho peso en el proceso de degradación del Poder Judicial y su sumisión ante factores externos que le interfieren.
  - Además, se ha vuelto rutina la desaparición forzada del preso por horas o días mientras se decide ante qué juez presentarlo.

<sup>1051</sup> Ver video con declaraciones del Ex Magistrado Eladio Aponte Aponte. Disponible en: <http://reporteconfidencial.info/noticia/3169021/texto-completo-eladio-aponte-aponte-entrevista-exclusiva-soitv-video-completo>

Ello ocurre en casos de detenidos por razones políticas o empresarios, especialmente. Es una modalidad de desaparición forzada exprés. En esas horas o días, no se sabe dónde está el detenido y si sufre o no de torturas (P. ej. Braulio Jattar).

- También el secuestro y la extorsión<sup>1052</sup> realizados por autoridades policiales dedicadas al delito se ha visto incrementadas de forma exponencial.
- Poco a poco los policías, especialmente de inteligencia y seguridad del Estado (SEBIN e inteligencia militar), han sustituido al Ministerio Público: tales funcionarios no son expertos en investigaciones penales ni criminalística sino que hacen inteligencia de seguridad del Estado, pero son quienes detienen a cualquier persona que hayan seleccionado como objetivo y la presentan ante tribunales de control sin pruebas fehacientes, pero sí con actas policiales elaboradas por ellos con graves defectos probatorios y muy deficiente redacción.
  - i. Los procedimientos son amañados con testimonios de los llamados “patriotas cooperantes” o las “fuentes vivas de información”, que son soplones que colaboran con estos cuerpos policiales al prefabricar casos con pruebas forjadas que luego se siembran en allanamientos y detenciones arbitrarias (P. Ej. Rosmit Mantilla).
  - ii. Se trata de calumnias, falsos positivos o simulaciones de hechos punibles, bajo el eufemismo “los hechos no revisten carácter penal”, hechos que quedan impunes porque no se procesan por parte del Ministerio Público ni figuran en las estadísticas como abusos o violaciones de derechos humanos. También se observan casos con imputaciones erróneas, llevados a tribunales militares (P. Ej. Érica Moncada acusada de atacar a un centinela militar). Estos disparates generan varias conductas de los Jueces de Control y de los fiscales, a saber:

<sup>1052</sup> Ver: <http://runrun.es/nacional/venezuela-2/292222/sebin-no-acata-ordenes-de-tribunales-y-cobra-10-mil-para-liberar-a-detenidos.html> y <http://efectococuyo.com/principales/nuevo-metodo-de-extorsion-es-realizado-desde-comisarias-policiales-y-via-telefonica>

- Los fiscales no presentan acusaciones, son omisos o argumentan que no hay delito.
- Sin embargo, los jueces no deciden o no ejecutan sus decisiones en diversos casos (P. ej. Yon Goicoechea)
- En la mayoría de los casos que deciden medidas de libertad condicional los agentes policiales del SEBIN se niegan a recibir la orden de libertad emanada del tribunal.

Las detenciones arbitrarias contra empresarios<sup>1053</sup> y otros líderes sociales, políticos o económicos tienen un patrón sistemático de

---

<sup>1053</sup> Algunos de los casos de DA contra empresarios. Ver casos:

1. Empresario Nelson Mezherane (Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Enero/06-17113-2013-07-0340.html>);
2. Econoinvest y otras Casas de Bolsa (Disponible en: <http://econoinverdad.blogspot.com/2012/06/onu-declaro-arbitraria-detencion-en.html>),
3. Banqueros perseguidos por causa de la crisis bancaria (Disponible en: <http://www.noticias24.com/actualidad/noticia/335690/jaua-por-primera-vez-en-la-historia-de-venezuela-hay-banqueros-y-funcionarios-presos-por-estafadores/>);
4. Urbanizadores y constructores de viviendas <http://www.noticias24.com/actualidad/noticia/180577/advierde-a-duenos-de-constructoras-que-no-quieran-protocolizar-que-hasta-las-viviendas-se-las-va-a-expropiar/>);
5. Carlos Genatios articulista de TalCual y sus directivos (<http://amnistia.ning.com/profiles/blogs/la-imposible-difamaci-n-de-talcual-y-genatios>);
6. Caso de directivos de TalCual, El nacional y la patilla (Disponible en: <http://efectococuyo.com/efecto-cocuyo/las-10-claves-de-la-demanda-de-diosdado-cabello-contratres-directivos-de-medios-de-comunicacion>);
7. Gerentes de Farmatodo (“...Anoche, el presidente Nicolás Maduro anuncio la detención de los “dueños” de Farmatodo, sin nombrarla, y dijo que a esos “conspiradores” “les pusimos los ganchos”. “Son varios conspiradores, dueños de tiendas, los tengo presos en el Sebin. Le he pedido a la Fiscalía que acelere todos los cargos para que vayan bien presos y dejen de estar saboteando al pueblo venezolano. Los agarramos ayer con las manos en la masa” dijo durante la celebración de los 198 años del nacimiento del general Ezequiel Zamora desde Cúa, estado Miranda... (Disponible en: <http://www.noticierodigital.com/2015/02/quienes-son-los-detenido-en-el-caso-farmatodo/>);
8. Abogado Tadeo Arrieche y gerentes de la empresa de distribución alimentos Día a Día (Disponible en: <https://www.venezuelaawareness.com/2015/02/10f-privado-de-libertad-apoderado-de-cadena-de-supermercados-dia-a-dia/>);
9. Gerentes de la cadena de Automercados Plazas (“...O corren o se encaraman burgueses (...) Pasé por una cola de Plazas (supermercado), mandé al Sebin inmediatamente porque yo sé que ese gerente está conspirando para que el pueblo se irrite, para que el pueblo se moleste. Me lo detienen inmediatamente. Se les acabó el tiempo

ejecución: los realizan organismos policiales o militares de inteligencia y sin orden judicial, algunas veces durante un allanamiento con dudosas pruebas y testigos amañados (“patriotas cooperantes” o “fuentes vivas de información”) quienes son simpatizantes del partido de gobierno o de los llamados “colectivos”. Las imputaciones tienen que ver con la legislación penal contra el financiamiento del terrorismo y la delincuencia organizada o delitos de tradición marxista-leninista como especulación y acaparamiento<sup>1054</sup>. Generalmente, los bienes de los empresarios son expropiados sin indemnización.

Pero, no solamente la DA es una grave violación de derechos humanos acrecentada por las pésimas condiciones de reclusión y el hacinamiento en los centros de detención preventiva, sino también el sistema penitenciario y el cumplimiento de la pena se aleja en mucho de los estándares internacionales y en el cumplimiento estricto de la Constitución vigente en Venezuela. A ello se agrega el hecho de no liberar a los condenados que se consideran presos políticos, a pesar de cumplir sus condenas de forma completa según los cómputos legales, como lo ha afirmado Amnistía Internacional.

Distintos organismos internacionales, expertos y ONG han dicho lo siguiente acerca de las DA:

---

saboteadores, ya basta. Tienen los productos pero le cierran las puertas al pueblo para ponerlos a sufrir en el sol. No lo permitamos, actuemos con manos de hierro con toda esta gente”... “Ya está preso el gerente de automercados este que le cerró las puertas al pueblo hoy aquí en Guarenas y donde yo vea cosas así, me llamarán dictador pero voy a imponer la ley para que se respete al pueblo, ya basta”, pronunció. (Disponible en: <http://laiguana.tv/articulos/18058-automercados-plazas-maduro-sebin-presos-saboteo>);

10. Trabajadores de Empresas Polar; los ejecutivos de la empresa de informática Credicard (5 presos que serán castigados severamente. Disponible en: <http://noticiaaldia.com/2016/12/los-gerentes-de-credicard-seran-severamente-castigados-segun-maduro-video/>);
11. Detención del periodista Braulio Jatar (Ver: <http://sinmordaza.org/infodddh.php?id=41>);
12. Caso de empleados de la distribuidora de juguetes Kreissel <http://notitotal.com/2016/12/13/sundde-solicitar-proceso-legal-dirigentes-la-mud-economistas-llamar-robo-acciones-kreissel/>;
13. Y muchos otros casos que no han tenido visibilidad por efectos de la censura comunicacional.

<sup>1054</sup> Ver: [http://www.eluniversal.com/noticias/opinion/acaparamiento-especulacion\\_193592](http://www.eluniversal.com/noticias/opinion/acaparamiento-especulacion_193592)

1. En opinión del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias<sup>1055</sup> de las Organización de las Naciones Unidas, el organismo especializado más importante del mundo para calificar la situación de casos de detenciones arbitrarias, ha detectado un patrón sistemático en la República Bolivariana de Venezuela, a partir de las Opiniones emitidas anteriormente, sobre la revisión de múltiples casos. “... El Grupo de Trabajo al identificar un patrón sistemático de detenciones arbitrarias en la República Bolivariana de Venezuela, a partir de las Opiniones emitidas anteriormente. (Casos: No. 26/2015, Sres. Gerardo Ernesto Carrero Delgado, Gerardo Rafael Resplandor, Nixon Alfonso Leal Toro, Carlos Pérez y Renzo David Prieto Ramírez; No. 7/2015, Sr. Rosmit Mantilla; No. 1/2015, Sr. Vincenzo Scarano Spisso; N.º 51/2014, Sr. Maikel Giovanni Rondón Romero y otras 316 personas; N.º 26/2014, Sr. Leopoldo López; N.º 29/2014, Sr. Juan Carlos Nieto Quintero; N.º 30/2014, Sr. Daniel Omar Ceballos Morales; N.º 47/2013, Sr. Antonio José Rivero González; N.º 56/2012, Sr. César Daniel Camejo Blanco; N.º 28/2012, Sr. Raúl Leonardo Linares; N.º 62/2011, Sr. Sabino Romero Izarra; N.º 65/2011, Sres. Hernán José Sifontes Tovar, Ernesto Enrique Rangel Aguilera y Juan Carlos Carvallo Villegas; N.º 27/2011, Sr. Marcos Michel Siervo Sabarsky; N.º 28/2011, Sr. Miguel Eduardo Osío Zamora; N. 31/2010, Sres. Santiago Giraldo Florez; Luis Carlos Cossio; Sra. Cruz Elba Giraldo Florez; Sra. Isabel Giraldo Celedón; Sres. Secundino Andrés Cadavid; Dimas Oreyanos Lizcano y Omar Alexander Rey Pérez; N. 10/2009, Sr. Eligio Cedeño), insta al Gobierno a que adopte todas las medidas necesarias para cumplir con ellas y garantizar el derecho de todos los venezolanos y de quienes viven bajo su jurisdicción a no ser arbitrariamente privados de su libertad...” Ver: Consejo de Derechos Humanos Grupo de Trabajo sobre la DA. *Opiniones adoptadas por el Grupo de Trabajo sobre la DA en su 73.º período de sesiones (31 agosto a 4 de septiembre de 2015)*. Disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/Opinions2015AUV/Opinion%202015%2027\\_Venezuela\\_D%C3%ADaz\\_AUV.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/Opinions2015AUV/Opinion%202015%2027_Venezuela_D%C3%ADaz_AUV.pdf)

<sup>1055</sup> Ver: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2014/08/ES-Factsheet-WGAD-formato.pdf>

2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha referido esta situación en su informe 2015, Capítulo IV de esta forma: “30. En general, la Comisión ha recibido información que indica que la situación de violencia y criminalidad en Venezuela en 2015 ha sufrido una escalada<sup>25</sup>. Asimismo, ha observado el incremento del abuso de la fuerza por parte de las fuerzas seguridad en operaciones armadas de control ciudadano, así como el incremento de ejecuciones extrajudiciales y detenciones arbitrarias e ilegales...”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/docs/InformeAnual2015-Cap4-Venezuela-ES.pdf>
3. Según la ONG PROVEA las cifras disponibles del año de 2015 son estas: “17.071 personas fueron aprehendidas en redadas, número es 494% superior al de 2014. En algunos operativos realizados en Caracas las autoridades han informado sobre la aprehensión de más de mil personas, pero solamente 100 han terminado siendo puestas a disposición de los fiscales y jueces, según ha reconocido el propio Ministerio del Interior...” Fuente: PROVEA: <http://www.derechos.org.ve/pw/wp-content/uploads/Derecho-a-la-Libertad-Personal.pdf> Y <http://cronica.uno/provea-acusa-a-la-olp-de-llevar-mas-sufrimiento-a-las-barriadas-populares/>
4. La ONG Foro Penal Venezolano afirma: “Desde enero de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2016, el Foro Penal Venezolano ha registrado 6.535 arrestos con fines políticos, por distintos motivos que van desde la publicación de mensajes en redes sociales contra el gobierno nacional o algún funcionario público, al haber participado en una manifestación política o protesta social contra la escasez de alimentos o productos básicos, inseguridad o mal funcionamiento de un servicio público, entre otros...” Fuente: <https://foropenal.com/content/reporte-sobre-la-represion-del-estado-venezolano-septiembre-2016-resumen-ejecutivo>.  
“La madrugada de este 31 de diciembre fueron liberados siete presos políticos, quienes quedan bajo régimen de presentación al tribunal y con prohibición de salir del país, de acuerdo a Alfredo Romero, director del Foro Penal Venezolano. Gerardo Carro, Nixon Leal, Angel Contreras, Skarlynn Duarte y Yeimi Valera ya se encuentran en libertad. También el exgobernador del Zulia,

Manuel Rosales, salió del arresto domiciliario, según él mismo confirmó por Twitter...” Fuente: <https://foropenal.com/content/liberan-siete-presos-politicos-durante-la-madrugada-de-este-31-de-diciembre> )

5. Para el Examen Periódico Universal 2016 (2° Ciclo) de Venezuela, varias ONG<sup>1056</sup> reportaron que:
  - a. “En varios estados del país, principalmente en fronterizos como Zulia y Táchira, la sola posesión de alimentos regulados o productos de primera necesidad ha sido objeto de imputación de delitos contemplados en Código Penal, Ley Orgánica de Precios Justos y Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, siendo calificaciones comunes: contrabando de extracción, acaparamiento, especulación, legitimación de capitales y usura. La ONG Movimiento Vino Tinto ha contabilizado unas 9.400 detenciones de personas en fila por este tipo de delitos desde 2015, vulnerando derechos del consumidor, acceso a la justicia y debido proceso. En el estado Zulia, se han denunciado casos graves, en los que se imputa delito de contrabando de extracción por posesión de hasta 2 o 3 productos regulados. También se han denunciado detenciones de grupos de personas por pernoctar días antes frente a expendios a la espera de productos, con base en presuntos decretos emanados de Alcaldías y Gobernaciones no publicados...”
  - b. Espacio Público documentó En 2014, 8 usuarios de *twitter* fueron detenidos por difundir información incómoda al gobierno y acusados, en su mayoría, de instigación pública, incitación al odio y agavillamiento; 5 de estas personas fueron liberadas, una de ellas estuvo 9 meses privada de libertad y, hasta marzo de 2016, 3 permanecían detenidas. La difusión de información o emisión de opinión es calificada de hecho como un delito penal...
  - c. En el 4to examen periódico de Venezuela de 2014 ante el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, sus comisionados

---

<sup>1056</sup> Examen Periódico Universal 2° Ciclo Venezuela 2016. *Contribuciones de la Sociedad Civil Venezolana*. Disponible en: <http://www.examenonuvenezuela.com/web/wp-content/uploads/2016/10/Hojas-Informativas-EPU-Venezuela-2016.pdf>



expresaron alarma por denuncias sobre actos de tortura y malos tratos de personas arrestadas en las manifestaciones de 2014, que incluían palizas, descargas eléctricas, quemaduras, asfixia, violación sexual y amenazas, con el objeto de destruir pruebas, obtener información o confesión, castigar e incurrir en discriminación por género. De las 185 investigaciones del Ministerio Público, sólo había 5 acusaciones. También preocupó saber que parte de los afectados no habría denunciado por temor a represalias y que no se estaba aplicando el Protocolo de Estambul en informes médico-forenses. El Comité tomó nota de 3.306 personas, incluidos 400 adolescentes, detenidas como resultado de las manifestaciones, según registros del Ministerio Público y manifestó preocupación por informes concordantes en los cuales se denunció que un gran número de estas detenciones fueron arbitrarias, sin orden judicial ni flagrancia, como en el caso de detenciones en las residencias aledañas a los lugares de las manifestaciones. Los comisionados también trató sobre las detenciones prolongadas y arbitrarias de los opositores Leopoldo López y Daniel Ceballos, y otros, y de violaciones a integridad personal y debido proceso en estos casos.

- d. Entre 1989 y 2013, 10.400 personas fueron detenidas por cuerpos de seguridad durante la organización o desarrollo de manifestaciones. En los 4 primeros meses del año 2014, la cifra de detenciones fue el equivalente a 30% del total de detenciones a manifestantes en esos 24 años. Durante el primer semestre de 2014, 21,31% de las manifestaciones fueron reprimidas, siendo la Guardia Nacional Bolivariana (GNB) el organismo responsable de la mayor cantidad. A partir del análisis de 37 expedientes de tribunales penales que involucran a 399 personas detenidas durante las protestas de 2014, CDH-UCAB constató el carácter arbitrario de las detenciones en el marco de manifestaciones, el ocultamiento de evidencias de tortura y la irregularidad de los procesos posteriores. No se conocen casos en que las autoridades hayan desarrollado acciones para resarcir a las víctimas y, en los pocos casos en los que se ordenó investigación y los agresores están plenamente identificados, éstos todavía no han sido

- llamados a declarar, permanecen activos y, en algunos casos, han realizado acciones de intimidación en contra de víctimas, sin que se haya brindado una protección efectiva a las mismas.
- e. Asimismo, CODHEZ y la Comisión Inter-institucional de Derechos Humanos del Estado Zulia, conocieron de 150 de unos 453 casos de detenciones arbitrarias reportados en el marco de las manifestaciones en el año 2014 ocurridas en la ciudad de Maracaibo, estado Zulia, constatando violaciones a libertad y seguridad personales, debido proceso, integridad física, psíquica y moral, llevadas a cabo de forma reiterada por los organismos del Estado venezolano contra los manifestantes.
  - f. En las manifestaciones de 2013 y 2014, hubo amplio despliegue de efectivos militares y tanques de guerra que conllevaron toques de queda, allanamientos de viviendas y detenciones arbitrarias, sin medida de estado de excepción. En 2015, se activó el plan de seguridad “Operación de Liberación y Protección del Pueblo” (OLP) que consistió en tomas y allanamientos efectuados por militares y policías en distintas partes de ciudades del país, generalmente sectores populares, en las que PROVEA registró 13 mil allanamientos ilegales, 976 violaciones del derecho a la vivienda por demoliciones y desalojos arbitrarios, unas 125 ejecuciones extrajudiciales y 8 mil detenciones arbitrarias, de las cuales más de 40 fueron de ciudadanos colombianos que fueron apresados simplemente por su nacionalidad. Según el Ministerio de Interior, Justicia y Paz, en estos operativos se practicaron más de 9.500 detenciones, de las cuales solamente 1.500 personas fueron presentadas ante el Ministerio Público...”
6. “... Amnistía Internacional ha conocido los casos Marco Hurtado y Arube Pérez, quienes deben recibir una reducción de sus penas como reconocimiento su comportamiento durante la privación de libertad que han soportado desde 2002 a partir un proceso plagado de irregularidades<sup>1057</sup>. El tiempo restante de sus penas debe ser

---

<sup>1057</sup> Ver resumen del caso Simonovis, Vivas, Forero y otros funcionarios. Disponible en: [http://www.uru.org/papers/ddhh/PresosPoliticoss/2005\\_PP\\_varios/RESUMEN\\_CASO\\_IVAN\\_SIMONOVIS\\_Largo.pdf](http://www.uru.org/papers/ddhh/PresosPoliticoss/2005_PP_varios/RESUMEN_CASO_IVAN_SIMONOVIS_Largo.pdf)

reducido por el Tribunal de Ejecución que conforme a la legislación venezolana, corresponden a toda persona privada de libertad; la organización cree que en casos como los de Hurtado y Pérez, así como en muchos otros hay factores que, tomados en conjunto, presentan sólidos motivos para redimir la pena impuesta a estas personas. Según el derecho internacional de los derechos humanos, el objetivo esencial del sistema penitenciario debe ser la rehabilitación y reinserción social de las personas privadas de libertad, no la venganza...” (Disponible en: <https://www.derechos.org/ve/actualidad/amnistia-internacional-venezuela-negar-arbitrariamente-la-redencion-de-las-penas-provoca-nuevas-violaciones-a-ddhh-y-no-hace-justicia-a-las-victimas>).

7. “Amnistía Internacional ha recibido información preocupante de que varias personas que han sido liberadas por los tribunales siguen privadas de libertad. Las autoridades de la policía política argumentan no haber recibido las órdenes de los tribunales aun cuando consta en los expedientes que las boletas de excarcelación fueron expedidas; entre ellos los casos de Yon Goicoechea y José Vicente García, ambos militantes del partido político Voluntad Popular quienes según información recibida por Amnistía Internacional a pesar de contar con medidas de libertad ordenadas por tribunales continúan reclusos en la sede del Servicio Bolivariano de Inteligencia (SEBIN) en la ciudad de Caracas, capital de Venezuela...” (Ver: *Amnistía Internacional | Venezuela: Autoridades policiales deben cumplir con libertades ordenadas por los tribunales penales*. Disponible en: <https://www.derechos.org/ve/actualidad/amnistia-internacional-venezuela-autoridades-policiales-deben-cumplir-con-libertades-ordenadas-por-los-tribunales-penales> ).
8. Amnistía Internacional, en su informe 2016-2017 dijo esto: “El gobierno declaró el estado de excepción y lo prorrogó cuatro veces. La mayoría de las personas sospechosas de ser responsables de crímenes de derecho internacional y violaciones de derechos humanos cometidos durante las protestas de 2014 todavía no habían comparecido ante la justicia. Continuaban la violencia y el hacinamiento en las prisiones. Las sobrevivientes de violencia de género se enfrentaban a considerables obstáculos para acceder a la

justicia. Buscando su descrédito, se lanzaban frecuentes campañas de discriminación contra periodistas y defensores y defensoras de los derechos humanos, que también sufrían agresiones e intimidación. Se siguió encarcelando a personas críticas con el gobierno y a miembros de la oposición política. Se denunció el uso excesivo de la fuerza por parte de la policía y de las fuerzas de seguridad”. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/countries/americas/venezuela/>

9. Según informa la ONG Acceso a la Justicia: “En estas navidades, en medio de una inédita escasez de alimentos, medicinas y hasta de efectivo, el Superintendente Nacional de la SUNDDE (Superintendencia de Precios Justos) anunció que tomó importantes medidas para entregar juguetes y ropa a la población (sin decir nada sobre la ausencia de alimentos o medicinas), mediante el decomiso de casi 4.000.000 de juguetes a la empresa Kreisel, la detención de dos de sus gerentes y la rebaja de hasta un 80% de la ropa de EPK, un empresa de ropa infantil, sin seguir procedimiento administrativo alguno...” (Disponible en: <http://www.accesoalajusticia.org/wp/infojusticia/noticias/con-arbitrariedad-no-hay-navidad/>).
10. “Las negociaciones establecidas por la Iglesia Católica y la embajada de España permitieron que el gobierno de Venezuela liberara a seis presos políticos, una medida que busca distender la relación con la oposición para poder retomar el diálogo que se encuentra trabado...” Disponible en: <http://www.valoresreligiosos.com.ar/Noticias/venezuela-por-la-mediacion-de-la-iglesia-liberan-a-presos-politicos-8950> ).
11. Según Amnistía Internacional “Las autoridades venezolanas están utilizando el sistema de justicia de manera ilegal para incrementar la persecución y los castigos contra quienes piensan diferente, dijo Amnistía Internacional en un nuevo informe publicado hoy en medio de crecientes protestas alrededor del país que han dejado varios muertos, cientos de heridos y detenidos. Silencio a La Fuerza: Detenciones Arbitrarias por Motivos Políticos en Venezuela detalla el catálogo de acciones ilegales por parte de las autoridades venezolanas para reprimir la libre expresión. Estas incluyen las detenciones sin órdenes judiciales por parte del Servicio Bolivariano de

Inteligencia Nacional (SEBIN), el procesamiento de activistas pacíficos por delitos “contra la patria” y la imposición de medidas de prisión preventiva sin justificación y campañas difamatorias en medios de comunicación contra miembros de la oposición, entre otras medidas. (Ver: Amnistía Internacional. Silencio a la fuerza. Disponible en: <https://www.amnistia.org/ve/noticias/2017/04/1934/amnistia-internacional-lanza-campana-global-contra-detenciones-arbitrarias-en-venezuela-silenciadxsalafuerza> ).

## VII. CONCLUSIONES

Los efectos del Estado Dual son catastróficos para la sociedad en su totalidad, la economía y el funcionamiento de todas las instancias públicas de gobierno. El derecho penal del enemigo derivado del Estado Dual es, también, catastrófico. La corrupción que genera el Estado Dual en beneficio de los “amigos” es el más costoso de los impuestos que puede sufrir cada individuo y su entorno familiar. Es la ruina de todos. Significa la violación más grande imaginable de todos los derechos de todos. Asimismo, genera condiciones insufribles de violaciones a los derechos humanos: quien detenta el poder en el Estado Dual quiere mantenerlo a toda costa, sacrificando a los pobladores manteniéndoles en la menesterosidad y las mayores penurias.

El costoso y fracasado experimento que ha vivido Venezuela durante estos 18 años en la construcción de un Estado Dual para destruir la democracia “burguesa” y el uso del derecho penal del enemigo es algo que debe ser analizado profunda y detalladamente en todas y cada una de sus implicaciones. Debe cesar. Esta historia no puede repetirse. Ya es demasiado que se haya tomado el modelo marxista-leninista, como demostramos, tomando en consideración todas las experiencias fallidas con altísimas tasa de criminalidad de masas durante el siglo XX tanto en la desaparecida Unión Soviética y sus colonias, además de Camboya y China, así como en la supervivencia de Cuba y Corea del Norte durante esta etapa del siglo XXI.

En este papel de trabajo demostramos que en Venezuela se aplica el derecho penal del enemigo de clase bajo la óptica marxista-leninista, extendido a la persecución de todo tipo de opositores, en el contexto de un dualismo estatal según lo cual coexisten dos modelos jurídico-políticos antagónicos en conflicto: democracia vs. dictadura, Estado Constitucional vs. Estado Legal, Estado Social de Derecho vs. comunismo. Por el contrario, se aplica un derecho penal del amigo complaciente y sin castigo para los culpables de la corrupción y los crímenes cometidos. Sin embargo, en esta situación de contradicción institucional hacia el ciudadano se trata de ejercer en su contra una violencia bélica que procura la muerte civil del enemigo sustancial. Una escalada posible de la “guerra económica” que se implementa desde el gobierno y las instituciones que controla la élite gobernante es que esa meta se convierta en una política abierta de exterminio físico de la población que se le opone. Nadie, en su sano juicio, puede desear que eso ocurra.

## VIII. RECOMENDACIONES

1. El Estado Dual debe ser desmontado de forma radical. Debe existir, tan solo, el Estado Constitucional, Democrático y Social, de Derecho y de Justicia. Así, el Estado Socialista Unitario debe desaparecer. Para ello, se debe transitar a una democracia plena e ingresar de lleno en la tendencia global por la cual se orienta la gran mayoría de los países desarrollados y emergentes.
2. Exigir la independencia y autonomía del Poder Judicial y de los jueces como un componente esencial del Estado de Derecho y adecuación a los estándares internacionales. En tal sentido, los jueces deben deslastrarse de toda contaminación ideológica o doctrinaria que se aparte de los supuestos fundamentales del Estado Social de Derecho.
3. Erradicar el derecho penal del enemigo de la legislación y en la práctica forense. Impedir, a toda costa, una escalada que haya el tránsito de procurar la muerte civil del enemigo a la muerte física.
4. Implementar una política preventiva de crímenes atroces, tal como lo recomendó las ONU.

5. Debe cesar la demonización de la gran mayoría (“enemiga”) de la población.
6. Implementar una política de Tolerancia “0” a los delitos de corrupción, tal como hemos recomendado<sup>1058</sup>

## RESUMEN

En este papel de trabajo explicamos algunos de los problemas del sub-sistema judicial penal venezolano y, en general, del derecho penal material. O sea, el que se expresa en las actuaciones persecutorias de las autoridades de investigaciones y los tribunales penales, luego de haberse instaurado en Venezuela un Estado Dual con el propósito de eliminar la democracia “burguesa” e implantar el modelo del llamado Socialismo del Siglo XXI, mediante la aplicación de lo que, en doctrina, se denomina “el derecho penal del enemigo”, como formas operativas de la política criminal oficial, bajo el supuesto de la existencia de una “guerra económica” o no convencional, declarada oficialmente por el Jefe de Estado, como continuación de lo que el fallecido Presidente Chávez llamó la guerra asimétrica o de cuarto nivel. En tal sentido, se trata de identificar la flagrante persecución y violación de derechos humanos de quienes no tienen la capacidad de resistir los ataques emanados desde el Estado en el uso abusivo de la coacción y la violencia legal. Con el Estado Dual se quiere imponer una utopía a la fuerza, lo cual conduce a la distopía, debido a la división y polarización de la sociedad con la política dicotómica del amigo-enemigo, en un proceso de etiquetamiento y “demonización” del enemigo.

## ABSTRACT

In this paper we explain some of the problems of the Venezuelan criminal justice sub-system and, in general, the criminal law enforcement. That is to say, that which is expressed in the persecutory actions

---

<sup>1058</sup> Ver nuestras recomendaciones en: <http://pazactiva.org.ve/wp-content/uploads/2016/09/Informe-T%C3%A9cnico-sobre-la-Ley-contra-la-corrupci%C3%B3n-.pdf>

of the investigating authorities and the criminal courts, after having established in Venezuela a Dual State with the purpose of eliminating “bourgeois” democracy and implanting the model of so-called Socialism of the XXI Century, through the application of what in doctrine is called “criminal law of the enemy”, as operational forms of official criminal policy, under the assumption of the existence of an “economic war” or unconventional, officially declared by the Chief of State, as a continuation of what the late President Chavez called the asymmetric or fourth-level war. In this sense, it is a question of identifying the flagrant persecution and violation of human rights of those who do not have the capacity to resist the attacks emanating from the State in the abusive use of coercion and legal violence. With the Dual State want to impose an utopia by force, which leads to dystopia, due to the division and polarization of society with the dichotomous politics of friend-enemy, In a process of etiquette and “demonization” of the enemy.

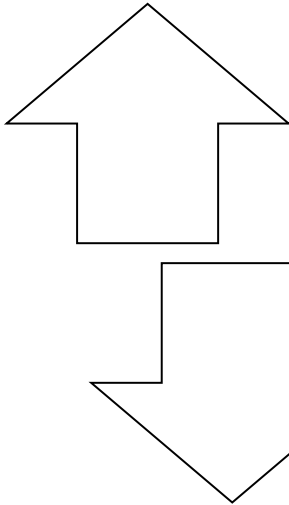
### **PALABRAS CLAVE:**

Estado de Derecho,  
Estado Dual, Estado Constitucional,  
Estado Legal,  
Estado de Derecho y de Justicia,  
Estado Democrático y Social, Estado Unitario  
Socialista (Comunal o Comunista),  
leyes comunales,  
comunas,  
ley habilitante,  
poderes especiales,  
Estados de excepción,  
estado de emergencia económica,  
democracia,  
dictadura,  
capitalismo,  
totalitarismo,  
enemigo, persecución,  
detención arbitraria.



## ANEXOS: DIAGRAMAS SOBRE EL ESTADO DUAL

*Diagrama del Estado Dual donde se oponen dos modelos antagónicos en tensión y conflicto*



**Estado Constitucional**  
(Constitución/Tratados Internacionales en Derechos Humanos y estándares internacionales)

**Estado Socialista**  
Régimen decretal e inconstitucional/Leyes habilitantes, estados de excepción y emergencia. Sub-legal: Plan de la Patria).  
Doctrina: Libro Rojo del PSUV



Foto: M. García Pelayo

**Principio de Constitucionalidad:**  
Constitución su letra y principios deben ser desarrollados en leyes y demás normas

Tribunal Constitucional y división de poderes: tutela de los Derechos Humanos y de los Tratados Internacionales

Principio de Convencionalidad



**Principio de Legalidad:** Las leyes desarrollan la Constitución y los Tratados Internacionales en derechos humanos, no pueden contradecirla. Todos los bienes jurídicos de la Constitución son protegidos por las leyes.



**Estado Democrático y Social:** Libertad económica, alternancia política y justicia social. La legitimidad está enlazada con la legalidad de forma interdependiente. Los Tratados Internacionales de derechos económicos, sociales y culturales son aplicados y garantizados.



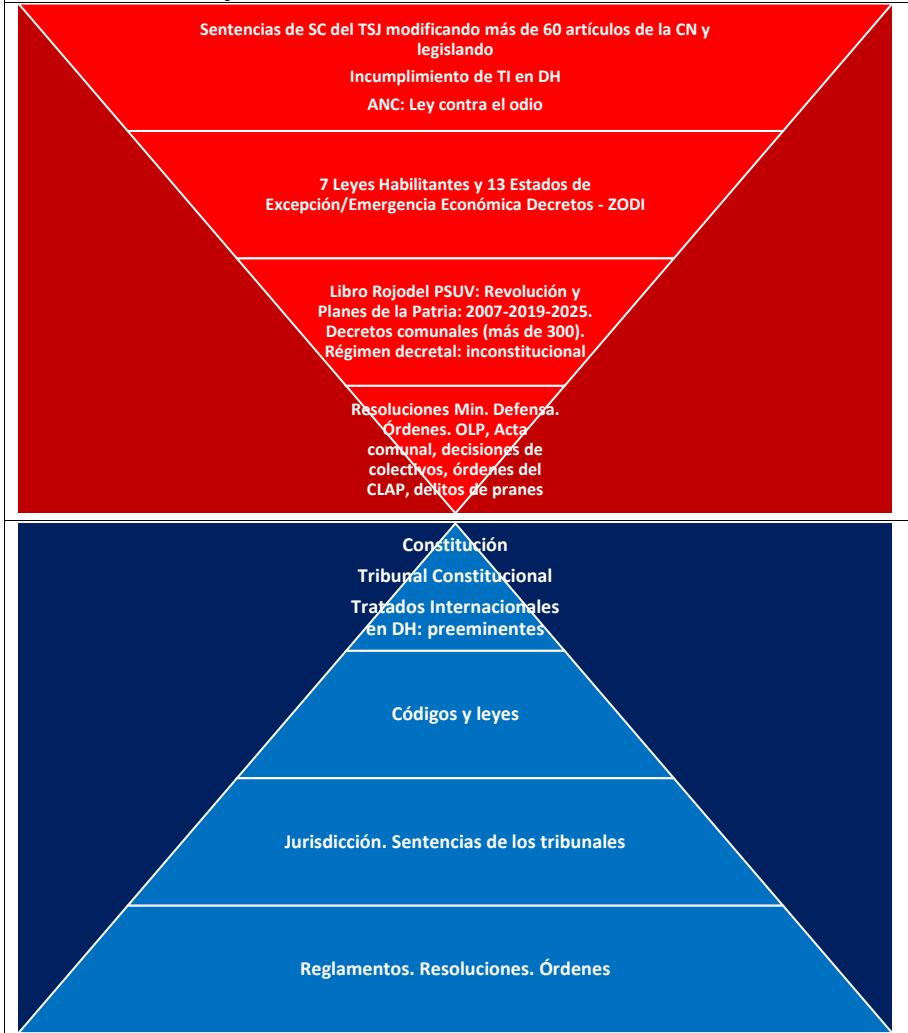
**Estado de Derecho y de Justicia:**  
División de poderes. Leyes justas y administración de justicia enmarcada en las leyes. Amparo y justicia constitucional

Los Tratados Internacionales de derechos civiles y políticos son aplicados y garantizados. Todos los bienes jurídicos constitucionales son tutelados por los tribunales.



*Estado Constitucional: componentes esenciales del Principio de Constitucionalidad*

*Estos diagramas en franca oposición demuestran el antagonismo del Estado Dual expresado en el antagonismo de la forma estatal constitucional, basado en la jerarquía normativa de Hans Kelsen, y la forma estatal del régimen decretal. Arriba: se representa al Estado Socialista sobre el Estado Constitucional.*



Reformas institucionales básicas para volver a ser una República, desmantelado el Estado Dual, e impedir la práctica del “Derecho Penal del Enemigo”

En tal sentido, se debe establecer:

<b>Poder Judicial</b>	<b>Ministerio Público</b>	<b>Contraloría General</b>	<b>Defensoría Del Pueblo</b>	<b>Poder Ejecutivo</b>	<b>Poder Legislativo</b>
Un Poder Judicial independiente y autónomo, integrado por jueces titulares, y seleccionados por riguroso concurso público entre los mejores abogados: que sean sabios, justos, imparciales, respetados y respetables.	Un Ministerio Público independiente y autónomo, valiente y objetivo, integrado por los mejores abogados penalistas, seleccionados por riguroso concurso público	Una Contraloría independiente y autónoma, objetiva y muy técnica que establezca sistemas claros y eficientes de monitoreo y rendición de cuentas que reciba reportes de operaciones sospechosas de la administración pública, pero de forma tal que no entorpecan o paralicen las funciones propias del Estado	Una Defensoría del Pueblo autónoma e independiente de lealtades políticas, gremiales, sindicales, comerciales y de cualquier otro tipo que defienda a los ciudadanos de la corrupción en la administración pública, de sus errores, disfunciones y deficiencias y que formule propuestas de reformas institucionales, legales o de funcionamiento	Un Poder Ejecutivo que sea el más ejemplar cumplidor y ejecutor de las leyes y que incorpore sistemas de cumplimiento normativo en su seno y que sea capaz de reportar operaciones sospechosas a los organismos de control externo	Un Poder Legislativo independiente y autónomo que vigile la administración pública de forma constante y, especialmente, sea capaz de disponer los remedios legales al desorden y anomia que han sido característicos del Estado venezolano

# **PERSPECTIVA CRÍTICA DE LA VALORACIÓN JUDICIAL DE LA CONDUCTA DE LA PARTE EN EL PROCESO\* . PROF. JORGE ISAAC GONZÁLEZ CARVAJAL\*\* .**

## **SUMARIO**

Introducción. 1. El concepto de parte procesal y la valoración judicial de la conducta de la parte. 1.1. El abogado en el proceso. 1.2. La capacidad de postulación ¿Conducta de la parte o conducta de su abogado? 1.3. La lealtad del abogado con su defendido. 2. La dialécticidad del proceso y las partes. 2.1. El proceso como competencia o juego razonado. 2.2. El proceso como método de debate dialéctico frente a las corrientes de publicización. 2.3. Una distinción necesaria: Deberes, obligaciones y cargas procesales. 2.3.1. Importancia de la distinción entre carga, obligación y deberes procesales frente a las normas que permiten la valoración judicial de la conducta de las partes. Un ejemplo paradigmático: La exhibición documental. 2.3.2. Función de la carga procesal. 3. Valoración judicial de la conducta de las partes. 3.1. Las normas jurídicas sobre moralidad procesal o buena fe procesal: Normas en blanco, conceptos válvula y/o cláusulas generales y la valoración judicial de la conducta de las partes. 3.2 Naturaleza jurídica. 3.2.1 Valoración judicial de la conducta de las partes como sanción ante la violación de un deber. 3.3. Manifestaciones del fenómeno 3.4. Límites a la valoración judicial de la conducta de las partes. 3.5. Supuestos específicos de valoración judicial de la conducta de las partes. Conclusión.

---

\* El presente escrito, que retoma y reelabora el texto de la ponencia presentada en el III Congreso de Derecho Procesal: “Constitución y reforma del Código de Procedimiento Civil” en Homenaje al Dr. Román José Duque Corredor, Valle de la Pascua, 30 y 31 de octubre de 2015, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos Procesales del Estado Guárico, fue publicado inicialmente en la Revista Latinoamericana de Derecho Procesal, n° 7, septiembre 2016, II-CXLIV-236, [www.ijeditores.com.ar](http://www.ijeditores.com.ar), dirigida por el Dr. Gustavo Calvino. Agradezco al Director y a la Revista haber consentido que se reproduzca en esta edición del Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

\*\* Universidad Católica Andrés Bello, Abogado y Especialista en Derecho Procesal. Universidad Nacional de Rosario, Argentina, Doctorando en Derecho y Magíster Scientiarum en Derecho Procesal. Visiting scholar en la Università degli Studi di Padova, Italia. Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Diplomado de Docencia en Educación Superior. Profesor en Pre-Grado, Universidad Católica Andrés Bello y Post-grado, Universidad Central de Venezuela.

*La tutela degli interessi di parte è il solo elemento essenziale del processo, punto di partenza e punto di arrivo. Tutto il resto è, dal punto di vista strettamente tecnico, accessorio e secondario. Invertite le posizioni, fate dell'interesse collettivo il fine del processo, l'interesse di parte non trova più dove collocarsi, e siete costretti a fare anche di esso un interesse collettivo, cioè praticamente ad abolirlo.*

SALVATORE SAIITA

## INTRODUCCIÓN

Dentro de las tendencias procesales actuales en Latinoamérica, se encuentra muy vigente en doctrina, jurisprudencia y legislación la discusión acerca del tipo de modelo de proceso que debe adoptarse, en este sentido, no sin resistencia, se ha argumentado a favor de un modelo procesal colaboracionista o solidario, donde se da preponderancia, como corolario del principio de moralidad, al llamado deber de colaboración procesal (particularmente en materia probatoria) de las partes para con el juez. Y a su vez, de éste, entre otras consecuencias, se argumenta sobre la posibilidad de valorar judicialmente la conducta procesal de las partes (o mejor de sus abogados).

Se afirma que la conducta procesal de las partes que contraría los imperativos abiertos e indeterminados que se deducen de la moralidad procesal (entre ellos la colaboración), puede llegar a transformarse en elemento de convicción para que el juez decida el fondo de la causa, bien como elemento corroborante de prueba o como un elemento suficiente para la acreditación/desacreditación de los hechos controvertidos, participando, además, en la categoría de sanción a la parte que no colabora con la finalidad del proceso.

En atención al poder general que se le otorga al juez, bien por vía normativa (norma expresa<sup>1059</sup>) o bien por vía de construcción de normas<sup>1060</sup> (inexpresas<sup>1061</sup>). Todo esto, a nuestro parecer, bajo una falta de rigor y racionalidad<sup>1062</sup> en cuanto al contexto donde se utiliza este tipo de tesis: *el proceso*.

<sup>1059</sup> Nos referimos a los artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela. Al respecto véase HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: **El nuevo proceso laboral venezolano**, CEJUZ, Caracas, 2006, pp. 195-204 y 392-394.

<sup>1060</sup> En este sentido, sobre la base de una norma expresa, a saber, el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, en coordinación con otras normas expresas, v. gr. el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 26 (tutela judicial efectiva), 49 (debido proceso) y 257 (el proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se infiere una *norma inexpresa*, a saber, que el juez civil debe/puede extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes contraria al principio de moralidad o buena fe procesal.

<sup>1061</sup> Las normas inexpresas son «recabadas de las normas formuladas (o de una combinación de normas formuladas, o de una combinación de fragmentos de normas formuladas) mediante procedimientos argumentativos de diversa naturaleza, bien lógicos (p. ej. deductivos), o pseudo lógicos (por ejemplo, por vía de analogía)” Cfr. GUASTINI, Riccardo: **La sintassi del diritto**, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 56, 427-434.

<sup>1062</sup> El *racionalismo*, vocablo no entendido en modo unívoco, Vid. FERRATER MORA, José: **Diccionario de Filosofía**, 4ª ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1958, p. 1129, es utilizado en este trabajo fundamentalmente como «teoría según la cual la razón equiparada con el pensar o la facultad pensante es superior a la emoción y a la voluntad” Vid. Íd., p. 1127., en el entendido que en el proceso la facultad pensante (mejor dicho, decisoria) del juez está condicionada por características propias del método, que hacen necesario que la emoción y/o voluntad del juzgador queden fuera de los elementos que pueda legítimamente considerar para decidir; además incluimos referencia a la racionalidad como coherencia del sistema normativo (en funcionamiento). Y precisamente, las normas que cuestionamos en este trabajo favorecen el imperio de la emoción y voluntad (además de otros elementos no jurídicos) del juez en la toma de sus decisiones y la incoherencia con algunas normas del ordenamiento jurídico (p. ej. la no discriminación entre abogado y parte). Tampoco estudiamos el racionalismo que se estudia como característica del razonamiento o la argumentación judicial (al razonar o dar razones), es decir, como proceso intelectual, pues escapa de nuestro objeto de investigación, sobre lo cual puede verse TARUFFO, Michele: **La motivación de la sentencia civil**, Trad. L. CÓRDOVA VIANELLO, Trotta, Madrid, 2011, pp. 201 ss., no obstante que «en el mundo del Derecho también hay razonamientos que necesitan de ciertas reglas para lograr sus fines y esto es racional” Cfr. TOSTA, María Luisa: **Lo racional y lo irracional en el derecho**, UCV, Caracas, 2009, p. 210., ni tampoco nos referimos a la racionalidad probatoria o *principio de racionalidad de la prueba*, Vid. COURTÈRE, Eduardo J: “Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano”, en **Estudios de Derecho Procesal Civil**, Depalma, Buenos Aires, 1979, t. I, pp. 318 ss., al respecto véase también RIVERA MORALES, Rodrigo: **Actividad probatoria y valoración racional de la prueba**, Librería J. Rincón G, Barquisimeto-Venezuela, 2010, *passim.*, pues como se expone en el texto principal, se cuestiona el poder del juez *per se* (o las

Para desarrollar las ideas que nos convocan creemos necesario señalar qué entendemos por proceso, pues de ello dependerá la línea argumentativa de este trabajo. Y en este sentido, entendemos que el proceso es método, específicamente un “medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en perfecto pie de igualdad (para descartar el uso de la fuerza) ante un tercero (que, como tal, es imparcial, imparcial e independiente) que heterocompondrá el litigio si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición”<sup>1063</sup>.

La idea dialéctica del proceso como medio o método de debate, permite una claridad previa para iniciar una discusión sobre temas controversiales. La prueba es uno de esos temas, más aún cuando se la relaciona con la conducta de las partes dentro de este método (el proceso). Sin desconocer que el proceso genera una relación jurídica (von Bülow), así como también situaciones jurídicas (Goldschmidt), decir que el proceso es un método de debate dialéctico, en el sentido antes enunciado, permite una claridad previa para su estudio.

Como método se manifiesta con rigor y para que siga siendo lo que está llamado a ser debe observar principios. Para que el *proceso* pueda ser identificado como una categoría jurídica única e irrepetible de cualquier otra forma que exista de solucionar conflictos, se hace menester “formular principios necesarios para lograrlo [lo que] implica tanto como trazar líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema”<sup>1064</sup>.

---

normas que atribuyen este poder), más allá (o mejor, antes) de la valoración probatoria. Entendemos que el poder general que se cuestiona privilegia, no la resolución de la controversia en atención las reglas del proceso, sino en atención a valoraciones *subjetivas* del juez (donde se inscriben prejuicios, ideologías, sentimientos y emociones). Lo que resulta contrario e incoherente a la idea de proceso como método de debate dialéctico e instrumento de justicia.

<sup>1063</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo: **Introducción al Estudio del Derecho Procesal**, Reimp., 1ª parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 259.

<sup>1064</sup> Cfr. Íd. Sobre cuáles son los principios que rigen al proceso, la doctrina procesal no es conteste y es evidente que la toma de posición ideológica determina qué principios se incluyen como rectores del proceso, al respecto *Vid.* COUTURE, Eduardo J: ob. ult. cit., pp. 292 ss., asimismo véase CUENCA, Humberto: **Derecho procesal civil. La competencia y otros temas**, 9ª ed., Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 2005, t. I, pp. 52-53, por ejemplo, en Venezuela la doctrina autoral considera como principios procesales a la oralidad y a la escritura, la inmediatez o mediación, la

La buena fe procesal, entendida como principio (principio de moralidad procesal), es a menudo justificada desde un concepto más amplio de buena fe, fundamentalmente desde aquel concepto del derecho privado e incluso, como una máxima que debe gobernar todo tipo de relación jurídica; por ejemplo señala Chiovenda que “lo mismo que cualquier relación jurídica o social, la relación procesal debe ser regida por la buena fe”<sup>1065</sup>.

La buena fe procesal es relacionada con el valor probatorio o de convicción de la conducta procesal de las partes, cuando este es el resultado de la violación al principio de moralidad (al deber de buena fe procesal, probidad, lealtad, deber de decir la verdad o deber de veracidad, de colaboración, etc.) infiriéndose, total o parcialmente de la conducta de una de las partes, alguna consecuencia determinante de la prueba y/o del resultado del proceso.

En los ordenamientos jurídicos Latinoamericanos y más allá, se ha regulado expresamente la posibilidad de valorar judicialmente la conducta de las partes. En ocasiones se parte de normas que prevén instituciones probatorias reconocidas en algunas legislaciones (v.gr. exhibición documental, inspecciones corporales) hasta supuestos normativos radicalmente diferentes y abiertos<sup>1066</sup> que otorgan al juez la posibilidad

---

concentración o el fraccionamiento, y como paradigma de principios procesal al denominado principio dispositivo y al principio inquisitorio. *Vid.* RENGEL-ROMBERG, Arístides: **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987**, Ex Libris, Caracas, 1991, t. I, pp. 33 ss. Para ALVARADO VELLOSO tales *líneas directivas* (principios) son únicamente: principio de igualdad de las partes, principio de imparcialidad del juzgador, principio de transitoriedad del proceso, principio de eficacia de la serie procedimental y principio de moralidad procesal. V. ALVARADO: ob. ult. cit., pp. 260–262. Sobre los diversos conceptos de *principios jurídicos* véase BOBBIO, Norberto: “Principi generali di diritto”, en **Saggi sulla scienza giuridica**, Giappichelli, Torino, 2011, p. 98., así como GUASTINI: ob. cit., pp. 75 ss., siendo nuestro interés resaltar en esta sede que la doctrina procesal es conteste en identificar a la moralidad o buena fe procesal, como un principio del derecho procesal.

<sup>1065</sup> *Cfr.* CHIOVENDA, Giuseppe, **Principios de derecho procesal civil**, 3ª ed., Trad. J. CASAS y SANTALÓ, Reus, Madrid, 1977, II, p. 211., sin embargo, la lectura completa de la opinión del autor es crítica, líneas después que afirma lo citado en el texto principal.

<sup>1066</sup> Es el caso del artículo 162. 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, del artículo 241 del Código General del Proceso de Colombia, del artículo 56 del Código Procesal Civil de Paraguay, del artículo 282 del Código Procesal Civil de Perú, del artículo 142. 2 de Código General del Proceso de Uruguay y los artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en Venezuela. El Código Procesal Civil Modelo



de extraer convicción meritoria de la conducta de las partes, orientados por la violación del deber de colaboración y/o deber de buena fe procesal que no obstante la falta de determinación en la mayoría de los casos de los supuestos de hecho (específicos) de tales normas permiten ser fuente para la “inferencia” que arma el juez<sup>1067</sup>.

En Venezuela la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en los artículos 48 (norma ubicada en el Título IV, relativo a las partes) y 122 (norma ubicada en el Título VI, relativo a las pruebas, particularmente en Capítulo XII, relativo a los indicios y presunciones), permite al juez laboral “*extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes, de sus apoderados o de los terceros*”<sup>1068</sup>. Y aunque no sea

---

para Iberoamérica establece en su artículo 177.3., que la falta de colaboración de una parte en la práctica de una prueba permite al juez confirmar la exactitud de la afirmación de la parte contraria. Probablemente el antecedente de normas de este género se encuentre en el párrafo 2°, del artículo 116 *Codice di procedura civile* italiano de 1942, que debe ser entendido como un supuesto especial que regula la posibilidad del juez de inferir *argumentos de prueba* del comportamiento de las partes en el proceso, entendido como un verdadero neologismo jurídico, cf. TARUFFO, Michele: **La prova nel processo civile**, Giuffrè, 2012, pp. 1116 ss. En sentido similar la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 en su artículo 307 regula el efecto procesal del silencio del litigante.

<sup>1067</sup> Incluso se han construido interpretaciones particularistas sobre la significación de ciertos actos procesales y sus efectos (nos referimos al planteamiento de la excepción procesal de arbitraje en Venezuela, que según sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela n° 1067/2010, caso: *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A c/ Oceanlink Offshore III AS*, publicada en Gaceta Oficial n° 39.561 de 26 de noviembre de 2010, debe hacerse a través de la excepción de falta de jurisdicción, siendo necesario, además, que el juez haga «un examen respecto de si las conductas procesales de las partes en disputa expresan una *indiscutible orientación* de someterse a arbitraje”). Al respecto véase nuestro trabajo “Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales sobre conflicto de jurisdicción cuando existe acuerdo de sometimiento arbitral” en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 3, 2014, pp. 315 ss.

<sup>1068</sup> En Venezuela encontramos antecedentes normativos que imponen deberes de lealtad y probidad en procedimientos administrativos, como la derogada Ley de Costos y Precios Justos de 2011, que establece en el artículo 49.5: «Los procedimientos contemplados en el presente Capítulo se rigen, entre otros, por los siguientes principios: ... Omissis... 5. Lealtad y probidad procesal: Los interesados, interesadas, sus apoderados, apoderadas, abogados y abogadas deben actuar en el procedimiento con lealtad y probidad. *En este sentido, se podrán extraer conclusiones en relación al interesado o interesada atendiendo a la conducta que éste asuma en el procedimiento, especialmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras conductas de obstrucción. Dichas conclusiones deben estar debidamente fundamentadas*”.

aún Ley en la República, el Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil de 2014, propuesto por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, establece expresamente una disposición normativa del género en el artículo 464 (norma ubicada en el Título III, relativo a la instrucción de la causa, particularmente en Capítulo VIII, relativo a los indicios y presunciones) que reza: *“El juez o jueza puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que estas asuman en el proceso, particularmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez o jueza estarán debidamente fundamentadas en elementos de autos”*.

El Código de Procedimiento Civil venezolano vigente conserva la especificación de supuestos en los cuales una determinada conducta de las partes puede tener determinadas consecuencias probatorias<sup>1069</sup>, pero no incluye norma expresa general que permita extraer elementos de convicción de la conducta de las partes como lo hace la Ley de rito laboral (o el Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil), lo que no ha sido óbice para que la doctrina autoral argumente a favor de la existencia de una norma inexpressa que establece la posibilidad de extraer o deducir elementos de convicción de la conducta procesal de las partes por violación del principio de moralidad o buena fe procesal.

Con este ensayo desarrollamos una serie de argumentos que giran alrededor de estos dos temas fundamentales del proceso, a saber, la moralidad en el proceso y la valoración judicial de la conducta de las partes por ser contraria a aquella.

---

<sup>1069</sup> Es el caso, p. ej., del artículo 505 del Código de rito civil, que establece: «Si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias fuere menester la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto. Si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje”.

Adelantamos al amable lector que partimos de la idea y concepción de proceso como método de debate dialéctico y contradictorio, y de instrumento al servicio de la libertad en un marco procesal orientado por el sistema dispositivo y acusatorio, lo que significa entre otras cosas que las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho, quedando en ellas impulsar y hacer andar cualquier actividad propia para confirmar sus respectivas afirmaciones, sin menoscabo del deber-poder de dirección formal que tiene el juez.

Partiendo de la premisa según la cual la actividad probatoria es actividad de parte, actividad cuyo impulso es imperativo del propio interés, considerar que los jueces pueden, con fundamento en norma expresa o inexpressa de carácter general, extraer elementos de convicción o conclusiones de la conducta de las partes por violación del principio de moralidad o buena fe procesal resulta, a nuestra manera de ver, incoherente con la anterior premisa; pues justificar la necesidad de mantener la regla moral del debate no puede significar necesariamente inferir, con base en norma general (expresa o inexpressa), elementos de convicción para resolver el fondo del asunto.

En este orden, la noción de carga procesal y particularmente de carga (o incumbencia) probatoria, constituye un tema fundamental para la correcta elaboración de un sistema procesal, su desarrollo y eficiente puesta en marcha en la parcela para la cual ha sido ideada, a saber, resolver conflictos.

Para llevar a cabo nuestra tarea desarrollamos en primer lugar el tema correspondiente a las partes procesales con intención de conocer el ámbito de aplicación subjetivo del poder del juez que se cuestiona, para además resaltar lo que se denominará irracionalidad pragmática o irrazonabilidad de dicho poder en relación con la garantía de asistencia letrada y el deber de defensa del abogado.

Sobre la base de la idea clara de parte procesal y abogados en el proceso, procuraremos una aproximación a una idea de *proceso* y esto nos llevará al estudio de los imperativos procesales de las partes y su importancia fundamental para toda estructura procesal.

Para luego desarrollar en específico cómo ha sido tratada en doctrina la valoración procesal de la conducta de las partes y sus manifestaciones. Finalmente, nuestras conclusiones orientadas por una valoración

dispositiva del proceso, como método de debate, que no mecanismo de represión o sanción.

## 1. EL CONCEPTO DE PARTE PROCESAL Y LA VALORACIÓN JUDICIAL DE LA CONDUCTA DE LA PARTE

Para nuestro desarrollo y a los fines de convenir en el uso exacto de las palabras con pretensiones científicas<sup>1070</sup>, asumimos un *concepto formal* (o procesal) de parte. En efecto, esta última concepción se separa de aquella que “identifica el concepto de parte con el de titular de la relación jurídica substancial”<sup>1071</sup> y de aquella que distingue “entre sujeto de la acción y sujeto de la litis, porque el proceso se hace respecto de éste, pero con la intervención de aquel”<sup>1072</sup>. El concepto que mejor explica el fenómeno procesal, es aquel de parte formal<sup>1073</sup>.

<sup>1070</sup> En efecto la multivocidad de una palabra lleva a diferentes significados, lo que conduce a su vez a la ambigüedad. *Vid.* ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel: **Lecciones de epistemología. Algunas cuestiones epistemológicas de las ciencias jurídicas**, UNL, Santa Fe, 2004, pp. 59-60.

<sup>1071</sup> *Cfr.* ALSINA, Hugo: **Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial**, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1982, t. I, p. 277. También ALVARADO VELLOSO, Adolfo: **Introducción al Estudio del Derecho Procesal**, Reimp., 2ª parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pp. 86-87.

<sup>1072</sup> *Vid.* ALSINA: ob. ult. cit., p. 277.

<sup>1073</sup> V. BORJAS, Arminio: **Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano**, 5ª ed., Librería Piñango, Caracas, 1979, t. I, p. 105, CUENCA, **Derecho procesal civil. La competencia y otros temas**, cit. pp. 318-321, RENGEL-ROMBERG, Arístides: **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987**, Ex Libris, Caracas, 1991, t. II, p. 9. ORTIZ-ORTIZ, Rafael: **Teoría General del Proceso**, 2ª ed., Frónesis, Caracas, 2004, p. 491, ALVARADO: ob. cit., p. 87, COUTURE, Eduardo: **Vocabulario Jurídico**, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 443, VÉSCOVI, Enrique: **Teoría general del proceso**, Temis, Bogotá, 1984, p. 186, ALSINA: ob. ult. cit., p. 278, DEVIS ECHANDIA, Hernando: **Compendio de Derecho Procesal**, 10ª ed., ABC, Bogotá, 1985, t. I, p. 225, MORALES MOLINA, Hernando: **Curso de Derecho Procesal Civil**, Parte General, 11ª ed., ABC, Bogotá, 1991, p. 225, REDENTI, Enrico: **Derecho Procesal Civil**, Trad. S. SENTÍS MELENDO y M. AYERRA REDÍN, EJEA, Buenos Aires, 1957, t. I, p. 151, CHIOVENDA, ob. cit., pp. 6-7. V. También CHIOVENDA, Giuseppe: **Instituciones de Derecho Procesal Civil**, Trad. E. GÓMEZ ORBANEJA y R. GRECO, Valletta, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 204. LIEBMAN, Enrico Tullio: **Manual de derecho procesal civil**, Trad. S. SENTÍS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1980, p. 66, MANDRIOLI, Crisanto: **Corso di Diritto Processuale Civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali**, 8º ed., Giappichelli, Torino, 2010, t.I, pp. 179-180, MONTERO AROCA, Juan et al: **Derecho jurisdiccional II. Proceso civil**, 18º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 56 ss.

Señala Calamadre que “la cualidad de parte se adquiere, con abstracción de toda referencia al derecho sustancial, por el solo hecho, de naturaleza exclusivamente procesal, de la proposición de la demanda ante el juez: la persona que propone la demanda, y la persona contra quien se propone, adquieren sin más, por este sólo hecho, la calidad de partes del proceso que con tal proposición se inicia; aunque la demanda sea infundada, improponible o inadmisibles (circunstancias todas ellas que podrán tener efecto sobre el contenido de la providencia), basta ella para hacer que surja la relación procesal cuyos sujetos son precisamente las partes”<sup>1074</sup>.

Asimismo Carnelutti indica que “la estructura del proceso contencioso permite entender por qué los que deben ser juzgados se llaman *partes*, que es un nombre extraño y un poco misterioso. ¿Qué tiene que ver con el proceso, y en general con el derecho, la noción de *parte*? La parte es el resultado de una división: el *Prius* de la parte es un todo que se divide. La noción de parte está, por tanto, vinculada a la discordia, que a su vez es el presupuesto psicológico del proceso; no habría ni litigios ni delitos si los hombres no se dividiesen”<sup>1075</sup>.

Continúa el autor señalando que “con estas reflexiones el nombre de parte aparece expresivo y feliz. Los litigantes son partes porque están divididos; si viviesen en paz formarían una unidad; pero también el delito, cuyo concepto está estrechamente vinculado al litigio, resulta de una división”<sup>1076</sup>.

Según la mayor parte de la doctrina autoral el concepto de parte tiene una significación *procesal*. Es parte aquella persona que interviene en el proceso, bien desde su inicio o se incorpora en alguna de sus fases, para plantear alguna pretensión o petición en nombre propio o mediante algún representante, enfrentada a otro(s) sujeto(s) de la relación jurídico-procesal. Es decir, son partes los sujetos de la pretensión. Quedan excluidos de este concepto sujetos necesarios como los jueces o árbitros, también otras personas que intervienen eventualmente en el

<sup>1074</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero: **Instituciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código**, 2ª ed., Trad. S. SENTÍS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1973, vol. II, p. 297.

<sup>1075</sup> Cfr. CARNELUTTI, Francesco: **Cómo se hace un proceso**, Trad. S. SENTÍS MELENDO y M. AYERRA REDÍN, Temis, Bogotá-Colombia, 2007, p. 44.

<sup>1076</sup> Cfr. *Íd.*

proceso sin ningún interés, como testigos, expertos, depositarios, intérpretes y traductor, etc., y asimismo los representantes que hacen valer en juicio derechos e intereses ajenos.

Sobre los sujetos originarios de la pretensión es fácil reconocer su carácter de parte. Serán el demandante (o actor) y el demandado (o reo) identificados en la demanda (*rectius*: pretensión afirmada en la demanda), es decir, los sujetos de la pretensión procesal. Preocupa un poco más la condición de los sujetos sucesivos o intervinientes, que de común no son reconocidos como partes y se les llama terceros. Pero los terceros también tienen la condición de parte, pero con carácter derivado, no principal como el de actor o demandado. Independientemente de la condición de la intervención, aquellos terceros, que se convierten en partes procesales, son sujetos que pasan a integrar una particular condición en la relación procesal, no como terceros imparciales e imparciales, sino como partes frente al todo de la discusión subjetiva que se plantea al tercero imparcial (juez).

Siendo así, es evidente que estos terceros, convertidos en partes procesales, quedan sujetos al proceso y a sus consecuencias jurídicas, y en este contexto, su conducta, teóricamente, podría ser valorada judicialmente.

La importancia de la delimitación del concepto de parte viene dada no sólo por las implicaciones sustanciales que produce la sentencia en la relación sustancial discutida, sino además por las consecuencias procesales (v.gr. costas, multas, etc.).

Pero también, y para nuestro interés, determinar un concepto de parte permite delimitar el ámbito subjetivo referido a quiénes son las personas cuya conducta podría ser estimada, a la luz del principio de moralidad procesal, a los fines de extraer una inferencia que influya o determine la suerte de la o las pretensiones objeto del proceso. En este sentido, se suele clasificar a la parte según sea originaria o sucesiva (o interviniente); principal, accesoria o adjunta; permanente o incidental; necesaria o voluntaria; simple o plural<sup>1077</sup>.

Ahora bien, por otra parte la particular importancia de aproximarnos a un concepto de parte, permite excluir (aunque sea obvio) a

<sup>1077</sup> Vid. ALVARADO: ob. ult. cit., pp. 93-94.

los patrocinantes, y no obstante esto, no sólo la conducta de las partes (originarias o sucesivas) se estudia como capaz de producir efectos en la resolución del conflicto, sino también la de sus apoderados o mandatarios.

### 1.1. El abogado en el proceso

A pesar de la existencia de representantes, siguen siendo partes “aquel contra quien se propone la demanda en nombre propio o en cuyo nombre se propone; o respectivamente aquel contra quien se propone la demanda”<sup>1078</sup> y las partes sucesivas, en caso que exista intervención. Y es sobre la base de este concepto que está edificada, aparentemente, la norma relativa a la valoración judicial de la conducta de *las partes*. Decimos que aparentemente pues no se discrimina por lo general, que la parte está patrocinada por un profesional del derecho, que, en primer lugar, es un sujeto jurídico diferente a la parte, y en segundo lugar, en razón de su profesión debe observar normas deontológicas que condicionan su actuación cuando asume la defensa en juicio.

Esto significa sin lugar a dudas un elemento de irracionalidad, entendiendo que la racionalidad está dada por la coherencia del sistema normativo<sup>1079</sup>, y por irracionalidad “la ruptura de la lógica del ordenamiento jurídico entendido como sistema”<sup>1080</sup>, y que, como se verá *infra*, constituye a su vez un elemento de irracionalidad pragmática o de irrazonabilidad, que creemos no es tomado en cuenta al estudiar las normas que otorgan poder al juez para extraer elementos de convicción de la conducta de *las partes* por la violación del principio de moralidad.

Por más que las normas sancionen expresamente la conducta de las partes en litigio mediante su valor probatorio, la actuación de los abogados debe distinguirse, pues la realidad normativa nos indica que conducta de la parte es en rigor de verdad conducta de su abogado pues en la mayoría de los casos la participación en el proceso del profesional letrado es imprescindible, en virtud la necesidad de *capacidad de*

<sup>1078</sup> Cfr. MANDRIOLI: ob. cit., p. 182.

<sup>1079</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo: **Principio y votos. El Tribunal Constitucional y la política**, Trad. M. MARTÍNEZ NEIRA, Trotta, Madrid, 2008, p. 75.

<sup>1080</sup> Cfr. Íd.

*postulación* para v.gr. postular pretensiones, capacidad que solo ostentan los abogados (o procuradores [en los sistemas que conservan esta figura]<sup>1081</sup>), además por constituir la participación y patrocinio del abogado en juicio manifestación inmediata de la garantía constitucional de asistencia letrada. Así pues, resulta casi peregrino que una de las partes gestione personalmente y por sí misma el trámite procesal, haciéndolo necesariamente a través de un profesional del derecho.

## 1.2. La capacidad de postulación ¿conducta de la parte o conducta de su abogado?

Señala Rengel-Romberg que “de la capacidad de ser parte y de la capacidad procesal, se distingue la capacidad de postulación (*ius postulandi*). Una parte puede tener la capacidad procesal y carecer sin embargo de la facultad de gestionar por sí misma los actos de un proceso concreto y en un Tribunal determinado [...] La capacidad de postulación puede definirse pues, como la facultad que corresponde a los abogados para realizar actos procesales con eficacia jurídica, en calidad de partes, representantes o asistentes de las partes”<sup>1082</sup>.

En Venezuela la asistencia letrada en juicio es una exigencia prevista en el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil, norma que debe ser coordinada con los artículos 3 y 4 de Ley de Abogados.

Así pues, la dirección técnica de los procesos se deja librada a la responsabilidad de abogados, que por lo general obran como apoderados y eventualmente asistiendo *apud acta* a la parte. Rara vez es la propia parte quien gestiona alguna diligencia procesal<sup>1083</sup>.

<sup>1081</sup> En ordenamientos como el inglés, se puede hacer un parangón con la división de trabajo entre *abogados* y *procuradores* que conocemos en Latinoamérica, con su aparentemente correspondiente inglés *Barrister* y *Solicitor*, que en rigor de verdad tiene muchas particularidades y diferencias, pero cuya diferencia fundamental radica particularmente en los *rights of audience* o derechos de audiencia. V. ROCA LÓPEZ, Miquel y CALDIN, Hugh: **El arbitraje Marítimo en Londres**, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 23 ss.

<sup>1082</sup> Cfr. RENGEL-ROMBERG: ob. ult. cit., p. 21. Véase también ALVARADO: ob. cit., p. 92.

<sup>1083</sup> En Venezuela tal es el caso del amparo constitucional, según establece el artículo 41 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Asimismo, para el juicio breve previsto en el artículo 882 del Código de Procedimiento Civil; o el beneficio de litigar sin gastos previsto en el artículo 175 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.



Esto trae un necesario cuestionamiento a lo que regularmente se argumenta con relación al principio de moralidad procesal y la conducta procesal de las partes en el proceso. Esto es, que la conducta de las partes no es siempre (o casi nunca) *conducta de las partes* sino de *sus abogados apoderados o asistentes*, pues son éstos quienes actúan en el proceso y tienen la dirección técnica de la defensa de sus patrocinados o asistidos. Y reiteramos, que rara vez la parte actuará personalmente en el proceso, simplemente porque no tiene capacidad de postulación. En el diálogo entre jueces y abogados que representa Calamandrei en una de sus obras, uno de los interlocutores (el Juez pesimista) señala con relación al valor probatorio de la conducta de las partes que “conducta de partes quiere decir conducta de los defensores”<sup>1084</sup>.

En la mayoría de los casos la conducta procesal sujeta a juicio por violación o no del deber de moralidad será la de abogados y no la de sus defendidos<sup>1085</sup>, pues son aquellos quienes ejercen la defensa técnica, eligen la estrategia y modo de actuación en el proceso, y lo que es más importante a los efectos de los actos jurídicos procesales, la exteriorizan.

Con esto pretendemos sincerar cualquier debate que pretenda hacer una teoría probática o valorativa de la conducta de las partes, entendido el concepto de parte como lo hemos entendido *supra*, en tanto y en cuanto las partes rara vez realizan actos procesales personalmente, no obstante que en virtud de la representación le sean imputables<sup>1086</sup>.

<sup>1084</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero: **Las buenas relaciones entre jueces y abogados**, Leyer, Bogotá, 2005, p. 74.

<sup>1085</sup> Cfr. MONTERO AROCA, Juan: “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, en AA.VV., **Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**, Coord. J. MONTERO AROCA, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 337-338. Para MUÑOZ SABATÉ, Luis: **Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso**, Temis, Bogotá, 1997, p. 458., «otra consideración a efectuar es la referente al grado de subjetivización de la conducta procesal, habida cuenta de que no en pocas ocasiones dicha conducta se debe al abogado o procurador de la parte y no a ella misma. Existen sin embargo unas reglas de juego que conviene respetar. El mandante (en este caso el litigante) asume la responsabilidad de los actos efectuados por su mandatario, ya que en cierto modo se presume que los fines de ambos son coincidentes en que la estrategia probatoria del técnico se estructura en función de los medios históricos de que dispone el cliente”.

<sup>1086</sup> En este sentido se señala que «cuando se habla de abuso del proceso cometido por una parte, usualmente hay una inclinación a usar una fuerte simplificación que puede ocultar la naturaleza del fenómeno. En realidad, puede suceder que un abuso sea atribuido a la parte

La anterior mención es importante, además, porque las normas deontológicas que rigen la profesión de abogar por otro no sólo prescriben deberes para con los órganos públicos, sino que fundamentalmente prevén deberes para con los defendidos o patrocinados<sup>1087</sup>. Deberes cuyo incumplimiento puede incluso llegar a significar la comisión de delitos castigados con pena privativa de libertad<sup>1088</sup>.

Nos referimos al delito de prevaricación, en sentido estricto y propio<sup>1089</sup>, previsto en el artículo 250 del Código Penal venezolano.

---

personalmente, cuando es precisamente la parte quien es responsable del comportamiento abusivo, o al menos cuando el abogado ha actuado sobre la base de instrucciones precisas y específicas dadas por el cliente. Es bien conocido, sin embargo, que en muchos casos el abogado dispone de un amplio margen de discrecionalidad en la decisión de las iniciativas procesales a tomar, y de las elecciones defensivas que parecen más convenientes a los intereses de su cliente. Muy a menudo, el autor real del acto o del comportamiento abusivo es el abogado y no el cliente, en la medida en que el abogado se encuentra en libertad de defender los intereses del cliente dentro del ámbito de su propia capacidad profesional". *cfr.* TARUFFO, Michele: "El abuso del proceso: perfiles comparados", en **Páginas sobre la justicia civil**, Trad. M. ARAMBURU CALLE, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 326.

<sup>1087</sup> En otro lugar hacemos inventario de los deberes profesionales del abogado venezolano *v.* ANGRISANO SILVA, Humberto J y GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge Isaac: "Algunas consideraciones sobre ética, honorarios y abogacía", en *Revista de Derecho. Tribunal Supremo de Justicia*, N° 31, TSJ, Caracas, 2009, pp. 271-272.

<sup>1088</sup> E incluso, en el mismo contexto procesal el abogado o patrocinante es potencialmente sujeto de sanciones, particularmente bajo el artículo 48 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Al respecto comenta HENRÍQUEZ: *ob. ult. cit.*, p. 204., que «son factibles los errores, las equivocaciones, y pensamos que la parte, el tercero interviniente o el abogado apoderado no serán juzgados con las garantías del debido proceso, cuando se les imponga multa o arresto substitutivo sin haber sido previamente oídos».

<sup>1089</sup> Señala CARRARA, Francesco, **Programa de derecho criminal. Parte Especial**, Trad. J. ORTEGA TORRES y J. GUERRERO, Temis, Bogotá, 1973, V. 7, pp. 140-141, que «la palabra *prevaricato*, derivada del verbo *praevaricari* (desviarse del camino recto), se emplea en tres significados distintos. A veces tiene un sentido lato y vulgar, y expresa cualquier aberración intelectual o moral del hombre; así Salomón prevaricó a la causa de las mujeres, y así alguno es enviado al manicomio porque prevaricó con la mente. En sentido jurídico tiene a veces un significado más amplio, y designa todo acto de un empleado público en que se aparte de los deberes de su cargo o use de este para un fin ilícito. Pero el sentido *estricto y propio* en que la doctrina y la jurisprudencia toman la palabra *prevaricación* o *prevaricato*, y que es el que se emplea en el presente título, expresa únicamente los abusos cometidos por los apoderados de los litigantes contra estos y contra la confianza que se les otorga. Por lo tanto, incurre en el delito que vamos a explicar, *todo el que, al ejercer la profesión de defensor o apoderado de una de las partes, se pone de acuerdo con el adversario, con miras de lucro y en perjuicio de su propio cliente*". Véase asimismo GRISANTI AVELEDO, Hernando y GRISANTI FRANCESCHI, Andrés: **Manual de derecho penal. Parte especial**, 13ª ed., Vadell Hermanos, Caracas, 2002, p. 743.

Norma ésta que representa el supuesto más extremo de deslealtad profesional<sup>1090</sup>.

Desde las normas deontológicas se impone el deber a los abogados de decir la verdad, pero a su vez un deber de defensa del cliente que es, a su vez, garantía de defensa inviolable de éste (Art. 49. 1 de la Constitución). En el contexto del proceso aquel deber de decir la verdad se ve matizado por la dialecticidad del mismo, pues se defiende a la parte en un contexto de enfrentamiento.

Por una parte, existe la más clara convicción legal y deontológica de que ni siquiera en este contexto el abogado pueda hacer cualquier cosa para ganar el pleito, mucho menos que tenga *derecho a mentir o a enredar los procesos*<sup>1091</sup>, pero esto no significa que deba el abogado exponer a su patrocinado, quien ha confiado en él, a una derrota procesal<sup>1092</sup>. El abogado cuenta (o debe contar) con una preparación profesional para brindar a su patrocinado, en el proceso, la solución que mejor convenga en derecho a éste. Así como utilizar todos los medios legales permitidos en beneficio de su patrocinado. Como señala Cipriani “no debería haber dudas de que, para los abogados, “barajar las cartas” no significa engañar o mentir, sino, más simplemente, ponerlos en un orden que pueda ser útil al propio cliente”<sup>1093</sup>.

<sup>1090</sup> Asimismo, en las Siete Partidas, en la Partida III, Título VI, Ley XV que se estableció: «*Prevaricator, en latín tanto quiere decir en romance como abogado que ayuda falsamente a la parte por quien aboga, e señaladamente, cuando en paridad ayuda e aconseja a la parte contraria... tal abogado como este debe morir como alevoso... Otrosí decimos que cuando el abogado hiciera usar, a sabiendas, a la su parte de falsas cartas o de falsos testigos, que esa misma pena merece*”. Vid. MONTERO: ob. ult. cit., p. 337.

<sup>1091</sup> Vid. CIPRIANI, Franco: “El abogado y la verdad”, en AA.VV., **Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**, Coord. J. MONTERO AROCA, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 287. Ver CIPRIANI, Franco: “L’avvocato e la verità”, en **Il processo civile nello stato democratico**, Saggi, Reimp., Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 135. Señala el autor: «Es pues cierto que los abogados, sobre los hechos objetivos, lejos de tener derecho a mentir, deben decir, cuando la conocen, la verdad”.

<sup>1092</sup> En este sentido señala Taruffo que «la moral social posiblemente asume que la gente debe decir la verdad, pero no parece concebible respecto de los abogados un deber general de decir de la verdad, y menos aún un deber de decir “toda” la verdad. A lo sumo, los abogados podrían estar obligados a no utilizar medios de prueba o declaraciones de otras personas cuya falsedad conocen, aunque esto no equivale a afirmar que tengan un deber moral de decir la verdad”. Cfr. TARUFFO, Michele: **Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos**, Trad. D. ACCATINO SCAGLIOTTI, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 58.

<sup>1093</sup> Cfr. CIPRIANI: “El abogado...”, cit., p. 287.

El mismo autor señala que “un abogado un poco inteligente no sostiene nunca falsedades, ni cuando habla ni mucho menos cuando escribe, sino que se esfuerza siempre en encontrar el argumento correcto para poner al adversario en la esquina y tener el partido ganado”<sup>1094</sup>.

### 1.3. La lealtad del abogado con su defendido

El problema moral de la defensa debe ser analizado partiendo desde la lógica de las cosas. El abogado no debe defender todas las causas que se le propongan, pero cuando acepta la defensa y particularmente comparece en nombre de otro o asiste en el proceso, debe adaptarse tanto a la dinámica y estructura del mecanismo de discusión, como a las normas que rigen su profesión. Como señala Couture al comentar su 5º Mandamiento de la Abogacía, a saber, Sé Leal, ilustra:

Lo que sucede es que el abogado, una vez investigados los hechos y estudiado el derecho, acepta la causa y entonces se transforma de abogado a defensor.

Entonces sí, sus argumentos son *ad probandum* y su posición es terminante y se hace enérgico e intransigente en sus actitudes. Pero esto no ocurre por inmoralidad, sino por necesidad de la defensa. Antes de la aceptación de la defensa el abogado tiene libertad de decidir. Dice que sí y entonces su ley ya no es más la libertad, sino la de la lealtad.

Si el defensor fuera vacilante y escéptico después de haber aceptado la defensa, ya no sería defensor. La lucha judicial es lucha de aserciones y no de vacilaciones. La duda es para antes y no para después de haber aceptado la causa<sup>1095</sup>.

Esto mismo señala Cipriani cuando afirma que “el abogado, a lo más, puede no aceptar el encargo o renunciar al mandato, pero si acepta defender a quien se le encomienda, debe hacerlo con todas sus propias fuerzas y dentro de los límites que los autos se lo permitan”<sup>1096</sup>.

<sup>1094</sup> Cfr. Ib., p. 288.

<sup>1095</sup> Cfr. COUTURE, Eduardo: **Los mandamientos del Abogado**, 15ª ed., Liber, Caracas, s/f, p. 41.

<sup>1096</sup> Cfr. CIPRIANI: ob. ult. cit., p. 289.

Y continúa señalando que “la habilidad del defensor, pues, no está en contar cuentos, sino en plantear tesis objetivamente o al menos aparentemente sostenibles, basándose en la lógica formal, en la doctrina, en la jurisprudencia y en cualquier otro argumento que pueda ser útil para poner en dificultad a la contraparte y convencer al juez del buen derecho de su asistido. El abogado, en efecto, para ganar las causas, debe persuadir al juez de la exactitud de sus propias tesis o, por lo menos, hacerle entender que su tesis es más exacta y más coherente que la del adversario; y no creo que lo lograría si se limitara a mentir”<sup>1097</sup> .

Dejar la suerte de una pretensión librada a la valoración de la conducta procesal del abogado, significa no solo desconocer que abogado y parte no son uno, sino imponer, simple y llanamente, una sanción. Una sanción impuesta generalmente a un sujeto (la parte) por la actuación de otro (su abogado [e incluso por la actuación de otro tipo de representantes como los legales]) y esto de modo alguno tendrá que ver con la justicia, comprobación, acreditación o verdad de las pretensiones discutidas en juicio. Que se proscriba la mentira en juicio no significa renunciar el abogado a su deber de defensa en desprecio del inviolable derecho de defensa de la parte.

El derecho a la asistencia jurídica a que se refieren los artículos 49.1 de la Constitución venezolana y 8.2° a) y b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ve seriamente comprometido cuando la propia autonomía y actuación del abogado de una parte se ve condicionada con normas que pueden incluso sugerir, como deber del abogado, que su actuación sea contraria a los intereses de su representado. De manera que al tener en cuenta la aclaración del concepto de parte y el dato de la realidad normativa que indica que parte significa división del todo y que el patrocinio profesional obedece a la defensa de las *partes* en el *proceso*, esto nos lleva a hacer algunas consideraciones sobre el proceso y la dialecticidad.

## 2. LA DIALECTICIDAD DEL PROCESO Y LAS PARTES

En el lenguaje ordinario se entiende por la voz *proceso* “acción de ir hacia delante” como “transcurso del tiempo” o “conjunto de las fases

---

<sup>1097</sup> Cfr. Íd.

sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial”<sup>1098</sup>. O como señala Redenti “la palabra “proceso”, en su acepción vulgar, sirve para indicar un fenómeno considerado en su desarrollo (así, se oirá hablar, por ejemplo, de un proceso morbooso, o de un proceso de fabricación, y en terreno más próximo al nuestro, del proceso de formación de un acto administrativo)”<sup>1099</sup>.

Para Bülow el proceso es una relación jurídica entre el tribunal y las partes, relación que además de *pública* es *continua*, avanza gradualmente y se desarrolla paso a paso<sup>1100</sup>, o según Chiovenda es proceso “el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria”<sup>1101</sup>.

Según Liebman se llama *proceso* a la actividad a través de la cual se desarrolla la actividad jurisdiccional, la cual se cumple con una serie coordinada de actos que se desarrollan en el tiempo y que tienden a la formación de un acto final, “de ahí la idea de *proceder* hacía una meta, y el nombre dado al conjunto de actos cuya existencia se produce en el ejercicio de la función”<sup>1102</sup>.

Los autores han debatido sobre la naturaleza jurídica del proceso<sup>1103</sup>. Definido bien como relación jurídica triangular o como situación jurídica. Sin dejar de reconocer la idea de proceso como relación

<sup>1098</sup> Vid. Real Academia Española: **Diccionario de la Lengua Española**, 20ª ed., Madrid, 1984, t. II, p. 1107.

<sup>1099</sup> Cfr. REDENTI: ob. ult. cit., p. 87, Cfr. CALAMANDREI, Piero: **Instituciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código**, 2ª ed., Trad. S. SENTÍS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1973, vol. I, p. 318, COUTURE, Eduardo: **Fundamentos de Derecho Procesal Civil**, Reimp, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 122, DEVIS: ob. ult. cit., p. 157.

<sup>1100</sup> Vid. BÜLOW, Oskar von: **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**, Trad. ROSAS LICHTSHEIN, El Foro, Buenos Aires, 2008, pp. 10-11.

<sup>1101</sup> Cfr. CHIOVENDA: **Instituciones de Derecho Procesal Civil**, Trad. E. GÓMEZ ORBANEJA y R. GRECO, Ed. Valletta, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 56.

<sup>1102</sup> Vid. LIEBMAN: ob. ult. cit., p. 25, REDENTI: ob. cit., p. 87, CHIOVENDA: **Instituciones...**, cit., p.72, DEVIS: ob. cit., pp. 157-158, CUENCA: **Derecho procesal civil. La competencia y otros temas**, cit., p. 199, ORTIZ-ORTIZ: ob. cit., p. 439.

<sup>1103</sup> Cfr. REDENTI: ob. cit., p. 115, CALAMANDREI: **Instituciones de Derecho Procesal Civil...**, cit., pp. 334-335, LIEBMAN: ob. cit., p. 28, COUTURE: **Fundamentos de Derecho Procesal Civil...**, cit., p. 122. Ver también COUTURE, Eduardo: **Exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Civil**, Fas, Rosario, 2009, p. 72, DEVIS: ob. cit., p. 170.

jurídica, se insiste en su dinamismo, en tanto y en cuanto regula un mecanismo jurídico en movimiento<sup>1104</sup>.

La complejidad de situaciones y actos convierten al proceso en un fenómeno dinámico, un fenómeno jurídico instrumental, manifiestamente autónomo de las situaciones o derechos sustanciales que en él se hacen valer<sup>1105</sup>, por lo que la evolución ha hecho necesario indicar que el proceso es más que una relación jurídica, figura, ésta, estática y por lo tanto inidónea para expresar el movimiento jurídico en el cual radica la realidad del proceso; que es en realidad una serie de relaciones en continua transformación durante el desenvolvimiento de las situaciones a través del ejercicio de los poderes<sup>1106</sup>. Y “por lo tanto la figura de la relación jurídica procesal puede ser considerada hoy insuficiente para explicar el fenómeno jurídico procesal en su complejidad”<sup>1107</sup>.

## 2.1. El proceso como competencia o juego razonado

Resulta de gran interés destacar la opinión según la cual el proceso es una competencia o juego razonado. Piero Calamandrei, cuya obra ha tenido y aún tiene profunda influencia en la doctrina Latinoamérica y particularmente en Venezuela, señala que el proceso es una disciplina

<sup>1104</sup> Cfr. LIEBMAN: ob. ult. cit., p. 26. Señala el autor: «En el cual se encuentran y se desencuentran fuerzas jurídicas diversas, tendidas para conseguir sus propósitos, las cuales vienen delimitadas y disciplinadas en su nacimiento y en sus actividades y efectos». Así, señaló Goldschmidt que «las normas jurídicas constituyen, para los sometidos a ellas, las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término, de que dictará una sentencia judicial de determinado alcance. Los vínculos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente “relaciones jurídicas” (consideración “estática” del Derecho), esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino “situaciones jurídicas” (consideración dinámica del Derecho), es decir, situaciones de expectativas, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquellas son derechos en sentido procesal – el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal) no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada-, y las últimas –las cargas-, “imperativos del propio interés”, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones”. Cfr. GOLDSCHMIDT, James: **Derecho Procesal Civil**, Trad. L. PRIETO CASTRO, Labor, Barcelona, 1936, p. 8. Véase también COUTURE: **Fundamentos...**, cit., p. 139, MANDRIOLI: ob. cit., p. 30.

<sup>1105</sup> Cfr. LIEBMAN: ob. ult. cit., p. 29.

<sup>1106</sup> Cfr. MANDRIOLI: ob. ult. cit., pp. 32-33

<sup>1107</sup> Cfr. Ib., pp. 33-34.

jurídica que regula el diálogo entre hombres y que las formas procesales “son una especie de metodología fijada por la ley para servir de guía a quien quiera pedir justicia: casi, podría decirse, el manual del litigante, que le enseña cómo se debe comportar con el juez para ser escuchado por éste. Así, las formas procesales al imponer un cierto orden y un cierto modo de expresión a las deducciones de las partes y al prohibir al juez que tenga en cuenta las defensas presentadas en formas diversas, aseguran el respeto del contradictorio y de la igualdad de las partes”<sup>1108</sup>.

Expresa que el proceso tiene un carácter dialéctico “en virtud del cual, el proceso se desarrolla como una lucha de acciones y reacciones, de ataques y de defensas, en la cual cada uno de los sujetos provoca, con la propia actividad, el movimiento de los otros sujetos, y espera, después de ellos un nuevo impulso para ponerse en movimiento a su vez”<sup>1109</sup>. Esto le permite concebir al proceso como una *relación* continuada entre diversas personas.

Dice Calamandrei, al referirse a la tesis del proceso como *situación jurídica* de J. Goldschmidt defendida en el libro *Der Prozess als Rechtslage* (1925)<sup>1110</sup>, que “al releer hoy, a la distancia de más de veinte años, la nota que escribí sobre aquel libro a poco de aparecer, no me sentiría capaz de confirmar íntegramente las reservas que entonces me pareció poder expresar sobre la teoría de la situación jurídica [...] Creo que se puede permanecer fieles a la teoría tradicional de la relación procesal, que se refiere a la constitución externa del proceso, sin desconocer la validez fundamental de la teoría de Goldschmidt sobre la situación jurídica, la cual es importante sobre todo para aclarar las relaciones internas entre proceso y derecho sustancial, y para demostrar en qué modo el delicado mecanismo de la dialéctica procesal, que es el trámite necesario a través del cual la ley abstracta se concreta en fallo judicial, opera de manera determinante sobre el contenido de la sentencia”<sup>1111</sup>.

<sup>1108</sup> Cfr. CALAMANDREI: *Instituciones de Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 322.

<sup>1109</sup> Cfr. CALAMANDREI: ob. ult. cit., p. 334. Véase del mismo autor “El proceso como juego”, en *Estudios sobre el proceso civil*, Trad. S. SENTÍS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1973, p. 263.

<sup>1110</sup> Vid. GOLDSCHMIDT: ob. cit., pp. 7-8.

<sup>1111</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero: “Un maestro del liberalismo procesal”, en *Revista de Derecho Procesal*, Dir. H. ALSINA, EDIAR, Argentina, 1951. Cuando menciona las reservas sobre el proceso como *situación jurídica* se refiere CALAMANDREI al ensayo escrito en 1927 titulado



Este carácter de juego razonado<sup>1112</sup>, se manifiesta en el principio de *dialecticidad*. Y así nos señala que “en esto consiste la táctica procesal, encomendada a la sagacidad y al sentido de responsabilidad de cada uno de los litigantes; aquí es donde está la habilidad del juego. Cada competidor, antes de dar un paso, debe tratar de prever, mediante un atento estudio, no sólo de la situación jurídica, sino también de la psicología del adversario y del juez, con qué reacciones responderá el antagonista a su movimiento”<sup>1113</sup>.

Carnelutti explica el proceso a partir del parangón que hay entre éste y una representación escénica o el juego deportivo, que radica en el drama que en ellos se vive, además que ambas tienen sus propias leyes (para su exteriorización)<sup>1114</sup>, más que un juego, afirma que el proceso es

---

“Il processo come situazione giuridica”, en *Rivista di diritto processuale civile*, CEDAM, Padova, 1927, pp. 219 ss. Vid. CHIZZINI, Augusto: “Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: Tre variazioni sul tema”, en AA.VV., **Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile**, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 266. En otro lugar y en perfecta armonía con los argumentos transcritos, Calamandrei señala al referirse a la dialecticidad: «De esta dinamicidad dialéctica del proceso civil de tipo dispositivo se ha dado una inolvidable sistemática en la obra fundamental de James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*: en la cual se configura el proceso, no como una relación jurídica unitaria, fuente de derechos y obligaciones (*Prozessrechtsverhältnis*), sino como una situación jurídica fluida y mutable, fuente de expectativas, posibilidades y cargas (*Aussichten, Möglichkeiten, Lasten*), destinada a plasmarse según la varia sucesión de los actos procesales, cada uno de los cuales da al curso del procedimiento nuevas direcciones y abre a las partes nuevas perspectivas... Todo esto no destruye, entendámonos bien, la exactitud de la teoría de la relación procesal, en lo que atañe al núcleo central de ella, que es el deber del juez de proveer, y el correspondiente derecho de las partes, de conseguir que él provea; pero es cierto que el contenido concreto de esta obligación del juez se plasma dialécticamente en correspondencia con las situaciones jurídicas creadas por la actividad concurrente: según la variable puntuación, podríamos decir, de su juego”. CALAMANDREI, Piero: “El proceso como juego”, en **Estudios sobre el proceso civil**, Trad. S. SENTÍS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1973, pp. 266-267.

<sup>1112</sup> Cfr. CALAMANDREI: ob. ult. cit., p. 264, «todo movimiento realizado por una parte abre a la parte contraria la posibilidad de realizar otro movimiento dirigido a contrarrestar los efectos del que lo precede y que podríamos decir, lo contiene en potencia», pues «cada movimiento de una parte crea para el adversario una serie de posibilidades, de las cuales puede ocurrir que resulte, si se mueve hábilmente, sacar provecho contrariamente a lo que su antagonista suponía»

<sup>1113</sup> Cfr. Íd., REDENTI: ob. cit., p. 115, CARNELUTTI, Francesco: **Sistema de derecho procesal civil**, Trad. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y S. SANTIS MELENDO, UTEHA, Buenos Aires, 1944, t. I, pp. 48 y 49.

<sup>1114</sup> Vid. CARNELUTTI: **Cómo se hace un proceso**, cit., p. 5.

una competencia, quizá para no atribuirle falta de seriedad y el carácter lúdico que la expresión *juego* puede sugerir<sup>1115</sup>.

Para Carnelutti las reglas del juego no tienen otra razón de ser sino garantizar la victoria a quien la haya merecido “y preciso es saber lo que vale esa victoria para captar la importancia de las reglas y la necesidad de tener una idea de ellas”<sup>1116</sup>. Y volviendo a un parangón entre los antiguos combates del Circo Máximo, donde se arriesgaba la vida, y el proceso civil, donde no se arriesga tanto o al menos se arriesgan otros valores aparentemente menos importantes, señala “sin embargo, la libertad vale más que la vida como lo sabe quién por ella rehúsa a la vida”<sup>1117</sup>.

El autor hace una referencia a la guerra legalizada como lo fue el duelo, antes del proceso, señalando que al pasar los tiempos los medios de combate se transformaron “y la relación entre vencer y tener la razón se invierte: no ya quien vence tiene la razón, sino que quien tiene la razón resulta vencedor”<sup>1118</sup>, manteniendo no obstante, como fenómeno, un contenido bélico si bien asimilable al juego en su estructura y parangonable a la guerra en su función.

## 2.2. El proceso como método de debate dialéctico frente a las corrientes de publicización

Debemos rescatar una idea presente en la mayoría de doctrina autoral, a saber, concebir al proceso como un método de debate para la resolución de conflictos y la tutela de bienes e intereses jurídicos y sobre todo el reconocer su dinamismo<sup>1119</sup> y dialécticidad.

Por los momentos, reiteramos que la idea de proceso como método de debate dialéctico produce desde una perspectiva estática una relación triangular entre juez y partes (parte actora y parte demandada), donde

<sup>1115</sup> Al respecto CARNELUTTI, Francesco, *Giuoco e processo*, en *Rivista di diritto processuale*, CEDAM, Padova, 1951, p. 101 ss., quien en sentido crítico señala las diferencias entre *juego* y *competencia*, resaltando que: «*il processo è una gara, ma non sempre una gara è un giuoco*” p. 105.

<sup>1116</sup> Cfr. CARNELUTTI: **Cómo se hace un proceso**, cit., p. 5

<sup>1117</sup> Cfr. CARNELUTTI: ob. ult. cit., p. 6.

<sup>1118</sup> Cfr. Íd.

<sup>1119</sup> Cfr. CUENCA: **Derecho procesal civil. La competencia y otros temas**, cit., p. 199.

aquel en su condición de autoridad tiene el deber de decidir el conflicto de intereses que la parte actora plantea y que el demandado resiste.

A su vez desde una perspectiva dinámica, se generan una serie de imperativos que pueden reducirse a tres categorías, a saber, *deberes*, *obligaciones* y *cargas* de los sujetos, que aparecen a medida que avanza la serie procedimental y dependiendo del accionar de los sujetos procesales. Estos imperativos deben ser coherentes y suficientes para explicar las relaciones y/o situaciones que se generan en/entre los sujetos procesales.

Importante corriente de pensamiento procesal considera al proceso como un fenómeno social de interés público y cuya influencia ha sido determinante en la codificación procesal moderna<sup>1120</sup>, contraria a la conceptualización como contienda entre particulares, señalándose que ésta se encuentra superada pues el Estado no puede sólo garantizar la libertad del debate, el régimen de pruebas y la decisión judicial<sup>1121</sup>; siendo necesaria que las partes sirvan al proceso.

A nuestro entender la realidad práctica que da vida al proceso no reconoce ni podrá reconocer desde una perspectiva práctica que las partes sirvan al proceso, pues ocurre que como señala Chiovenda “el proceso no sirve a una u otra parte: sirve a la parte que según el Juez, tenga razón”<sup>1122</sup>.

Resulta pues evidente que la dialecticidad del proceso hace de él un mecanismo de debate y contradicción, de manera que un proceso es proceso sólo si es dialéctico, colocando automáticamente a aquellos sujetos que en concreto se encuentran debatiendo (partes) en situaciones respecto a los esquemas de comportamientos previstos en las normas

<sup>1120</sup> Vid. CAPPELLETTI, Mauro: “Ideologia nel diritto processuale”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 162 ss., del mismo autor **Proceso, ideologías, sociedad**, Trad. S. SENTÍS MELENDO y T. BANZHAF, EJEA, Buenos Aires, 1974, *passim*, y **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**, Trad. S. SENTÍS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1972, *passim*.

<sup>1121</sup> Vid. MASCIOTRA, Mario: **La conducta procesal de las partes**, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 14.

<sup>1122</sup> Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe: **Instituciones de Derecho Procesal Civil**, Trad. E. GÓMEZ ORBANEJA y R. GRECO, Valletta, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 63, CALAMANDREI: “El proceso como juego”, cit., p. 266, CUENCA: ob. ult. cit., p. 203, MONTERO: “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, cit., p. 345.

procesales, condicionando el resultado a la actuación efectiva de cada parte procesal.

Si como dice Cuenca el “proceso actúa siempre *a posteriori* y mediante él sólo se tiene una oportunidad para la reparación del daño”, será la actividad de las partes, que frente a los esquemas de comportamiento previstos, podrá o no satisfacer sus pretensiones (o resistencias) y conseguir actuar y/u obtener la tutela de sus pretensiones. El proceso es, pues, método de debate dialéctico para resolver conflictos concretos, no mecanismo político o moralizador.

### 2.3. Una distinción necesaria: Deberes, obligaciones y cargas procesales

Por una parte, si se entiende que el tema relativo al principio de moralidad o buena fe procesal es estudiado desde la enunciación de un deber general de moralidad, resulta importante distinguir cuándo estamos frente a un deber, frente a una carga o frente a una obligación<sup>1123</sup>. Por otra parte, teniendo clara la diferencia, conviene recordar la función de la carga procesal<sup>1124</sup>.

Los imperativos jurídicos procesales, vale decir, las situaciones jurídicas de desventaja en sede procesal, han sido divididos en deberes, obligaciones y cargas. Son deberes “aquellos instituidos en interés de la comunidad; obligaciones, aquellos instituidos en interés del acreedor; cargas, aquellos que se determinan en razón de nuestro propio interés”<sup>1125</sup>.

<sup>1123</sup> Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan: **El principio de la buena fe procesal**, Bosch, España, p. 119-120. En este sentido Vid. MICHELI, Gian Antonio, **La carga de la prueba**, Reimp., Trad. S. SENTÍS MELENDO, Temis, Colombia, 2004, pp. 135-136.

<sup>1124</sup> Para parte de la doctrina autoral el principio de buena fe procesal puede englobarse en todas y cada una de las categorías de cargas, obligaciones y deberes procesales dependiendo de las circunstancias, y su ámbito de aplicación alcanza a todo tipo de procedimiento, afectando a todo interviniente en el proceso «esto es, tanto a las partes como a los abogados, procuradores, testigos, peritos, etc.”. Cfr. PICÓ: **El principio de la buena fe procesal**, cit., p. 118.

<sup>1125</sup> Cfr. COUTURE: **Fundamentos de Derecho Procesal Civil**, cit., p. 209. Véase respecto a las situaciones jurídicas BARRIOS DE ANGELIS, Dante: “Acción, excepción y jurisdicción”, en *Revista de Uruguay de Derecho Procesal*, 4, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal/Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, pp. 587 ss., del mismo autor **Teoría del proceso**, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2002, p. 134 ss.

El mismo Couture define los deberes procesales como “aquellos imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad. En ciertas oportunidades, esos deberes se refieren a las partes mismas, como son, p. ej., los deberes de decir la verdad, de lealtad, de probidad en el proceso”<sup>1126</sup>.

Como indica Couture “los deberes procesales, como en general los demás deberes jurídicos, no pueden ser objeto, a diferencia de las obligaciones y de las cargas, de ejecución forzosa. La efectividad en el cumplimiento de los deberes procesales se obtiene, normalmente, mediante sanciones, ya sea de carácter físico o personal, como el arresto del testigo que se rehúsa a asistir a declarar; ya sean de carácter pecuniario, como la multa impuesta al perito que no presenta su dictamen; ya sea de carácter funcional, como la pérdida, la postergación o la suspensión del empleo. Estas sanciones son formas de coacción moral o intimidación. En verdad no hay forma material de hacer cumplir por la fuerza esta clase de deberes”<sup>1127</sup>.

Para Couture “son obligaciones procesales aquellas prestaciones impuestas a las partes con ocasión del proceso. Si bien algunos autores niegan la existencia de obligaciones procesales, no puede dejarse de reconocer que, reiteradamente, la experiencia jurídica nos coloca frente a imperativos de esta índole. La más acentuada de las obligaciones procesales es la que surge de la condena en costas. En nuestro concepto existe además una *responsabilidad procesal*, derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. El daño que se cause con ese abuso, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condena en costas. La condena en costas constituye una forma de imponer, por acto judicial, una obligación cuya naturaleza procesal parece muy difícil de desconocer”<sup>1128</sup>. Señala el autor otras obligaciones procesales derivadas de actos dispositivos, tales como el allanamiento a la demanda o el desistimiento y obligaciones económicas frente al Erario, derivada de los tributos que se pagan con ocasión del proceso.

<sup>1126</sup> Cfr: COUTURE: ob. ult. cit., pp. 209-210.

<sup>1127</sup> Cfr. Ib., p. 210.

<sup>1128</sup> Cfr. Ib., pp. 210-211.

En cuanto a la carga procesal Couture señala que “puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él”<sup>1129</sup>.

La noción de carga se diferencia claramente del derecho, en tanto que el derecho a realizar un acto de procedimiento es una facultad que la ley otorga al litigante en su beneficio (facultad de contestar la demanda, de producir prueba, de alegar de bien probado), la carga es una conminación o compulsión a ejercer el derecho<sup>1130</sup>.

Según Couture la carga funciona *á double face*, por un lado “el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar: en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo como el riesgo de no contestar, de no probar y de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones”<sup>1131</sup>.

Por su parte se señala que la carga es opuesta a la obligación; pues la obligación es un vínculo impuesto a la voluntad, que se acentúa por la circunstancia de que existe una libertad jurídica para cumplir o no cumplir, pero la actitud de no cumplimiento deriva en consecuencias perjudiciales. Más específicamente “mientras en la obligación el vínculo está impuesto por un *interés ajeno* (el del acreedor), en la carga el vínculo está impuesto por un *interés propio*”<sup>1132</sup>.

La diferencia entre la carga y la obligación reside en las consecuencias que derivan de sus respectivos incumplimientos, mientras que la obligación insatisfecha crea un derecho a favor del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación incumplida, en la carga insatisfecha sólo nace un perjuicio para el que debe asumir la conducta establecida en la ley.

Por otra parte, a la obligación insatisfecha corresponde la responsabilidad *subjetiva* o voluntaria, mientras que a la carga insatisfecha

<sup>1129</sup> Cfr. Ib., p. 211.

<sup>1130</sup> Vid. Ib., p. 212.

<sup>1131</sup> Cfr. Íd.

<sup>1132</sup> Cfr. Ib., pp. 212-213.

corresponde, normalmente, la responsabilidad objetiva derivada de la inactividad, produciendo el efecto previsto, *ope legis*<sup>1133</sup>, en la mayoría de los casos, aun sin la voluntad del adversario y sin constituir ningún derecho para éste<sup>1134</sup>.

### **2.3.1. Importancia de la distinción entre carga, obligación y deberes procesales frente a las normas que permiten la valoración judicial de la conducta de las partes. Un ejemplo paradigmático: la exhibición documental**

Es pues evidente que hay una clara diferencia entre carga, deber y obligación procesales. Diferencia fundamental para entender el tema de la valoración judicial de la conducta procesal de las partes (que se presenta, en principio, como consecuencia de la violación de un deber [moralidad o buena fe procesales *ex* artículo 170 del Código de Procedimiento Civil venezolano, y expresamente sancionado en los artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo], *ergo*, como una sanción).

<sup>1133</sup> *Vid. Ib.*, p. 213. Véase también MONTERO: “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, cit., p. 339 y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: **Sistema procesal. Garantía de la libertad**, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 332.

<sup>1134</sup> Para Montero la distinción entre carga, obligación y deber permite concluir que en la Ley de rito española no se ha impuesto a las partes obligaciones, sino simplemente deberes «y aunque debe distinguirse claramente entre lo que es un deber y lo que es una carga, por ejemplo cuando se trata del sometimiento a las pruebas biológicas”. *Cfr.* MONTERO: ob. ult. cit., pp. 339-340. En nota n° 98 el autor señala: «Cuando el artículo 767.4 LEC dispone que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios, no está estableciendo un deber procesal sino inequívocamente una carga, pues el incumplimiento de ese pretendido deber no lleva aparejada una sanción sino una consecuencia procesal perjudicial que podría evitar realizando el acto. Si ese sometimiento a la prueba biológica se concibiera como una obligación de hacer se estaría nada menos que ante la posibilidad de que se exigiera coactivamente, lo cual no parece que sea defendido por nadie, aunque existe alguna sentencia del Tribunal Constitucional muy sospechosa; si se tratara de un deber el incumplimiento debería ser sancionado; al tratarse de una carga la ley se limita a disponer una consecuencia perjudicial para la parte al no “levantar” la carga; incluso podría recordarse la diferencia entre el artículo 767.4 y el 329.2 sobre la presentación de documentos poder de la parte contraria...”.

Así pues, la diferencia entre carga, deber y obligación procesales debe ser tomada en cuenta:

- 1) para identificar las consecuencias derivadas de la violación de la moralidad o buena fe procesal, como violaciones a un *deber* (no de una obligación, ni de una carga) y,
- 2) para clasificar ciertas normas que son incluidas en el supuesto catálogo de normas que son manifestación del deber de moralidad o buena fe procesal, como casos que se identifican y funcionan propiamente como supuestos de *cargas procesales* y no de deberes u obligaciones.

Este es el caso v.gr., de la exhibición documental prevista en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela<sup>1135</sup>. La disposición normativa establece:

La parte que deba servirse de un documento que según su manifestación, se halle en poder de su adversario podrá pedir su exhibición. A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento, o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del mismo y un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario.

*El Tribunal intimará* al adversario la exhibición o entrega del documento *dentro de un plazo* que le señalará bajo *apercebimiento*.

Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento.

Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder del adversario resultare contradictoria, el Juez resolverá en la sentencia definitiva, pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen.

<sup>1135</sup> Sobre la exhibición documental en Venezuela véase RIVERA MORALES, Rodrigo: **Las pruebas en el derecho venezolano. Civil, Penal, Oral, Agrario, Laboral y de LOPNA**, Reimp, 6ª ed., Librería J. Rincón G, Barquisimeto-Venezuela, 2011, pp. 787 ss.



El supuesto normativo (*actio ad exhibendum*) es un mecanismo o, como señala Rivera Morales, un “recurso que tienen las partes para traer una prueba que pueda influir en la decisión”<sup>1136</sup>; mecanismo procesal que genera una carga procesal (no un deber ni una obligación) con consecuencias determinadas por el legislador, y que si bien admite la valoración de la conducta de las partes (últ. ap) cuando autoriza al juez a “sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas” las presunciones (*rectius*: conclusiones) que su prudente arbitrio le aconseje, se trata de un mecanismo que funciona o es movido por el concepto de carga procesal.

De manera que relacionar normas de este género (exhibición documental o sometimiento a inspecciones) con el deber de moralidad (o de colaboración) no parece correcto, pues atienden, más que a la valoración de una prueba, a mecanismos procesales que se sirven de la carga por razones de conveniencia, particularmente por facilidad, proximidad y posibilidad de acceso a la prueba, para traerlas al proceso.

No se trata de un imperativo que surja por *deber de colaboración* (manifestación del principio de moralidad) sino una carga procesal impuesta a una de las partes, con consecuencias procesales por su no levantamiento<sup>1137</sup> (lo mismo ocurre con los artículos 448 y 505 del

<sup>1136</sup> Cfr. Ib., p. 788. Sobre los diversos supuestos normativos de la exhibición en Venezuela véase pp. 788-789. Véase también CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo: **La prueba ilegítima por inconstitucional**, Homero, Caracas, 2012, pp. 942 ss.

<sup>1137</sup> En este sentido NIEVA FENOLL, Jordi: **La valoración de la prueba**, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 252, al referirse al silencio del litigante a la luz del artículo 307 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que sanciona la negativa, respuestas evasivas o inconcluyentes de una parte al declarar con el reconocimiento como ciertos de los hechos personales que le resulten perjudiciales, critica esta norma, destacando que la ley sanciona el silencio con la eventual pérdida del proceso, pero no sanciona que el litigante miente. Además identifica al supuesto normativo como una disposición que tiene «una naturaleza más próxima a la carga de la prueba que a la prueba legal, porque fijémonos en que en este caso el juez no está valorando un contenido probatorio, sino que está apreciando las consecuencias de una conducta del litigante, lo que es propio de la carga de la prueba. El juzgador, en realidad, tiene ante sí el vacío. Y la ley le sugiere que interprete ese vacío valorando la conducta de quien lo ha provocado. Ello es lo propio de una norma de carga de la prueba”. Véase también MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., Aranzadi, España, 2007, p. 318. Opina en modo diferente PEREIRA CAMPOS, Santiago: “Moralidad, Veracidad y Colaboración: Su incidencia en el proceso civil contemporáneo (El Código Procesal Civil para Iberoamérica y la Experiencia de Código General del Proceso

Código de Procedimiento Civil, artículo 210 Código Civil y con el artículo 13 de la Ley de Procedimiento Marítimo<sup>1138</sup>). Y en efecto, según estas normas el juez valora la conducta de las partes pero a partir del concepto de carga procesal.

Se trata pues de *cargas procesales*, no de deberes ni de obligaciones<sup>1139</sup>. Se habla de carga imperfecta, cuando se otorga al juez el poder de seleccionar y de determinar las consecuencias del comportamiento de la parte que se niegue a presentar el documento o a someterse a la inspección (por ello se trata propiamente de *carga* [que no deber] *de colaboración*)<sup>1140</sup>. Tanto en este caso como en el caso en el cual las consecuencias son establecidas expresamente por el legislador, estamos en presencia de una *carga procesal*. Es decir, un imperativo del propio interés de la parte apercibida de colaborar que puede acarrearle, en caso de no levantar la carga, consecuencias perjudiciales.

### 2.3.2. Función de la carga procesal

Teniendo en cuenta la diferencia antes anotada, resulta importante recordar que en el sistema procesal venezolano la noción de carga, particularmente, de carga probatoria tiene la particularidad de dar sentido al carácter dialéctico del proceso (Arts. 506 c.p.c Ven, 1.354 C. civ Ven, 72 l.o.p.t.r.a).

---

Uruguayo)”, en AA.VV., **Estudios iberoamericanos de derecho procesal. Libro homenaje a José Gabriel Sarmiento Núñez**, Coord. C. J. SARMIENTO SOSA, Legis, Bogotá, 2005, p. 540 ss., para quien: «Específicamente con relación a la instrucción probatoria, el legislador atiende al principio de disponibilidad de los medios, para requerir de aquel sujeto que dispone de cierta prueba, su aporte al proceso; colocándole en situación de deber. No se trata simplemente de la carga de producir prueba, so pena de sufrir consecuencias desfavorables a su interés, sino que la colaboración exigida trasciende esa óptica individual y egoísta, para alcanzar la más general e intensa que corresponde a un deber jurídico de colaborar, con raigambre en los principios de buena fe y lealtad procesal”.

<sup>1138</sup> Al respecto véase MATHEUS G., Carlos A: “Régimen probatorio en el procedimiento marítimo”, en AA.VV., **Análisis de 10 años de vigencia de las leyes marítimas venezolanas**, Coord. L. COVA ARRIA, ACIENPOL-UCV, Caracas, 2012, pp. 274 ss.

<sup>1139</sup> No obstante calificada doctrina estima que normas de esta naturaleza son manifestación de un deber de colaboración, cuyo incumplimiento importa un hecho ilícito. *Vid. MICHELI: ob. ult. cit., p. 148.*

<sup>1140</sup> Sobre la crítica a la denominada carga imperfecta. *Vid. MICHELI: ob. cit., pp. 153-154.*

La carga de la prueba, y el proceso como competencia o juego razonado, impone a aquel gravado con aquella el imperativo de levantarla.

La determinación de quién es el sujeto procesal gravado con la carga de la prueba (y quién correrá el riesgo de la falta de prueba) será establecida por la naturaleza de los hechos planteados por las partes en sus respectivas instancias: la parte demandante en su demanda (*rectius*: pretensión) expondrá el *hecho o hechos constitutivos* que la fundamentan y sobre ella recaerá la carga de su prueba, y la parte demandada con su resistencia a la pretensión podrá negar genéricamente la existencia del hecho constitutivo alegado (v.gr. como es posible hacerlo en el procedimiento civil venezolano, mientras que en el procedimiento laboral deberá el demandado [tiene la carga] especificar los hechos que admite o rechaza [arg. Art. 135 Ley Orgánica Procesal del Trabajo]) en cuyo caso, en principio, la carga probatoria permanecerá en hombros de la parte actora; mientras que si el demandado frente al hecho o los hechos constitutivos alega hechos impeditivos, modificativos o extintivos, asumiré, en principio, la carga probatoria de éstos<sup>1141</sup>.

El propio Código de rito civil venezolano establece en su artículo 254: “*Los jueces no podrán declarar con lugar la demanda sino cuando, a su juicio, exista plena prueba de los hechos alegados en ella. En caso de duda, sentenciarán a favor del demandado, y, en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor, prescindiendo en sus decisiones de sutilezas y de puntos de mera forma*”. Es una regla de juzgamiento clara y sin lugar a dudas muy valiosa en el sistema procesal venezolano, y junto a las normas relativas a la carga probatoria deben ser instrumento indispensable del juez para juzgar los asuntos sometidos a su competencia.

A mayor abundamiento, el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil venezolano establece que: “En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia

<sup>1141</sup> Sobre los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos véase CONSOLO, Claudio: *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, 2 ed., Giappichelli, Torino, 2012, pp. 219-220.

legal aunque no la soliciten las partes” (*Nemo iudex sine actore*), mientras que el artículo 243.5° *eiusdem* prescribe que: “Toda sentencia debe contener: [...] 5°. Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia”, y por su parte el artículo 12 del Código de rito civil reconoce que: “Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, *que procurarán conocer en los límites de su oficio*. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. *Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados*”.

La interpretación sistemática de estas normas permite deducir con meridiana claridad que en el proceso civil venezolano las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho, en un marco procesal orientado por el sistema dispositivo y acusatorio, quedando en ellas impulsar y hacer andar cualquier actividad propia para confirmar los presupuestos de hecho (controvertidos) de la norma que invocan como favorable. La actividad probatoria es actividad de parte, cuyo impulso es imperativo del propio interés (carga). Con esto queremos advertir que la prueba en el sistema procesal venezolano (particularmente el civil), debe ajustarse a estas reglas, tanto de distribución de la carga probatoria, como las reglas de juzgamiento.

Aquellas permiten no sólo determinar la suerte del debate en caso de ausencia de prueba, sino también advierten, con antelación y previsibilidad, la posición que cada parte tiene dentro del proceso (y frente a una específica situación procesal) y qué o cuáles (afirmaciones de) hechos (controvertidos), o mejor, qué o cuáles presupuestos de hecho (controvertidos) de la norma aplicable deben ser probados y por quién, y cuáles las consecuencias de la ausencia de prueba.

En este sentido señala Alvarado Velloso que “el tema en tratamiento relativo a la *incumbencia probatoria* –que habitualmente se estudia con el nombre de *carga de la prueba*- no es en sí mismo un tema propio de la prueba procesal sino que es, en esencia, una *clara regla de juzgamiento* dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de convicción acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales

debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto”<sup>1142</sup>.

Ahora bien, todo el tema relativo a la carga de prueba y las reglas de juzgamiento condicionan sin lugar a dudas la conducta de las partes en el proceso. Esto pues, quien no tiene la carga probatoria (p.ej. el demandado, frente al demandante que no ha logrado probar o confirmar el hecho constitutivo de su pretensión) no debe (técnicamente) levantar carga alguna (aunque puede, sí, asumir ofrecer pruebas, dependiendo de la estrategia procesal elegida), ni mucho menos sufrir consecuencias por la falta de actividad o incumplimiento de aquella.

Tampoco debe esa parte sufrir una desmejora en su condición procesal por faltar (su abogado o defensor) a algún deber relacionado con el principio de moralidad (p.ej. el llamado deber de colaboración), es decir, perder el pleito, una prueba, o que por aquello se invierta la carga probatoria en su contra.

Creemos, pues, que la correcta diferenciación entre las nociones de carga, deber y obligación en el proceso es necesaria para cualquier aproximación al tema de la moralidad de la conducta procesal de las partes, lo que permite identificar situaciones que frecuentemente son tratadas como violaciones de deberes procesales derivados del principio de moralidad, siendo en rigor de verdad manifestaciones de cargas procesales.

### 3. Valoración judicial de la conducta de las partes

El proceso, no obstante su carácter dialéctico, no debe servir para multiplicar el conflicto que está llamado a resolver, se justifica pues que se proscriban comportamientos de las partes y sus patrocinados que sean contrarios a la finalidad del proceso, estableciendo reglas

---

<sup>1142</sup> Cfr: ALVARADO VELLOSO, Adolfo: **La incumbencia de la prueba (Quién debe probar)**, Unaula, Colombia, 2011, p. 28., en sentido similar véase CONSOLO: ob. ult. cit., pp. 220-221. Véase también TARUFFO: **Simplemente la verdad**, cit., p. 62. Parte de la doctrina argentina ofrece un enfoque diferente al que se expone en el texto principal sobre la noción de carga de la prueba, particularmente nos referimos a las llamadas *cargas probatorias dinámicas*. Véase al respecto. AA.VV., **Cargas probatorias dinámicas**, Dir. J. W. PEYRANO – Coord. J.W. PEYRANO, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, *passim*.

en los Códigos, bajo la denominación de reglas de lealtad, probidad, buena fe procesal<sup>1143</sup>.

Así mismo se atribuye al juez el poder de prevenir o sancionar de oficio o a petición de parte, las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes (v.gr. arts 17 y 170 c.p.c Ven).

Esto no sólo desde el Código de Procedimiento Civil, pues, por ejemplo, el legislador procesal laboral venezolano (Ley Orgánica Procesal del Trabajo) dio amplios poderes y facultades discrecionales a los jueces para prevenir y sancionar la conducta de las partes contrarias al deber de lealtad y probidad.

El artículo 48, que además de ser una reproducción de los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, otorga al juez el poder de extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes que sea contraria al deber moralidad<sup>1144</sup>, de sus apoderados o de los terceros y ordena oficiar lo conducente a los organismos competentes (es decir, los colegios profesionales), a fin de que se establezcan las responsabilidades legales a que haya lugar; hace deudor de daños y perjuicios a la parte, *el apoderado* o los terceros que se comporten con temeridad o mala fe; además de ser estos sujetos pasibles de multas, cuya falta de pago puede generar privación de libertad (sin recurso alguno)<sup>1145</sup>.

<sup>1143</sup> Al respecto véase nuestro trabajo “Consideraciones generales sobre la buena fe procesal y el abuso procesal”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, N° 3, mayo 2015, IJ-LXXVIII-857, [www.ijeditores.com.ar](http://www.ijeditores.com.ar).

<sup>1144</sup> Una norma del género no se encuentra presente en el Código de Procedimiento Civil vigente, lo que no ha sido óbice, como hemos mencionado en el texto, para que se argumente a favor de su aplicación (como norma inexpressa). Al respecto véase DUQUE CORREDOR, Román J.: “La conducta de las partes en el proceso como elemento de convicción para la decisión del juez”, en [www.iprocesalcolombovenzolano.org/doctrina](http://www.iprocesalcolombovenzolano.org/doctrina), 24 de febrero 2013. *A finales del año 2014 la Asamblea Nacional aprobó en primera discusión el texto del Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano, que acoge la posibilidad de extraer conclusiones de la conducta de las partes en su artículo 494: «El Juez puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que éstas asuman en el proceso, particularmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas»*. Sobre este tema reenviamos a la obra AA.VV., **Valoración judicial de la conducta procesal**, Coord. D. F. ACOSTA – Dir. J. W. PEYRANO, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, *passim*.

<sup>1145</sup> V. Id.

Por su parte, el artículo 122 de la ley procesal laboral otorga al juez (o mejor, reitera) el poder (previsto en el art. 48) de extraer conclusiones de la conducta procesal de las partes cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o en general lo que la ley califica como “otras actitudes de obstrucción”, imponiendo el deber legal que las conclusiones del juez estén debidamente fundamentadas<sup>1146</sup>.

También el Código Orgánico Procesal Penal regula la moralidad o buena fe procesal. Esto es coherente, sin lugar a dudas, con la idea misma de proceso. Esto es, que el proceso cómo método debe seguir pautas, no sólo formales (normas procedimentales), sino que regulen, al menos implícitamente, la actitud *ética* de sus intervinientes. Si con él

<sup>1146</sup> El artículo 48 establece: «El Juez del Trabajo deberá tomar, de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o sancionar la falta de lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión, y el fraude procesal o cualquier otro acto contrario a la majestad de la Justicia y al respeto que se deben los litigantes. A tal efecto, el Juez podrá extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes, de sus apoderados o de los terceros y deberá oficiar lo conducente a los organismos jurisdiccionales competentes, a fin de que se establezcan las responsabilidades legales a que haya lugar. Parágrafo Primero: Las partes, sus apoderados o los terceros, que actúen, en el proceso con temeridad o mala fe, son responsables por los daños y perjuicios que causaren. Se presume, salvo prueba en contrario, que las partes, sus apoderados o los terceros, han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando: 1. Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas; 2. Alteren u omitan hechos esenciales a la causa, maliciosamente; 3. Obstaculicen, de una manera ostensible y reiterada, el desenvolvimiento normal del proceso. Parágrafo Segundo: En los supuestos anteriormente expuestos, el Juez podrá, motivadamente, imponer a las partes, sus apoderados o los terceros una multa equivalente a diez unidades tributarias (10 U.T), como mínimo y de sesenta unidades tributarias (60 U.T), como máximo, dependiendo de la gravedad de la falta. La multa se pagará en el lapso de tres (3) días hábiles siguientes a la resolución del Tribunal, por ante cualquier Oficina Receptora de Fondos Nacionales, para su ingreso en la Tesorería Nacional. Si la parte o las partes, sus apoderados o los terceros no pagare la multa en el lapso establecido, sufrirá un arresto domiciliario de hasta ocho (8) días a criterio del Juez. En todo caso, el multado podrá hacer cesar el arresto haciendo el pago correspondiente. Contra la decisión judicial que imponga *las sanciones* a que se refiere este artículo no se admitirá recurso alguno”. Mientras que el artículo 122 de la Ley de rito laboral establece: «El Juez puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que éstas en el proceso, particularmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas”. Al respecto véase HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: **El nuevo proceso laboral venezolano**, CEJUZ, Caracas, 2006, pp. 195-204 y 392-394.

se pretende ofrecer un instrumento republicano para resolver conflictos debe hacerse bajo cierta ética, que asume el nombre de principio de moralidad procesal o buena fe procesal.

La existencia de un principio normativo que postula la exigencia de moralidad en el debate procesal, es sancionada generalmente con consecuencias jurídicas. Bien las normas así lo disponen o la doctrina jurisprudencial y autoral así lo han interpretado. Las consecuencias jurídicas van desde multas, imposición de costas, resarcimiento de daños, nulidad, la inadmisibilidad, la preclusión, etc.<sup>1147</sup>.

Como señala Argüello “las consecuencias en materia de las responsabilidades derivadas del proceso, para los intervinientes: partes, apoderados, terceros, se mueve entre las posiciones doctrinales del principio de la buena fe procesal y la teoría del abuso del derecho en el proceso. Dentro del proceso, al igual que en cualquier ámbito de las relaciones humanas reguladas con la intervención de las normas jurídicas, se dan frecuentemente conductas contrarias a la ley, que son de diferente naturaleza y gravedad, desde las provistas de dolo, hasta las imbuidas de culpa: leve o grave”<sup>1148</sup>.

Señala el autor que “en el proceso, esas conductas contrarias a sus regulaciones son reprochables mediante seis consecuencias a saber: a) Inadmisibilidad y nulidad de los actos procesales. b) La responsabilidad endógena, es decir, la aplicable por el juez como director del proceso, para con las partes, terceros, apoderados, poderdante, abogados asistentes, auxiliares, mediante la potestad preventiva, apercibimientos, multas. c) La responsabilidad administrativa exógena, esto es la reprimida por los Tribunales Disciplinarios de los Colegios de Abogados, mediante la remisión de las copias de la actuación contraria a la ética por parte del profesional del Derecho, acordada por el Tribunal. d) La responsabilidad civil contractual, devenida de la relación entre el abogado y su mandante o poderdante. e) La responsabilidad extracontractual, que

<sup>1147</sup> Vid. TARUFFO: “El abuso...”, cit. p. 328-329.

<sup>1148</sup> Vid. ARGÜELLO LANDAETA, Israel: “Las responsabilidades derivadas del fraude procesal”, en AA.VV., **Tendencias actuales del derecho procesal**, Coord. J.M. CASAL y M. ZERPA M., UCAB, Caracas, 2006, p. 293. Del autor véase también “El abuso de las facultades procesales”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991, pp. 75 ss.



deviene de las actuaciones en el proceso de las partes, sus apoderados o poderdantes, terceros intervinientes, por el ejercicio abusivo con o en el proceso, f) la responsabilidad penal”<sup>1149</sup>.

En Venezuela una de las consecuencias que de la violación de la exigencia de buena fe procesal deriva, es la valoración judicial de la conducta de las partes, por lo general, en perjuicio de quien actúa en contra del *principio de moralidad procesal*. Esta última consecuencia está claramente establecida en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, artículos 48 y 122. Sin embargo, en el proceso civil no encontramos disposición normativa similar, lo que no ha sido óbice para que la doctrina arribe a la misma conclusión. Tal como mencionamos *supra* en el Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil preparado por la Sala de Casación Civil y aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional, encontramos una norma del género, a saber, el artículo 494.

En este sentido señala Duque Corredor que “en nuestro sistema jurídico, en el proceso laboral, es un principio general que la conducta de las partes contraria a los deberes de lealtad y probidad procesales, es un elemento de convicción para la decisión que debe dictar el juez. Y, que en materia procesal civil, por el contrario, se atribuye a esa conducta el valor probatorio de un indicio desfavorable, que se puede desprender, solo respecto de determinadas pruebas, una presunción contraria a las partes que falten a sus deberes de veracidad y de colaboración con la justicia, a que se refieren los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil”<sup>1150</sup>.

Continúa el autor señalando que “lo anterior significa que la actitud de las partes en el proceso es un elemento de convicción para la procedencia de sus pretensiones. Tal es la importancia de esta conclusión, que aun a falta de texto expreso, en el proceso moderno se atribuye a la conducta procesal de las partes un valor, como argumento de prueba,

<sup>1149</sup> Cfr. ARGÜELLO: “Las responsabilidades derivadas del fraude procesal”, cit., p. 294.

<sup>1150</sup> Cfr. DUQUE: “La conducta...”, cit., p. 2. Continúa el autor: «De modo que esas conductas negativas se incluyen dentro de los indicios a que se contrae el artículo 510 *eiusdem*, que son aquellos hechos evidenciados en el proceso, que considerados por su gravedad, concordancia y convergencia entre sí y por su relación con las demás pruebas, permiten a los jueces inferir presunciones a favor o en contra de las partes”.

por ejemplo, como indicio, o como un elemento de valoración del material probatorio. En nuestro sistema procesal civil pudiera pensarse que domina el criterio de atribuirle específicamente el carácter de elemento de valoración de la prueba, con relación a algunas pruebas, y, que, por el contrario, en materia laboral, priva el criterio general de asignarle el carácter de elemento decisorio. Puede asentarse, pues, que lo cierto, desde un punto de vista o de otro, es que la conducta de las partes en el proceso contrarias al deber de lealtad y probidad procesales al deber de colaboración en materia de pruebas, tiene un valor negativo”<sup>1151</sup>.

Para el autor en el proceso civil venezolano, a pesar de no existir normas como las previstas en la Ley Procesal del Trabajo, es posible admitir que la valoración de la conducta de las partes puede hacerse como elemento de convicción o elemento de valoración de prueba<sup>1152</sup>.

Por su parte Bello Tabares señala al respecto que “en nuestro sistema procesal civil, no existe una norma jurídica expresa que regule y otorgue el carácter de indicio a la conducta de las partes, lo cual sí es regulado en materia laboral, especialmente en el artículo 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, siendo que en forma tímida el legislador civil, en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, castiga la conducta obstruccionista pero le da el carácter de presunción, lo cual es el error de confundir la presunción con el indicio según lo hemos indicado”<sup>1153</sup>.

Es así como se establece la regla de valoración judicial de la conducta procesal de las partes por contrariar el principio de moralidad o buena fe procesal. Como ocurre en el ordenamiento jurídico venezolano, la(s) norma(s) que prevé(n) esta posibilidad o poder del juez (Artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo) no tipifica(n) expresamente qué conductas son contrarias al principio de moralidad y por tanto pasibles de valoración por parte del juez.

De manera que aparte de la existencia de la indeterminación del criterio de valoración de estos hechos, existe una propia indeterminación del hecho que permite al juez extraer elementos de convicción de

<sup>1151</sup> Cfr. *Ib.*, p. 3.

<sup>1152</sup> Cfr. *Ib.*, pp. 5-6. *En el mismo sentido vid. MICHELI: ob. cit.*, p. 134.

<sup>1153</sup> Cfr. BELLO TABARES, Humberto: **Tratado de derecho probatorio**, Reimp. Paredes, Caracas, 2009, t. II, pp. 1034-1035.

la conducta. No obstante ha sido labor de la doctrina diseñar parámetros de identificación de la conducta procesal contraria al principio de moralidad.

Para Quintero, si se observa que la conducta “se descarrila con el propósito oscuro de servir a intereses desviados de la finalidad procesal, entramos en que ese sentido exteriorizado se valora con fines sancionatorios y se encuadra entonces, en las zonas de abuso del proceso, que tanta connotación ha asumido en nuestra jurisprudencia constitucional, y que puede provocar, sea a través de una petición incidental o principal nuláfica, o un recurso de invalidación o revisión mediante la deducción de una pretensión de amparo constitucional, en la nulidad del acto o de la sentencia obtenida en forma irregular”. Para Quintero al comportamiento abusivo, además de atribuírsele efectos anulatorios y otros, como multas y reparaciones de daños y perjuicios, “puede asumir, en el contexto de las pruebas, la relevancia para alcanzar una justa decisión”.

Quintero analiza el artículo 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, los artículos 177.1 y 177.3 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, para luego señalar, respecto al deber del juzgador, que:

Según lo expuesto, constituye, entonces, un deber insoslayable del juez, en cumplimiento del interés público inmerso en el proceso, valorar la conducta asumida por las partes, tanto antes, como durante, el desarrollo del proceso y calificarla, en términos de eficacia probatoria, cuando se trata no sólo de negativa a colaborar con la producción de la masa probatoria.

Extiende Quintero el ámbito de aplicación de la valoración probatorio de la conducta de las partes, no sólo a la fase probatoria, pudiendo el comportamiento *mendaz*, *oclusivo*, *omisivo* y *obstruccionista* verificarse en cualquier etapa del proceso y “servir de clave al juez para deducir en su contra argumentos probatorios”.

Tanto la ocultación de la verdad – continúa la autora – o su desviación o intencional calificación errada en la demanda, puede ser un indicio de la falta de fundamentos de la pretensión “con un mayor relieve cuando la producción de los medios de persuasión acompañados

por la parte contraria demuestre su falsedad”. Señalando asimismo que la falta de apreciación por el juez puede constituir un vicio de silencio de prueba.

Al disertar Quintero sobre el valor de convicción de la conducta de las partes, entre las opiniones que le otorgan valor probatorio como elemento corroborante de prueba no suficiente por sí sola y la que le atribuye la posibilidad, por su sola virtualidad, de constituir un indicio capaz de convencer al juez, se adhiere a esta última tesis.

Y concluye alertando a los jueces sobre el deber que tienen de valorar la conducta de las partes, cuando éstas constituyen hechos indiciarios que lleven al establecimiento de otros hechos vinculados con el tema del proceso, deber originado en el significado publicista del proceso “que los obliga a escudriñar la verdad en el proceso para llegar a una justicia concreta en el caso”.

Asimismo alerta Quintero a los justiciables y a sus apoderados que toda conducta exteriorizada (sea activa u omisiva) tiene huella en el proceso “y que debe, independientemente de la relevancia lógica que tiene en el razonamiento del juez la prueba de indicios y presunciones, ceñirse a la regla principio de colaboración con la justicia, en base al principio de probidad, como un deber cívico, social y de solidaridad humana”.

Para parte de la doctrina autoral la valoración probatoria de la conducta de las partes encuentra justificación en la publicización del proceso, del nuevo rol del juez y su mayor discrecionalidad. Y se señala que el fin de esta tesis es “promover la moralización del proceso y el cumplimiento de los deberes de las partes y de los jueces dentro del marco de la ley, de los principios que las informan y también de las posibilidades reales de los tribunales de la época”<sup>1154</sup>.

Se señala así que “habiendo sido desplazado el esquema del juez espectador, y a la luz del principio de la sana crítica racional, se expandieron las facultades probatorias de las partes, y de valoración por parte del juzgador. Ante este panorama, la valoración de la conducta de que

---

<sup>1154</sup> Cfr. BALESTRO FAURE, Miryam, “La valoración judicial de la conducta en juicio”, en AA.VV., **Valoración judicial de la conducta procesal**, Coord. D. F. ACOSTA – Dir. J. W. PEYRANO, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 32.

las partes exteriorizan en el proceso se abrió camino casi por generación espontánea –como la vida misma-, pues el juez que apreciaba el modo de conducirse en el proceso, por parte de los litigantes, naturalmente podía extraer: o bien indicios, o bien argumentos a la hora de la valoración probatoria”<sup>1155</sup>. Así, el espíritu de la Ley es enaltecer estos valores, a través de la moralidad procesal<sup>1156</sup>.

### **3.1. Las normas jurídicas sobre moralidad procesal o buena fe procesal: Normas en blanco, conceptos válvula y/o cláusulas generales y la valoración judicial de la conducta de las partes**

Ahora bien, surge un problema al intentar trazar límites exactos al llamado principio de moralidad o buena fe procesal y las normas que expresan, y más concretamente, qué conducta específica debe exigirse a las partes sobre la base de dicho principio. Desde esta perspectiva se habla de deber de decir la verdad, de lealtad, de probidad, buena fe, deber de colaboración, no obstrucción, litis temerarias o abusivas, tácticas dilatorias, abuso procesal<sup>1157</sup>, fraude procesal; se habla frecuentemente

<sup>1155</sup> *Cfr.* ACOSTA, Daniel Fernando: “La conducta procesal de las partes como concepto atinente a la prueba”, en AA.VV., **Valoración judicial de la conducta procesal**, Coord. D. F. ACOSTA – Dir. J. W. PEYRANO, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 78.

<sup>1156</sup> *Cfr.* BECCARIA, Cesare: **De los delitos y las penas**, Clásicos del Derecho, Librería El Foro, Buenos Aires, 2004, p. 53. Sobre el espíritu de la ley resulta oportuno recordar lo escrito por Beccaria hace un buen tiempo: «Cada hombre tiene su punto de vista, y cada hombre en tiempos diferentes tiene uno distinto. El espíritu de la ley, sería, pues, el resultado de la buena o mala lógica de un juez, de una buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de cada objeto en el ánimo fluctuante del hombre”. Continúa el autor: «De ahí que veamos muchas veces cambiarse la suerte de un ciudadano en su tránsito por diversos tribunales, y ser la vida de los desdichados víctimas de falsos raciocinios o del ocasional fermento de los humores de un juez, que toma por legítima interpretación el vago resultado de toda aquella confusa serie de nociones que se le agitan en la mente. De aquí, que veamos ser castigados los mismos delitos por un mismo tribunal de modo diverso en diversos tiempos, todo ello por haber consultado no la constante y fija voz de la ley, sino la moviediza inestabilidad de las interpretaciones”.

<sup>1157</sup> *Vid.* TARUFFO, Michele: “Elementos para una definición de abuso del proceso”, en **Páginas sobre la justicia civil**, Trad. M. ARAMBURO CALLE, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 296-297. Del mismo autor “El abuso del proceso: perfiles comparados”, en **Páginas sobre la justicia civil**, cit., pp. 321-322.

de temeridad, unas veces como conciencia de la propia sinrazón, otras veces como sinónimo de violación del principio de buena fe.

Lo cierto es que no existe una delimitación conceptual, pues en la mayoría de los casos se trata de conceptos válvula, cláusulas generales, expresiones elásticas y/o normas en blanco que dificultan convenir en el alcance y sentido, al menos ideal, de los términos que se usan para describir en sentido positivo cuál debe ser la conducta debida en juicio<sup>1158</sup>. A su vez, la buena fe como principio, por su natural indeterminación, permite sea adaptada a cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente a la heterointegración con la moral social o a la moral ideal<sup>1159</sup>.

Esto sin duda afecta la eficaz aplicación y observancia de las normas en cuestión, y, creemos, sirve para fundamentar interpretaciones abiertas que dejan un amplio margen integrativo a los jueces. Esto sin perjuicio de que existan disposiciones claras y cerradas que ofrecen previsibilidad y seguridad a los ciudadanos en cuanto a su aplicación y alcance<sup>1160</sup>.

<sup>1158</sup> Vid. DUQUE CORREDOR, Román J: *La conducta de las partes en el proceso como elemento de convicción para la decisión del juez*”, Fuente [www.iprocesalcolombovenezolano.org/doctrina](http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/doctrina), Fecha de consulta: 24 de julio 2011.

<sup>1159</sup> Sobre la moral social y la moral ideal o crítica véase GUASTINI: ob. cit., p. 19.

<sup>1160</sup> Uno de los casos típicos de actuación contraria al deber de moralidad es el previsto en el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil (Abstención de expresiones o conceptos injuriosos en los escritos [cuya máxima expresión está prevista en los artículos 133. 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y en el artículo 35. 6° de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los cuales establecen como causal de inadmisibilidad de la demanda el que la misma contenga conceptos irrespetuosos]), de igual forma la recusación infundada y las sanciones reguladas en el artículo 98 del Código de Procedimiento Civil, que establece: «*Declarada sin lugar la recusación o inadmisibile o habiendo desistido de ella el recusante, pagará éste una multa, de dos mil bolívares si la causa de la recusación no fuere criminosa, y de cuatro mil bolívares si lo fuere. La multa se pagará en el término de tres días al Tribunal donde se intentó la recusación, el cual actuará de agente del Fisco Nacional para su ingreso en la Tesorería Nacional. Si el recusante no pagare la multa dentro de los tres días, sufrirá un arresto de quince días en el primer caso y de treinta días en el segundo caso. Si la causa de la recusación fuere criminosa, tendrá el recusado la acción penal correspondiente contra quien la haya propuesto, el cual podrá incurrir también en las costas causadas a la otra parte*”. Otro caso es el de la excepción de falta de jurisdicción o competencia declarada manifiestamente infundada prevista en el artículo 76 del Código de Procedimiento Civil: «La parte que haya promovido la regulación de la jurisdicción o de la competencia que resulte manifiestamente infundada, será condenada, por el Tribunal que decida, al pago de una multa que no será menor de un mil bolívares ni mayor de cinco mil. En la misma pena incurrirá el

Aquel defecto de esos imperativos abiertos resultaría baladí si la apreciación del juez no tuviera una consecuencia inmediata, más sí cuando se otorgan al juez potestades extraordinarias para la apreciación de esas conductas, se torna en situación peligrosa e insegura para el litigante.

Tal es el caso de las normas (y criterios) que establecen genéricamente la posibilidad de extraer elementos de convicción de la conducta de las partes, por violación del mentado principio de moralidad procesal.

En este sentido Chiovenda señala “pero no es siempre prácticamente útil que el derecho provea con sanciones al castigo del que se conduce con mala fe en el proceso, porque al querer reprimir con normas generales (de dudosa eficacia) al litigante doloso, fácilmente menoscabaría también la libertad del litigante de buena fe, mientras que remitiendo al juez también por regla general, su represión concedería un excesivo arbitrio al magistrado. Así, nuestra ley no contiene, por ejemplo, una prohibición genérica y expresa de afirmar cosas falsas en juicio, dejando al cuidado recíproco de las partes la mejor aseguración de la verdad de las respectivas afirmaciones”<sup>1161</sup>.

Señala Scialoja que “el problema de impedir con sanciones penales las litis temerarias es uno de los problemas más delicados, y también de los más difíciles, de toda legislación (y se puede decir que ninguna de ellas ha llegado a resolverlo plenamente), pues hay que evitar dos excesos igualmente perjudiciales. Por una parte, el legislador debe remediar los graves inconvenientes de los múltiples juicios y del espíritu litigioso de los ciudadanos; por otra parte la litis no es más que la sanción de las disposiciones del derecho; es necesario pues que se pueda litigar y hasta que se pueda litigar fácilmente, para que el derecho no pierda toda eficacia práctica, para que sea aplicable. Hay una especie de contradicción entre estos dos fines, de donde deriva la dificultad para resolver el problema”<sup>1162</sup>.

---

Juez que haya dejado de enviar oportunamente al Tribunal que deba decidir, las actuaciones pertinentes, sin perjuicio de poder ser apremiado a cumplir tal deber por el Tribunal llamado a regular la competencia”.

<sup>1161</sup> Cfr. CHIOVENDA: **Principios...**, cit., p. 211.

<sup>1162</sup> Cfr. SCIALOJA, Vittorio, **Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y defensa de los derechos**, Trad. S. SENTÍS MELENDO y M. AYERRA REDIN, EJEA, Buenos Aires, 1954, p. 273.

### 3.2. Naturaleza jurídica

En el contexto de nuestra investigación, la valoración judicial de la conducta de las partes se construye como una consecuencia de la violación del deber de moralidad o de buena fe procesal, sin embargo, aquella (la valoración de la conducta de las partes) tiene para la doctrina un ámbito de aplicación y alcance mucho más amplio<sup>1163</sup>.

La doctrina no es conteste respecto a la naturaleza jurídica de la valoración judicial de la conducta de la parte, sin embargo predomina aquella que estudia el fenómeno bajo una perspectiva probatoria.

En Venezuela para Quintero, adhiriéndose a doctrina mayoritaria en materia, el comportamiento de las partes tiene naturaleza jurídica *indiciaria* y “de ello se deduce que se eleva la apreciación de la conducta de las partes a la categoría de fuente de prueba de la cual derivar elementos de convicción para el juzgador”.

Para Rengel-Romberg “el nuevo código, en el Libro Segundo (del Procedimiento Ordinario) Título II (de la Instrucción de la Causa) Capítulo IX (de las Reproducciones, copias y experimentos) Art. 505 CPC, no emplea la expresión “argumento de prueba” pero establece que cuando se trata de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias, que requieran la colaboración material de una de las

<sup>1163</sup> Por ejemplo, parte de la doctrina autoral argentina señala que «el estudio del tema *valor probatorio de la conducta procesal de las partes*, o en su caso, de la inconducta, forma parte de un contenido mayor, cual es la forma en que vemos y entendemos las conductas sociales e individuales en general, las que luego se repiten en el proceso. Esas diferentes, heterogéneas y múltiples conductas que es posibles asumir en un proceso pueden ser atrapadas por diversos institutos jurídicos, como bien lo señala Acosta, a saber: *la doctrina de los actos propios, la prueba de autocontradicción o intercadencia y los principios procesales de buena fe, lealtad y probidad*; a los que bien pueden agregarse: *la inconducta procesal o conducta temeraria o maliciosa, el abuso del derecho en el proceso* y, por qué no, los supuestos que llevan a la aplicación de las *cargas dinámicas probatorias*”. Cfr. LÉPORI WHITE, Inés: “La conducta procesal de las partes y los medios de prueba”, en AA.VV., **Valoración judicial de la conducta procesal**, Coord. D. F. ACOSTA – Dir. J. W. PEYRANO, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 141-142. Por su parte MUÑOZ: **Técnica...**, cit., p. 449., afirma que «la necesidad de esta diferenciación axiológica entre juicios éticos y los que podríamos llamar pragmáticos es una razón que muchas veces no se tiene en cuenta al tratar de la conducta procesal de la parte como elemento probatorio, y ello ocasiona sensibles confusiones no solo doctrinales sino prácticas”.



partes, y ésta se negare a suministrarla, el juez la intimará a prestarla, y si a pesar de ello continuare sus resistencia, dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, “*pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto*”. Pero si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, autoriza al juez a disponer que se deje sin efecto la diligencia, “*pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje*”<sup>1164</sup>.

Más adelante señala el autor “como se ve, en el primer caso, la ley toma en cuenta el comportamiento de la parte en juicio: negativa a colaborar en la prueba; pero autoriza al juez a *interpretar* (rectius: *presumir*) la negativa a colaborar en la prueba como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto; y en el segundo, autoriza al juez a *sacar* (rectius: *inferir*) de la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje; por lo cual, en ambos casos se está en el campo de las *presunciones hominis*”<sup>1165</sup>.

Para Duque Corredor la valoración judicial de la conducta de las partes tiene naturaleza tanto argumentativa como probatoria al resaltar que “la conducta de las partes puede ser un motivo de argumentación o valor probatorio”, no obstante darle preponderancia a su significancia probatoria al decir que “en nuestro proceso civil, al atribuirse a la mala fe y temeridad procesales la naturaleza de una presunción “*homines*”, es decir, que puede y debe extraer el juez, por la violación de los deberes procesales señalados, permite concluir que el comportamiento de las partes tiene eficacia probatoria [...] Por otra parte, según el texto del artículo 510 de nuestro Código Civil [se refiere el autor al Código de rito], los indicios pueden surgir de cualquier acto procesal y dentro

<sup>1164</sup> Vid. RENGEL-ROMBERG, Arístides: **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987**, Organización Gráficas Capriles, Caracas, t. IV, 2003, p. 474. Sobre el concepto de “argumento de prueba” véase TARUFFO, Michele: *La prueba de los hechos*, 3ª ed., Trad. J. FERRER BELTRÁN, Trotta, Madrid, 2009, pp. 481-482. También CAPPELLETTI, Mauro: *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Trad. S. SENTÍS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1972, pp. 151-153.

<sup>1165</sup> Vid. RENGEL-ROMBERG: ob. ult. cit., p. 474.

de ellos, por supuesto, de la actitud de las partes”<sup>1166</sup>. Continúa el autor: “Es por tanto, un “dato presuntivo”, extraído de otras pruebas o de otros actos procesales, por lo que no es una prueba autónoma”<sup>1167</sup>.

Para Rivera Morales la conducta de las partes puede ser tomada como indicio a valorar por el juez señalando que “en el Código de Procedimiento Civil venezolano en los artículos 448 *in fine* (en la prueba de cotejo si se negare a firmar en presencia del juez se le tendrá por reconocido el instrumento) y 505 que contempla que la negativa a colaborar puede interpretarse como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, no obstante, se deja a salvo el pudor humano cuando se trate de inspecciones corporales, pues, queda al prudente arbitrio del juez las presunciones que pueda sacar. En la práctica forense, en franca violación de la sustantividad del proceso, se presentan fraudes a la administración de justicia, bien sea simulando un litigio, bien un comportamiento obstaculizador u otras actividades que desvirtúan la finalidad del proceso [...] La conducta desplegada por las partes en el proceso jurisdiccional pueden ser tomados o considerados por el operador de justicia, como indicios o argumentos de pruebas que puedan demostrar hechos controvertidos en el proceso”<sup>1168</sup>.

Señala el autor que “la conducta procesal de las partes desarrollada en el proceso jurisdiccional, puede servir como un indicio a su favor o en su contra, que pueden servir de prueba para demostrar el dolo o fraude procesal, la falta de controversia o litis entre las partes, el acuerdo o concierto –dolo o fraude colusivo- e incluso la verdadera voluntad que los motiva a incoar la acción y desarrollar el proceso”<sup>1169</sup>.

En otro lugar el autor señala que “en la legislación venezolana están los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil [...] Los jueces y las partes, con base en los artículos transcritos, tienen muchos

<sup>1166</sup> Cfr. DUQUE: “La conducta...”, *cit.*, p. 6. *La presunción que se deduce de la violación de la buena fe procesal, en los términos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, funciona como elemento a ser utilizado en una eventual pretensión de indemnización por daños y perjuicios.*

<sup>1167</sup> *Vid. Ib.*, pp. 6-7.

<sup>1168</sup> Cfr. RIVERA: **Actividad probatoria y valoración racional de la prueba**, *cit.*, pp. 414-415.

<sup>1169</sup> Cfr. RIVERA: **Actividad...**, *cit.*, p. 416.

elementos que pesquisar en el transcurso de la causa y desnudar la conducta impropia de las partes o de una de ellas. Puede observarse que existen herramientas procesales para evaluar la conducta procesal de las partes”<sup>1170</sup>.

Molina Galicia, cuya opinión debe contextualizarse en el análisis de la figura del fraude procesal, señala “otra lectura de la doctrina referida al fraude procesal, nos llevaría a establecer que, sobre la base de los precedentes jurisprudenciales antes citados, sus componentes normativos contenidos en los artículos 2, 26 y 257 de la Constitución y los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, a través de la figura del fraude procesal estamos asistiendo al reconocimiento de cómo la conducta procesal de las partes y/o sus apoderados puede constituir un elemento de prueba, que en el proceso de formación de la sentencia judicial puede ser valorado como elemento de convicción para determinar la existencia de un fraude procesal”<sup>1171</sup>.

Señala el autor, refiriéndose al análisis jurisprudencial del fraude procesal en Venezuela, que “los casos citados a propósito de la jurisprudencia sobre el fraude procesal, evidencian que la conducta asumida por las partes o sus apoderados en juicio, mediante la aplicación de los principios de lealtad, probidad, buena fe, transparencia y colaboración, que gravitan sobre los abogados como auxiliares del Sistema de Administración de Justicia, por lo que todas sus actuaciones estarán sometidas al ojo escrutador del juzgador, quien podrá apreciarla en el conjunto de elementos que le han de llevar a la formación de su convicción al juzgar el caso concreto. Si leemos detenidamente la jurisprudencia citada notaremos como los jueces de la Sala Constitucional estudian el comportamiento de las partes en el proceso, para obtener por vía de ilación, un motivo íntimo de convencimiento. El comportamiento de las partes sirve entonces como fuente o medio de prueba; precisamente como hecho que prueba otro hecho, se trata de un medio subsidiario, de naturaleza indiciaria. Es decir, los jueces utilizan de acuerdo con las

<sup>1170</sup> Cfr. RIVERA: **Las pruebas en el derecho venezolano**, cit., p. 394.

<sup>1171</sup> Cfr. MOLINA GALICIA, René, **Reflexiones sobre una nueva visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial. ¿Hacia un gobierno judicial?** 2ª ed., Paredes, Caracas, 2008, pp. 245-246.

reglas de la experiencia personal y dentro de los límites de la prudencia, su observación directa del modo como las partes se comportan en el proceso”<sup>1172</sup>.

También le da una perspectiva probatoria Zambrano para quien “en Venezuela la valoración de la conducta de las partes a través de la prueba indiciaria ha sido poco usada; encontramos algunas decisiones pero en lo que atañe al fraude procesal, sin embargo, dichas decisiones no manifiestan abiertamente que es de los indicios del comportamiento de las partes en el proceso que se llega a tal conclusión, razón por la cual debemos hacer énfasis en la construcción científica del indicio porque esto nos permitiría acceder a fallos más apegados a la verdad y la justicia. Lo que debe quedar claro, es el deber para el juez de valorar los indicios que se desprenden de la conducta procesal de las partes, sean estos a favor o en contra, porque ellos nos permiten obtener decisiones más ajustadas a la realidad, cumpliendo con el postulado de tener por norte la verdad”<sup>1173</sup>.

Para Argüello una de las consecuencias de la infracción del principio de la buena fe procesal consiste en la valoración intraprocesal de la conducta de las partes, valoración a la cual atribuye naturaleza probatoria. En efecto señala que “el comportamiento que adopte cualquiera de las partes, incluyendo el tercero, puede ser fuente continua de indicios susceptibles de fundamentar una presunción, es decir, adquiere valor probatorio [...] El Código indica, por ejemplo, como comportamiento malicioso, lo previsto en el artículo 156, sobre la actuación de la parte a quien se ha solicitado la exhibición de los documentos, gacetas, libros o registros mencionados en el poder, y a falta de la exhibición de los documentos requeridos, da lugar a que el poder sea desechado y así lo hará constar el juez en el acta respectiva”<sup>1174</sup>.

Continúa el autor: “Asimismo el artículo 436 del Código Procesal, ya que si el documento no fuere exhibido en el plazo legal, y no

<sup>1172</sup> Cfr. *Ib.*, p. 247.

<sup>1173</sup> Cfr. ZAMBRANO MONCADA, Georgina, “Valoración de la conducta extraprocesal de las partes como prueba indiciaria en el proceso civil”, en AA.VV., **Pruebas y oralidad en el proceso. VII Congreso Venezolano de Derecho Procesal**, Comp. R. RIVERA MORALES, Rincón, Barquisimeto-Venezuela, 2007, p. 92.

<sup>1174</sup> Cfr. ARGÜELLO: “Las responsabilidades derivadas del fraude procesal”, cit., pp. 298-299.

aparezca en autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de este, se tendrán como ciertos, los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento. Esta norma aplica al caso de tercero a quien se le solicita la exhibición de documentos que se encuentran en su poder, a tenor de lo que estipula en el artículo 437 del Código de Procedimiento Civil”<sup>1175</sup>.

Para Bello Tabares la conducta procesal de las partes es fuente de prueba. Señala que “la conducta desplegadas por las partes en el proceso jurisdiccional, pueden ser tomados o considerados por el operador de justicia, como indicios o argumentos de prueba que pueden demostrar hechos controvertidos en el proceso, que pueden demostrar hechos sobre los cuales las personas no quieren dejar constancia para defraudar a las partes o a un tercero”<sup>1176</sup>.

Señala el autor en mención “ensayando una definición de la conducta procesal de la parte como fuente de prueba, podríamos decir que se trata de un hecho cierto y demostrado en el proceso –conducta endoprocetal- a través del cual, mediante una operación lógico-crítica, fundamentada en normas generales de la experiencia o en principio científicos y técnicos, pueden inducirse hechos desconocidos, es decir, que la conducta de las partes es fuente de prueba, pues produce un indicio endoprocetal. Luego, este indicio endoprocetal producto de la conducta de las partes –conducta omisiva, oclusiva, hesitativa o mendaz- el hecho cierto demostrado en el proceso, es decir, el indicio, será precisamente la conducta procesal de la parte que tienda a ocultar la verdad de los hechos para la solución justa de los conflictos; hecho este cierto y que ha sido producido en el decurso del proceso, lo cual nos motiva a expresar que no requiere ser llevado al conocimiento del operador de justicia mediante los medios probatorios, bastando su apreciación por el juzgador en forma oficiosa o su denuncia por la parte, que mediante un razonamiento lógico-crítico, fundamentado en las reglas de la experiencia o en principios científicos técnicos, inducen a un hecho desconocido, como lo será el fraude o dolo procesal”<sup>1177</sup>.

<sup>1175</sup> *Cfr.* Ib., p. 299.

<sup>1176</sup> *Cfr.* BELLO: **Tratado de derecho probatorio**, cit., p. 1031.

<sup>1177</sup> *Cfr.* BELLO: ob. ult. cit., p. 1034.

Intentemos dar una vuelta panorámica por la doctrina Hispanoamericana que ha sido la más proficua en admitir la figura. Doctrina que está dividida, en tanto y en cuanto para algunos la conducta de las partes en el proceso tiene una “virtualidad probatoria *stricto sensu*, mientras que para otros, inversamente, el comportamiento procesal de las partes sólo puede revestir el carácter de “fuente de convicción” o “elemento de convencimiento” o “medio de conocimiento”, sin tener por ello claro está, la naturaleza de una verdadera prueba judicial”<sup>1178</sup>.

Muñoz Sabaté define como *indicio endoprocésal* “aquel que se desprende de la conducta procesal de la parte y del cual pueden inferirse presunciones incriminativas (*contra se*) y con mayor precaución y moderación excriminativas (*pro se*). Téngase en cuenta a este respecto que una de las fuentes más accesibles de indicios suele ser por naturaleza el propio proceso ya que las relaciones antagónicas que producen originan en los litigantes a modo de mecanismo de defensa psicológico, un estado de alertamiento que activa o reactiva todas las vivencias del “caso” almacenadas en su corteza cerebral y reaccionan mediante las típicas respuestas adaptativas o de evasión para evitar un peligro. Por ejemplo: actitudes de encubrimiento de aquellos hechos que pudieran perjudicarles, o formas de expresión lógica y emocional incoherente o con una significativa tonalidad que permita una plausible discriminación”<sup>1179</sup>.

Para el autor en referencia los indicios endoprocésales no son argumentos de prueba, sino “verdaderas huellas del hecho histórico que han seguido para codificarse y descodificarse una ruta eminentemente neuropsíquica”<sup>1180</sup>; es decir, que el indicio endoprocésal tiene un desarrollo neuropsíquico que permite comprender su hondura y a su vez sirve de razón diferencial con otros indicios.

Señala el autor “insertando ahora esta dinámica neuropsicológica en la esfera lógica inferencial, se nos aparece un fenómeno idéntico a la

<sup>1178</sup> Cfr. PEYRANO, Marcos L: “La valoración de la conducta procesal de las partes como derivación del principio de adquisición procesal”, en AA.VV., **Valoración judicial de la conducta procesal**, Coord. D. F. ACOSTA – Dir. J. W. PEYRANO, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pp. 45-46.

<sup>1179</sup> Cfr. MUÑOZ SABATÉ, Luís: **Curso de probática judicial**, La Ley, España, 2009, pp. 148-149. Véase del mismo autor: **Técnica...**, cit., pp. 449-492.

<sup>1180</sup> Cfr. MUÑOZ: **Curso...**, cit., p. 149. Nota al pie n° 286.

presunción si bien la huella del hecho histórico se inserta larvadamente en la corteza cerebral, que, no lo olvidemos, sigue siendo un espacio físico, aunque inaccesible a la percepción vulgar”<sup>1181</sup>.

De manera que para Muñoz Sabaté, el indicio endoprocesal es *v.gr.* un indicio que se diferencia de los indicios exoprocesales, por “dos razones fundamentales: porque se producen dentro del propio proceso, o en sus aledaños, y porque se producen indefectiblemente a través de la conducta de la parte que sufre un acoso dialéctico. La huella que se estampa es esa propia conducta y la causa de dicha estampación es el acoso”<sup>1182</sup>.

Devis Echandía bajo el título “el comportamiento de las partes en el proceso, como indicio probatorio” opina que “en varios lugares hemos insistido en la necesidad de que el juez civil, laboral, penal y de cualquier otro proceso, tenga en cuenta el comportamiento procesal de las partes como un indicio o un argumento de prueba, a su favor o en su contra, según el caso, cuya gravedad la debe apreciar aquel libremente. La doctrina contemporánea reclama esta facultad del juez unida a la de interrogar a las partes, como una de las conquistas más importantes del moderno proceso civil y en algunos países, como Alemania e Italia (C. de P. C., art. 116) y Colombia (C. de P. C., art. 249) se ha incluido expresamente en los Cs de P. C.”<sup>1183</sup>, y señala que “son muchos los casos en que la insinceridad y mala fe en el proceso permiten obtener, lógica y pragmáticamente, indicios adversos a los hechos que alega esa parte”<sup>1184</sup>.

Parra Quijano, refiriéndose al derogado Código de Procedimiento Civil colombiano señala que “el artículo 249 del C. de P.C. regla: El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes. En realidad, el artículo cumpliría mejor su finalidad si dijera: “El juez debe deducir indicios de la conducta procesal de las partes”, sin embargo,

<sup>1181</sup> *Cfr.* *Ib.*, p. 150. En sentido general, sobre la interpretación de la expresión corporal, véase CRUCES DÍAZ, Mirla Nereida: “¿Puede ser objeto abstracto de la prueba la interpretación de la expresión corporal?”, en *Revista de Derecho Probatorio*, 15, Dir. J.E. CABRERA ROMERO, Homero, Caracas, 2009, pp. 167 ss.

<sup>1182</sup> *Cfr.* MUÑOZ: *ob. ult. cit.*, p. 152.

<sup>1183</sup> *Cfr.* DEVIS ECHANDIA, Hernando: **Teoría general de la prueba judicial**, 4ª ed., Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 1993, t. I, pp. 679-680.

<sup>1184</sup> *Cfr.* *Ib.*, p. 687.

como no faltaría quienes dijeran que la forma empleada de “debe”, significaría que se le estuviera diciendo al juez que siempre, en todas las circunstancias, sin tener en cuenta qué generara el fenómeno estudiado, se empleó la fórmula indicada. Entendida la disposición en la forma anterior; el juez debe deducir de la conducta procesal de las partes, no para regresar al sistema de la tarifa legal, sino para darle énfasis y para luchar contra la deslealtad en el proceso”<sup>1185</sup>.

J. W. Peyrano al estudiar la valoración judicial de la conducta de la parte primero le atribuyó la calidad de fuente de convicción (1979)<sup>1186</sup>, y más tarde cambió de opinión admitiendo, con la doctrina mayoritaria, “que la conducta procesal sería un indicio”<sup>1187</sup>. En el trabajo que acá se cita, el autor parece volver a la tesis primera mencionada, esto es, la conducta procesal como fuente de convicción<sup>1188</sup>.

Mientras que para M. Peyrano, partiendo de la heterogeneidad de opiniones doctrinales, al tratar de identificarse la naturaleza jurídica existe “un intento por “forzar” el concepto de prueba judicial a los fines de que “tipifique” de alguna manera la herramienta en estudio dentro

<sup>1185</sup> Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo: **Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones**, 5ª ed., Librería ediciones del profesional, Bogotá, 2005, t. IV, pp. 223- 224.

<sup>1186</sup> Vid. PEYRANO, Jorge W: “La conducta procesal como elemento de convicción favorable a su autor”, en AA.VV., **Valoración judicial de la conducta procesal**, Coord. D. F. ACOSTA – Dir. J. W. PEYRANO, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 21. Señalando que «como se sabe toda prueba no es más que un modo de confirmar la existencia de hechos afirmados por las partes. A todas luces el comportamiento de los litigantes no viene a confirmar tal o cual hecho, su relevancia para la suerte del pleito es otra: ejercer influencia sobre el ánimo del juzgador, contribuyendo a formar su convicción. Se trata entonces de una fuente de convicción. Nada más ni nada menos”.

<sup>1187</sup> Íd. Vid. KIELMANOVICH, Jorge L.: **Teoría de la prueba y medios probatorios**, 4ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 668.

<sup>1188</sup> Vid. PEYRANO, Jorge: ob. cit., pp. 21-22. Señala el autor «no tendríamos honestidad intelectual si no reconociéramos que estamos en trance de dar otra vuelta de tuerca (hacia atrás, esta vez) al asunto. Es que, verdaderamente, en algunas oportunidades la conducta procesal de alguno de los litigantes no deriva en que el tribunal tenga por probado tal o cual hecho o circunstancia, sino tan sólo en la formación de una convicción judicial apoyada en síntomas reveladores (con base cierta, que deberá invocar el tribunal interviniente) del lugar en el que están la razón y el Derecho [...] Pensamos que conviene repensar el punto, aunque todavía no tengamos una opinión definitiva acerca de tan antigua materia de debate, y ello, por más que la mayoría de las ponencias presentadas en el último certamen científico procesal nacional le asignaron el rol de indicio a la conducta procesal de la parte”.



del sistema probatorio que conocemos”<sup>1189</sup>. Para este autor al hablar de “valoración probatoria de la conducta procesal de las partes se ha restringido indebidamente a esta herramienta cuando en realidad la misma no constituye ni medio, ni fuente, ni argumento de prueba...”<sup>1190</sup>, siendo pues que para el autor el comportamiento procesal desplegado en un litigio no puede encasillarse ni en el concepto de “fuente”, “medio” o “argumento de prueba”.

Señala el autor que “nos parece que más bien deberíamos hablar simplemente de valoración judicial de la conducta procesal desplegada por las partes, quitando del medio la palabra “probatoria” que –entendemos- ha restringido injusta y erróneamente el ámbito de actuación de este instituto”<sup>1191</sup>, y será el principio de adquisición procesal “el que sirva de vehículo para “adquirir” para el proceso todas las alegaciones, actos u omisiones –relacionados o no con la prueba- desplegados por las partes en un proceso”<sup>1192</sup>, concluyendo que el juez puede tomarlo como elemento de convicción (atendiendo al contenido de la norma que comenta [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, artículo 163. inciso 5<sup>1193</sup>]).

<sup>1189</sup> Cfr. PEYRANO, Marcos L: ob. ult. cit., pp. 48-49.

<sup>1190</sup> Cfr. Íd. Continúa el autor: «De esta manera ¿cómo incluimos a la conducta procesal como “prueba” en un proceso, por cuál medio probatorio? ¿Podemos lisa y llanamente tomar como “prueba” una actitud desplegada en un proceso, incluso la cual en muchos casos puede ser involuntaria, es decir, sin ninguna intención de llevarle convencimiento alguno al juez actuante? ¿Podemos dentro del esquema probatorio que conocemos tomar como “prueba” de una de las partes su accionar procesal para luego valorarlo en su contra o en su favor, sin que incluso éste haya sido ofrecido, ni mucho menos controlado por la contraparte, y menos aún, producido voluntariamente como forma de acreditar o no ciertos hechos? ¿Pueden aceptarse como verdadera “prueba judicial” actos u omisiones que pueden registrarse en cualquier momento del proceso (dentro o fuera del período probatorio respectivo) y que directamente van a ser valorados en su caso por el juez en su sentencia? Entendemos sinceramente que no, so pena de violentar inmediatamente las reglas probatorias básicas que imperan en nuestro sistema procesal, afectando inclusive la garantía constitucional de debido proceso inserta en el artículo 18 de la Constitución”.

<sup>1191</sup> Cfr. Ib., pp. 50-55.

<sup>1192</sup> Cfr. Ib., p. 54. En este mismo sentido ver CÁRDENAS, Héctor H: “El valor probatorio de la conducta procesal de las partes frente a la garantía constitucional de la igualdad de la ley”, en AA.VV., **Valoración judicial de la conducta procesal**, cit., pp. 69-70.

<sup>1193</sup> La norma es del tenor siguiente: «La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: [...] 5. [...] La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para

Para Balestro la conducta desarrollada en cualquiera de las etapas del juicio, tanto si proviene de las partes y sus abogados, como de los terceros involucrados de cierta manera en él, puede –y debe– ser objeto de valoración judicial en tanto resulte conducente a los fines públicos y privados del proceso<sup>1194</sup>. Para la autora en referencia la valoración judicial de la conducta procesal no tiene naturaleza de medio de prueba<sup>1195</sup> y parece calificarla como una manifestación del principio de adquisición procesal, señalando “la conducta procesal “está allí”, sin necesidad de ofrecimiento, producción, aceptación, oposición o contralor. Simplemente es la materia prima de los actos jurídicos procesales”<sup>1196</sup>.

Para Acosta conducta procesal de las partes pasible de valoración “son aquellos comportamientos relevantes de las partes, exteriorizados en alguna secuencia del *iter procesus* (aun en los procesos incidentales, cautelares y previos a la interposición de la demanda) que, aunque no constituyan el tema de prueba, pueden ser considerados fuente y objeto de prueba indirecta, o elementos corroborantes de las pruebas producidas”, indicando que no se trata de un concepto fijo ni estable “presentando como no distintiva su atenuencia a la prueba”<sup>1197</sup>.

Para el autor en referencia no es de la esencia del comportamiento procesal su relación con los principios procesales de buena fe, lealtad y probidad, manifestando “entendemos que ello se da en muchísimas aplicaciones del instituto, pero, a nuestro modo de ver las cosas, no hace a la esencia del comportamiento procesal de las partes como concepto atinente a la prueba”<sup>1198</sup>.

Ahora bien, de la doctrina jurisprudencial venezolana se infiere que las decisiones que dictan los jueces con motivo de las conductas contrarias a la falta de lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión o el fraude procesal, o cualquier otro acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben

---

juizar la procedencia de las respectivas pretensiones”. A través de **Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina**, Buenos Aires, Ediciones del País, 2009, p. 30.

<sup>1194</sup> Cfr. BALESTRO: ob. cit., p. 27.

<sup>1195</sup> Vid. Ib., pp. 28-33. Aunque más adelante la autora parece admitir que la conducta de la parte puede dar lugar a un indicio.

<sup>1196</sup> Cfr. Ib., p. 33.

<sup>1197</sup> Cfr. ACOSTA: ob. cit., p. 78.

<sup>1198</sup> Cfr. Ib., p. 81.

los litigantes tiene naturaleza *sancionatoria*. En este sentido, la Sala de Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1.310 dictada en fecha 30 de junio de 2006, caso *Carmen Lucía González Ravelo* señaló:

... la constante sociológica del juez es la de ser un factor de equilibrio en la comunidad en que vive, que el mismo “... *promueve la lucha contra la desarmonía y la injusticia e impone un orden dinámico para la pervivencia del Derecho, como medio de instaurar la justicia...*”, como lo señala el procesalista argentino Osvaldo Alfredo Gozaíni...

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo, aplicable al caso de autos, faculta al juez laboral para *sancionar* de manera enérgica las conductas contrarias a los principios de lealtad y probidad que asuman, no sólo las partes o sus apoderados, sino también terceros, durante el desarrollo del proceso...

...dichas *sanciones* forman parte de los poderes discrecionales del juez, necesarios para el cabal cumplimiento de sus funciones, por lo que en tal sentido, *debe ser entendida como una decisión judicial*, no como un acto administrativo, pues este se produce mediante la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria...

... deja establecido la Sala en esta oportunidad que aquellas decisiones dictadas por los jueces en materia laboral, en función judicial que impongan sanciones a las partes, sus apoderados o los terceros, con motivos de las conductas contrarias a la falta de lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión o el fraude procesal, o cualquier otro acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes, no son susceptibles de impugnación mediante recurso alguno, pues así lo prevé el artículo 48 *eiusdem*...<sup>1199</sup>.

---

<sup>1199</sup> Es notoria la inconstitucionalidad de la norma (artículo 48 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo) que niega recurso a los pronunciamientos que al respecto hagan los jueces. Sobre la inconstitucionalidad de la inimpugnabilidad de las decisiones que tomen los jueces según el mencionado artículo, véase el voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz en sentencia n° 268/2006 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y también en sentencia n° 1310/2006 de la misma Sala.

No es baladí pues inscribir a este fenómeno en una especie del género sanción<sup>1200</sup>. No por capricho, sino por la propia lectura de las normas que prevén la figura de la valoración de la conducta de la parte (v.gr. artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo) y de la doctrina que fundamenta su existencia en el deber de moralidad (pues si desde la claridad de la distinción entre deber, obligación y carga, la moralidad implica un deber, su violación comporta naturalmente sanciones). Así las cosas, al tratarse de un deber, difícilmente pueda considerarse a la conducta de las partes (salvo en los casos del fraude procesal y de las normas que expresamente regulan, a través del tamiz del concepto de carga, la conducta de las partes en relación con un específico mecanismo o medio de prueba) como *indicio* (*rectius*: hecho indicador)<sup>1201</sup>.

Esto por dos razones:

- 1) En primer lugar, porque al ser la buena fe procesal un *deber* procesal, su estatuto implica diferencias con la carga, *ergo*, no pueden, o al menos no deberían, confundirse (como no puede confundirse la obligación con la *carga procesal*, ni aquella con el *deber*).
- 2) En segundo lugar, por la imposibilidad de adaptar la conducta de las partes al concepto de *indicio*.

Esto pues, según doctrina autoral para que el indicio tenga validez jurídica debe existir en autos plena prueba del hecho indicador.

<sup>1200</sup> Sobre las sanciones que imponen los jueces, la Sala Constitucional en sentencia n° 1212 de 23 de junio de 2004, caso: *Carlo Palli*, estableció un procedimiento previo para la imposición de sanciones, en atención a su naturaleza disciplinaria y en indispensable protección al derecho a la defensa. La Sala en la decisión en cuestión declara: «En este sentido, debe tenerse en cuenta que, en tales casos, el supuesto infractor de conformidad con dichas normas, tiene derecho a que se le oiga para que se defienda, lo que involucra que se le notifique, aunque de inmediato, el procedimiento que se le seguirá; a disponer del tiempo, así sea breve, para su defensa y para el alegato, en su favor, de las pruebas que considere pertinentes, con salvaguarda, en todo momento, del derecho a la presunción de inocencia». La misma Sala Constitucional en sentencia n° 242 de 09 de abril de 2014, caso: *Vicenzo Scarano*, en el contexto del desacato en materia de amparo interpreta con carácter vinculante el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y las sanciones que dictan los jueces dentro del proceso.

<sup>1201</sup> Sobre el indicio *Vid.* TARUFFO: **La prueba...**, cit., pp. 470-471, *vid.* DEVIS: ob. ult. cit., pp. 601-602. PARRA: ob. cit., pp. 12-13. *Vid.* RIVERA: **Las pruebas...**, cit., pp. 349-350.

En este sentido, señala Devis Echandia “puesto que el argumento probatorio que de esta prueba obtiene el juez, parte de la base de inducir un hecho desconocido de otro o de otros conocidos, es obvio que la prueba de estos debe aparecer completa y convincente en el proceso. Si no existe plena seguridad sobre la existencia de los hechos indicadores o indiciarios, resulta ilógico inducir de estos la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga [...] Cuando en otros Códigos se dice que el indicio es un hecho *conocido*, del cual se deduce otro desconocido, implícitamente consagran el requisito de la prueba del primero. En todo caso, no hace falta norma legal que lo consagre, porque es obvio, por la naturaleza misma de la prueba”<sup>1202</sup>, señalando más adelante que resulta indiscutible “que tanto en los procesos civiles como en los procesos penales y de otra jurisdicción, *cada hecho indicador debe aparecer plenamente demostrado*, de tal manera que el juez no le quede duda sobre su existencia” y “no es necesario que el hecho indicador aparezca probado por un único medio; *puede resultar su prueba de un conjunto diverso* (testimonios, inspección, dictámenes de peritos, documentos y otros indicios; esto como complemento de aquellos, en el proceso civil nuestro). De un medio de prueba (como un documento o una confesión o inspección o de los mismos testigos), puedan resultar plenamente probados”<sup>1203</sup>.

En este mismo sentido Rivera Morales considera necesario “que las pruebas del hecho indicador o indiciario hayan sido decretadas y practicadas o presentadas y admitidas en forma legal. Recordemos que la prueba debe estar sometida a reglas que garanticen el control y contradictorio de las partes. El indicio es una prueba que requiere estar probada y por lo tanto los medios que se usen no deben adolecer de nulidad, de manera que la forma como llegue al proceso debe ser conforme a la ley sin menoscabo del derecho a la defensa y con garantía del debido proceso”<sup>1204</sup>.

<sup>1202</sup> Cfr. DEVIS: ob. cit., p. 687.

<sup>1203</sup> Cfr. Ib., pp. 636-637.

<sup>1204</sup> Cfr. RIVERA: ob. ult. cit., p. 382-383. Vid. RENGEL-ROMBERG, Arístides: **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987**, t. IV., Organización Gráficas Capriles, Caracas, 2003, p. 463. Vid. MONTERO AROCA, Juan: **La prueba en el proceso civil**, 5ª ed., Aranzadi, España, 2007, p. 181.

Cuando se habla de conducta procesal de la partes como elemento a valorar amparado en norma general, la misma no ingresa al proceso como prueba.

En este sentido, opina M. Peyrano, quien al referirse a la naturaleza jurídica de la valoración de la conducta de las partes: “De esta manera ¿cómo incluimos a la conducta procesal como “prueba” en un proceso, por cuál medio probatorio? ¿Podemos lisa y llanamente tomar como “prueba” una actitud desplegada en un proceso, incluso la cual en muchos casos puede ser involuntaria, es decir, sin ninguna intención de llevarle convencimiento alguno al juez actuante? ¿Podemos dentro del esquema probatorio que conocemos tomar como “prueba” de una de las partes su accionar procesal para luego valorarlo en su contra o en su favor, sin que incluso éste haya sido ofrecido, ni mucho menos controlado por la contraparte, y menos aún, producido voluntariamente como forma de acreditar o no ciertos hechos? ¿Pueden aceptarse como verdadera “prueba judicial” actos u omisiones que pueden registrarse en cualquier momento del proceso (dentro o fuera del período probatorio respectivo) y que directamente van a ser valorados en su caso por el juez en su sentencia? Entendemos sinceramente que no, so pena de violentar inmediatamente las reglas probatorias básicas que imperan en nuestro sistema procesal, afectando inclusive la garantía constitucional de debido proceso inserta en el artículo 18 de la Constitución”<sup>1205</sup>.

Así pues, no resulta coherente calificar, en general, a la conducta procesal de las partes como *indicio* (hecho indicador), pues se desatiende al concepto de indicio e incluso al de prueba<sup>1206</sup>, que implica

<sup>1205</sup> Cfr. PEYRANO, Marcos L: ob. cit., pp. 48-49.

<sup>1206</sup> Cfr. MONTERO: ob. ult. cit., p. 59. Al respecto SENTÍS MELENDO, Santiago: **La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio**, EJEA, Buenos Aires, 1979, p. 12., afirma: « ¿Qué es lo que ha de verificarse? Esto es: ¿qué se prueba? Aquí suele aumentarse la confusión. Porque no es raro, y hasta es lo corriente, que se nos diga: *se prueban los hechos*. No. Los hechos no se prueban; los hechos *existen*. Lo que se prueba son *afirmaciones*, que podrán referirse a hechos. La parte –siempre la parte; no el juez- formula afirmaciones; no viene a traerle al juez sus dudas sino su seguridad –real o ficticia- de lo que sabe; no viene a pedirle al juez que averigüe sino a decirle lo que ella ha averiguado; para que el juez constate, compruebe, *verifique* (ésta es la expresión exacta) si esas afirmaciones coinciden con la realidad”, señalando también: «Y decimos: “Prueba es la verificación de afirmaciones formuladas en el proceso, conducentes a la sentencia”. Así vemos que estamos en el proceso y que no podemos salirnos de él, porque lo que no está en los autos (en

la necesidad y posibilidad de control y contradicción probatorio (de su regularidad procesal, validez, eficacia probatoria), *ergo*, al concepto mismo de debido proceso y derecho a la defensa. Y es que de conformidad con el artículo 49.1 de la Constitución, se trataría de una prueba nula, obtenida en violación del debido proceso, esto es, sin control y contracción de la parte contra quien surte efecto. Insistimos ocurre cosa diferente cuando se trata de casos en los cuáles, sobre el concepto de carga, se impone a alguna de las partes por norma expresa una determinada conducta (V.gr. inspección judicial u otras pruebas para las cuales se requiere la colaboración de las partes [Art. 505 del Código de Procedimiento Civil] o exhibición documental [Art. 436 *eiusdem*], etc.).

### 3.2.1 Valoración judicial de la conducta de las partes como sanción ante la violación de un deber

Más coherente es calificar como sanción a la valoración judicial de la conducta de las partes cuando la misma es consecuencia de la violación de un deber. Esto implica la aplicación de toda la doctrina que establece la necesidad de establecer específicamente el tipo legal, como garantía de todo sistema que tutele derechos fundamentales, como acostumbra a sostener los penalistas. V.gr. La garantía prevista en el artículo 44.3 de la Constitución, según el cual: “La pena no puede trascender de la persona condenada”, siendo que en los casos de la valoración de la conducta procesal de las partes, la mayoría de las veces por la actuación del abogado (quien actúa a su vez amparado en norma Constitucional

---

el proceso) no está en el mundo: *quod non est in actis non est de hoc mundo...* Omissis... Desde luego, se ha de tratar de *afirmaciones* porque ocurre que solamente por medio de las afirmaciones puede llegar a formularse una *demanda* y a plantearse una *pretensión*, ejercitándose la acción correspondiente”, p. 76. Para DEVIS: ob. cit., p. 29., «en sentido estricto, por pruebas judiciales se entiende *las razones o motivos que sirven para llevarle a juez la certeza sobre los hechos*; y por medios de prueba, *los elementos o instrumentos* (testimonios, documentos, etc.), *utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos* (es decir, para obtener la prueba)”. Un concepto amplio de prueba y de indicio lo sostiene MUÑOZ: **Técnica...**, cit., p. 457., para quien «cualquier materia que vehiculiza un indicio (venga esa materia de fuera o de dentro de la litis) es un instrumento de prueba y ninguna semiótica puede prescindir de ella a pretexto de ser fiel a una ortodoxia normativa, hoy en trance de desaparecer de muchos ordenamientos”.

y legal) se sanciona a otro (la parte que representa o asiste). Esto es, la sanción trasciende.

Además, se desconoce sin mayor alarma la norma constitucional prevista en el artículo 49.6 de la Constitución, según la cual: “Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”, pues la sanción es creada en cada caso por el juez cuando valora en contra de la parte su conducta procesal. Y de esto cabe recordar lo que enseñó Beccaria sobre la racionalización de la pena, a saber, que “solo la ley determine los casos en que un hombre es merecedor de la pena”<sup>1207</sup>.

En este sentido, si la valoración procesal de la conducta de las partes es, como sostenemos, una sanción, debe serle aplicable las pautas normativas y doctrinales propias del derecho sancionatorio. Por ejemplo, lo que Ferrajoli reconoce como elementos constitutivos de un modelo garantista, a saber, al convencionalismo penal y estricta legalidad (como primer elemento), donde a su vez identifica los principios que denomina de mera legalidad (dirigido al Juez) y de estricta legalidad (dirigido al legislador), de los que se infiere que el derecho penal (y en general, el sancionatorio) no admite “normas constitutivas” sino “normas regulativas”<sup>1208</sup> sobre la base del adagio *auctoritas, non veritas facit legem*<sup>1209</sup>, siendo necesaria la identificación y determinación

<sup>1207</sup> Cfr. BECCARIA: ob. cit., p. 56.

<sup>1208</sup> Vid. FERRAJOLI, Luigi, **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**, 9ª ed., Trad. P. ANDRÉS IBÁÑEZ et al, Trotta, Madrid, 2009, p. 35, es decir «no normas que crean o constituyen *ipso iure* las situaciones de desviación sin prescribir nada, sino reglas de comportamiento que establecen una *prohibición*, es decir, una *modalidad deóntica* cuyo contenido no puede ser más que una *acción* respecto de la que sea alécticamente posible tanto la omisión como la comisión, una exigible y la otra no forzosa y, por tanto, imputable a la *culpa* o responsabilidad de su autor”.

<sup>1209</sup> Vid. Ib., p., 35., señala al respecto el autor: «no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino sólo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal”. Decía Hobbes que «... no es esta *jurisprudencia* o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón del Estado, nuestro hombre artificial, y sus mandamientos lo que constituye ley. Y siendo el Estado, en su representación una sola persona, no puede fácilmente surgir ninguna contradicción en las leyes; y cuando se produce, la misma razón es capaz, por interpretación o alteración, para eliminarla. En todas las Cortes de justicia es el soberano (que personifica al Estado) quien juzga. Los jueces subordinados deben tener en cuenta la razón que motivó a su soberano a instituir aquella ley, a la cual tiene que conformar su sentencia; sólo entonces es la sentencia de su soberano; de otro modo



exacta por el legislador (con referencias empíricas y fácticas precisas) de los comportamientos empíricos sancionables (denotados como tales), no quedando pues al arbitrio del juez su determinación.

Lo que se relaciona directamente con la libertad como esfera intangible que garantiza que solo es punible (o sancionable) aquello expresamente prohibido, de manera que aquella conducta que no es exigida de manera concreta no puede ser sancionada, y con la igualdad jurídica ante la ley que se ve desconocida por “tipos subjetivos” sancionatorios y no objetivos<sup>1210</sup>.

Como segundo elemento de la epistemología garantista a ser considerado figura lo que denomina el autor cognoscitismo procesal y estricta jurisdiccionalidad, que complementan al convencionalismo y legalidad mencionados con anterioridad, pues la conducta reprochable/sancionable debe poder ser sometida a prueba empírica (comprobación – no apodíctica) además que se debe evitar y reducir las valoraciones del juez a partir de normas en blanco<sup>1211</sup>. Postula el autor excluir en el proceso (se refiere al penal, nosotros lo extendemos al derecho sancionatorio en general) en lo posible las valoraciones, siendo solo admisibles aserciones o negaciones (de hecho o de derecho) de las que sean predicables la verdad o la falsedad procesal. Invirtiendo para el elemento analizado la máxima hobbesiana *Veritas, non auctoritas facit iudicium*.

Y sobre la anterior premisa se postula una concepción cognoscitivista de la jurisdicción “junto a la convencionalista y empirista de la legislación de la que es complementaria”<sup>1212</sup> que permite garantizar en primer lugar la certeza, y en segundo lugar la separación entre derecho y moral<sup>1213</sup>.

---

es la suya propia, y una sentencia injusta, en efecto”. Cfr. HOBBS, Thomas: **Leviatán o la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil**, Reimp, 2ª ed., Trad. M. SÁNCHEZ SARTO, Fondo de Cultura Económica, Argentina-México, 1992, p. 222.

<sup>1210</sup> Vid. FERRAJOLI: ob. cit., p., 36.

<sup>1211</sup> Vid. Íd.

<sup>1212</sup> Cfr. Ib., p., 37.

<sup>1213</sup> Vid. Íd., p. 37. Señala el autor que «solo por convención jurídica, y no por inmoralidad intrínseca o por anormalidad, es por lo que un determinado comportamiento constituye delito; y la condena de quien se ha probado es su responsable no es un juicio moral ni un diagnóstico sobre la naturaleza anormal o patológica del reo”.

Frente a este modelo garantista, existen modelos autoritarios de diferentes manifestaciones que se configuran o fundamentan – según el autor – en una epistemología penal específica que llama inquisitiva o antigarantista y que “puede ser caracterizada a su vez conforme a dos aspectos o elementos, simétricamente opuestos a los dos requisitos más arriba ilustrados de la epistemología garantista”<sup>1214</sup>; tales elementos antigarantistas se encuentran por un lado en las definiciones normativas que dan vida al sustancialismo penal y cognoscitivismo ético<sup>1215</sup> (que tiene como antítesis al convencionalismo [penal] y estricta legalidad) que se reflejan en “una desvalorización del papel de la ley como criterio exclusivo y exhaustivo de definición de los hechos desviados”<sup>1216</sup> mediante figuras (delictivas) elásticas e indeterminadas, “idóneas para *connotar* en términos vagos o valorativos modelos globales de desviación – como el escándalo público, el desacato, la propaganda o la asociación subversiva, la asociación de tipo mafioso, la ofensa a la moral familiar, y similares - en vez de denotar unívocamente supuestos típicos criminosos empíricamente determinables”<sup>1217</sup>.

Por el otro lado en la comprobación judicial que se manifiesta en el decisionismo judicial y subjetivismo inquisitivo (que tiene como antítesis al cognoscitivismo procesal y estricta jurisdiccionalidad) esto es, el carácter no cognoscitivo sino potestativo del juicio y de la irrogación de la pena<sup>1218</sup>, que se manifiesta como subjetividad, en dos formas: la primera, el carácter subjetivo del tema procesal que se enfoca “más que en hechos determinados en condiciones o cualidades personales”, factor de subjetivación que genera una perversión inquisitiva del proceso,

<sup>1214</sup> Cfr. Ib., p.41.

<sup>1215</sup> Vid. Ib., p. 42. Explica el autor que según el sustantivismo penal y cognoscitivismo ético «objeto de tratamiento penal no es tanto ni sólo el delito en cuanto formalmente previsto como tal por la ley, sino la desviación criminal en cuanto a sí misma inmoral o antisocial y más allá de ella, la persona del delincuente, de cuya maldad o antisocialidad el delito es visto como una manifestación contingente, suficiente pero no siempre necesaria para justificar el castigo”.

<sup>1216</sup> Cfr. Ib., p.41.

<sup>1217</sup> Cfr. Ib., pp. 41-42.

<sup>1218</sup> Para el autor que seguimos en el texto principal: «El decisionismo es el efecto de la falta de anclajes empíricos precisos y de la consiguiente subjetividad de los presupuestos de la sanción en las aproximaciones sustancialistas y en las técnicas conexas de prevención y de defensa social”. Cfr. Ib., p.41.

pues se dirige antes que a la comprobación de hechos objetivos, hacia el análisis de la persona juzgada; la segunda, el carácter subjetivo del juicio “que en ausencia de referencias fácticas exactamente determinadas, resulta basado en valoraciones, diagnósticos o sospechas subjetivas antes que en pruebas de hecho” lo que degrada la verdad procesal de verdad empírica, pública e intersubjetivamente controlable, a convencimiento íntimamente subjetivo y, por tanto, irrefutable del juzgador<sup>1219</sup>.

Según todo esto, el juicio penal (y así cualquier juicio que haga un juez), al igual que el ético y el estético<sup>1220</sup> degenera en juicio “sin verdad”, tienen intrínseca naturaleza autoritaria y representan algo distinto a la *jurisdicción* (autoridad, administrativa o de gobierno) pues su característica es la discrecionalidad del juicio. Como dice el autor “... sólo es posible verificar empíricamente que se ha cometido un delito si antes una convención legal establece con exactitud qué hechos empíricos deben considerarse como delitos”<sup>1221</sup>.

Y todo lo anterior, cuya construcción inicialmente destinada al modelo penal se proyecta como una teoría general<sup>1222</sup>, tiene una relación necesaria con el poder general que se cuestiona en este trabajo, que para nosotros tiene naturaleza sancionatoria (ni probatoria, ni carga), y que a su vez es muestra auténtica de una situación paradójica, pues usando como instrumento a este tipo de poder discrecional y subjetivo esta orientación se inscribe en aquella que busca una “verdad objetiva o material” en el proceso. No mediante la comprobación de hechos sino por la valoración del comportamiento de las partes durante el proceso.

En definitiva, la valoración judicial de la conducta de las partes por la violación del deber de moralidad, es una consecuencia jurídica (sanción) que integra, de alguna forma, el silogismo sentencial entre

<sup>1219</sup> *Vid.* *Ib.*, p. 43.

<sup>1220</sup> «No motivado por juicios de hecho, esto es, aserciones verificables o refutables, sino por juicios de valor, no verificables ni refutables porque por su naturaleza no son verdaderos ni falsos; no basados en procedimientos cognoscitivos al menos tendencialmente y, por ello, expuestos a controles objetivos y racionales, sino en decisiones potestativas; no realizado mediante reglas de juego –como la carga de la prueba y el derecho de defensa– que garanticen la “verdad procesal”, sino confiado a la sabiduría de los jueces y a la “verdad sustancial” que ellos poseen”. *Cfr.* *Ib.*, p.43.

<sup>1221</sup> *Cfr.* *Ib.*, p. 44.

<sup>1222</sup> *Vid.* *Ib.*, pp. 851-852.

un hecho móvil e indeterminado (violación del principio de moralidad calificado como deber) al cual se le imputa una consecuencia jurídica (sanción) también indeterminada.

### 3.3. Manifestaciones del fenómeno

Hemos subrayado que las manifestaciones del principio de moralidad suelen estar repletas de cláusulas generales y expresiones elásticas, que no regulan expresamente los supuestos de hecho que constituyen violación a dicho principio. Esto hace particularmente difícil el identificar los casos en que puede valorarse judicialmente la conducta de las partes por violar aquellos imperativos abiertos. Lo que a su vez revela otro elemento de irracionalidad de este poder general otorgado al juez. Mencionemos cómo la doctrina lo describe<sup>1223</sup>, no obstante nuestra propia denuncia de falta de criterios objetivos para tal tarea.

Para Duque Corredor los comportamientos a los cuales puede atribuirse valor de indicio por violación de los deberes de lealtad y probidad procesales y los deberes de veracidad, de colaboración en el desarrollo del proceso y de no obstaculización a que están sometidas las partes, serían:

- 1) Comportamiento “omisivo” “que comporta la violación del deber de colaborar para esclarecer la verdad, permite al juez valorarlo negativamente, porque la falta de diligencia en la etapa

<sup>1223</sup> Vid. MUÑOZ: ob. cit., pp. 458 ss., quien afirma que la conducta de la parte como prueba indiciaria debe analizarse desde un enfoque pragmático y no ético pues «la prueba es un hecho amoral», afirmando, respecto a sus manifestaciones que «hemos de reconocer que en una materia como esta, jamás sistematizada por la doctrina, todo tratamiento y clasificación deben realizarse con suma cautela y a título meramente provisional», proponiendo una clasificación, que, en rigor, es la clasificación acogida por la doctrina, particularmente la venezolana, de indicios endoprocesales. Para Muñoz los indicios endoprocesales son exponenciales y conductuales, los primeros divididos a su vez en: *normalidad, tono y coyuntura*; y los segundos divididos en: *conducta omisiva, conducta oclusiva, conducta hesitativa y conducta mendaz*. Sin embargo, a pesar que la doctrina autoral acoge esta clasificación no hace la diferenciación entre juicios pragmáticos y éticos referida por MUÑOZ, quien señala que «si convertimos las apreciaciones morales en argumentos lógicos terminaremos siempre en un callejón sin salida porque el pleito es precisamente todo lo contrario a un fenómeno de moralidad», Ib., p. 450.

probatoria es una presunción contraria a las pretensiones de la parte reticente”<sup>1224</sup>.

Sobre la falta de colaboración la sentencia dictada por un tribunal venezolano, el Juzgado de Juicio de la Coordinación del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, de fecha 21 de marzo de 2012, caso *Samuel Antonio Zavarse c/ Beneficiadora de Aves Barquisimeto C.A.*, estableció en un caso donde un trabajador demandó daños y perjuicios derivados de una enfermedad ocupacional y no compareció a realizarse las pruebas médicas ordenadas por el Tribunal, que esta circunstancia constituye una conducta omisiva en la búsqueda en la verdad, declarando en el caso específico (aunado a otras motivaciones) sin lugar la pretensión de indemnización<sup>1225</sup>.

- 2) Comportamiento “oclusivo” “por la violación del deber de no obstaculizar el proceso, que implica más la intención de la parte de bloquear el desarrollo normal del juicio que de obtener una decisión favorable a sus alegatos o defensas, constituye una presunción contraria”<sup>1226</sup>.

Se deduce un deber de esta naturaleza del artículo 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que permite extraer conclusiones con relación a la conducta de las partes: “[...] cuando se manifieste notoriamente en la falta de *cooperación* para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de *obstrucción* [...]”.

- 3) Comportamiento “contradictorio” o conducta “hesitativa”<sup>1227</sup>, “cuando una prueba directa desmiente la negativa de la contestación de la demanda, puede constituir un grave indicio desfavorable a la defensa, por la violación del deber de veracidad”<sup>1228</sup>.
- 4) Comportamiento “mendaz”, o de reiteradas patrañas, que implica la violación del deber de no ocultar o alterar la verdad de

<sup>1224</sup> Cfr. DUQUE: ob. cit., p. 7. Vid. MUÑOZ: *Curso...*, cit., p. 150. Vid. DEVIS: ob. cit., pp. 682-683.

<sup>1225</sup> Fuente: [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve). Consulta: octubre 2012.

<sup>1226</sup> Cfr. DUQUE: ob. cit., p. 7.

<sup>1227</sup> Vid. DEVIS: ob. cit., p. 683.

<sup>1228</sup> Cfr. DUQUE: ob. cit., p. 7.

los hechos, tiene eficacia negativa, porque de la actitud de la parte que deliberadamente oculta la verdad al concurrir a juicio, razonadamente se puede sospechar que se siente culpable por el hecho que se atribuye<sup>1229</sup>.

- 5) El comportamiento “desleal” es “un indicio contrario a quien niega, por ejemplo, la paternidad, porque quien oculta parte de la verdad, se hace sospechoso de ocultarla toda”<sup>1230</sup>. Para el autor la valoración del comportamiento procesal debe ser apreciado a la luz de las reglas de la lógica o de la experiencia personal y dentro de los límites de la sabia prudencia, es decir, conforme a las reglas de la sana crítica a que se refiere el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

Señala el autor que “partiendo de pruebas o actos procesales existentes en el expediente, donde consten determinados hechos cuyo examen permiten configurar un supuesto de faltas o incumplimientos a los deberes de lealtad y probidad procesales o de temeridad o mala fe procesal, el Juez puede inferir una conclusión favorable o desfavorable a las partes que ha incurrido en ese comportamiento. Se trata, entonces, de conclusiones a las que llegan los Jueces respecto de las consecuencias jurídicas de esos hechos”<sup>1231</sup>.

Para Rivera Morales de la conducta de las partes puede obtenerse inferencias incriminativas o excriminativas “siendo que dentro de las primeras se encuentran: la omisiva, la oclusiva, la hesitativa y la mendaz. En las segundas, pueden estar la colaboración en la prueba, la facilidad de la prueba y la veracidad fundada”<sup>1232</sup>.

<sup>1229</sup> Cfr. Íd.

<sup>1230</sup> Cfr. Ib., p. 8.

<sup>1231</sup> Cfr. Íd. *Para Duque la consecuencia o valoración que hace el juez puede ser tanto desfavorable como favorable a la parte. Señala el autor: «... así como la falta a los principios de lealtad y probidad procesales tiene eficacia probatoria negativa en contra de la parte incurra en tales faltas, es posible concluir que en el proceso civil venezolano, también la conducta de las partes que se ajusten a esos patrones de conducta, en concordancia con otras pruebas convergentes, permiten extraer consecuencias favorables para quién actúe en forma leal en el proceso», p. 9.*

<sup>1232</sup> Cfr. RIVERA: **Actividad...**, cit., p. 416. Vid. DEVIS: **Teoría...**, cit., p. 684.

Señala Rivera Morales que “en las conductas que son incriminativas creemos que deben abarcarse diversos elementos, de tal manera, que no pueda convertirse en lesión al derecho a la defensa. Por ejemplo, habría que determinar en el caso de la conducta omisiva si efectivamente hay dolo tratándose de ocultar pruebas. Lo mismo en el caso de la conducta mendaz, deberá probarse que es oclusiva y que se oculta la verdad, pero por sí solas no pueden constituir elementos indiciarios. Por ejemplo, una persona para no comprometer el honor de otra persona (ha permanecido durante horas en un hotel) miente en su coartada expresando que estaba en otro sitio y se demuestra que nunca fue allá, se destruye su coartada mendaz, pero ello no prueba indicio que lo relacione con el hecho delictivo. Deben satisfacerse como indicamos *ut supra* las diversas sub-relaciones para que pueda ser tomado como indicio incriminatorio con relación al hecho delictivo de investigación”<sup>1233</sup>.

Continúa el autor señalando que “por otra parte, tenemos la conducta activa de las partes en el proceso, por ejemplo, demanda, convenio de la demanda, etc. En la experiencia venezolana pocos son los casos en que de alguna manera se haya tomado en consideración la conducta procesal de las partes. Específicamente hay algunas decisiones en torno al fraude procesal. Por ejemplo, en decisión sobre caso de fraude procesal la Sala Constitucional si bien no manifestó en forma expresa que la conducta procesal de las partes es el elemento determinante del fraude procesal, del cual puede inferirse el dolo o fraude, bien sea específico o colusivo, ésta –la conducta de las partes- ha sido el elemento fundamental que ha llevado a la Sala a desenmascarar y declarar el dolo o fraude procesal, circunstancia esta que nos motiva a expresar, que en materia de dolo o fraude procesal, la conducta de las partes en el proceso resulta un valioso elemento que ofrece un argumento probatorio –indicio- del cual puede inferirse el hecho desconocido y oculto por las partes, con fines ilícitos y fraudulentos tendientes a sorprender la buena fe procesal de alguna de las partes o de un tercero, en beneficio de una de las partes o de un tercero, es decir, el fraude procesal”<sup>1234</sup>.

<sup>1233</sup> Cfr. RIVERA: ob. ult. cit., p. 417.

<sup>1234</sup> Cfr. Íd.

El autor se refiere a la sentencia N° 77 dictada en fecha 9 de marzo de 2000, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, caso *José Alberto Zamora Quevedo*, donde se declaró el fraude procesal bajo las siguientes consideraciones:

Ahora bien, resalta –entre otras cosas- que ambas partes convinieron igualmente, en que la publicación del cartel de remate del inmueble de la demanda, se hiciera en un único cartel y que se fijara como justiprecio la suma de noventa millones de bolívares, “...con la finalidad de hacer menos onerosa la presente ejecución...”, así como también destaca el hecho de que al acto de remate no compareció ningún postor, sino únicamente el apoderado actor, quien ofreció la mitad del justiprecio, esto es, cuarenta y cinco millones de bolívares para que le fuera concedida la buena pro a su representada Amalia Zavatti Saje, como en efecto ocurrió. (Ver, folio 92 y vuelto). Dado lo que ocurrió lógico y natural es que la “deudora” diera en pago el inmueble a la acreedora extrajudicialmente, ya que no existía contención entre las partes, por lo que es de deducir que la dación en pago no ocurrió porque la vía utilizada buscaba otro fin, cual era el desahucio del inquilino.

Si ambas partes estaban de acuerdo en los hechos y el derecho, y por ello el convenimiento; no era necesario el remate, ya que la dación en pago del inmueble se podía hacer extrajudicialmente, sobre todo si tomamos en cuenta que la deudora fue allanando el camino para el remate, conviniendo no sólo en un único cartel, sino en el avalúo. Considera esta Sala que esa falta de contención significa que el proceso se utilizaba como instrumento a otros fines, los cuales objetivamente no eran otros que desalojar al inquilino mediante el artificio del embargo y la entrega material, en un juicio donde el parentesco del actor y demandado parece evidente Amalia Zavatti Saje y Sonia Saje De Zavatti.

Ello así, considera esta Sala que en el referido proceso, las partes actuaron con un manifiesto concierto, lo cual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, constituye una conducta contraria a la ética y probidad que deben guardar las partes en todo proceso, a fin de que con éste se cumpla la función de administrar justicia, y no se desvíe el proceso hacia fines perversos, como lo fue en el caso analizado, el desalojo de



hecho del ciudadano José Alberto Zamora Quevedo, del inmueble que ocupaba como arrendatario.

En consecuencia, esta Sala por las razones de resguardo del orden público constitucional señaladas en este fallo, con fundamento en los artículos 11 y 17 del Código de Procedimiento Civil, procede a declarar inexistente el proceso relativo a la demanda incoada ante el Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por los abogados Juvencio A. Sifontes y Elio E. Castrillo, actuando en representación de la ciudadana Amalia Zavatti Saje, contra la ciudadana Sonia Saje De Zavatti, por la cantidad de noventa y tres millones trescientos treinta y tres mil treinta y tres céntimos (Bs. 93.333.333,33). Así se decide.

El caso anterior representa un auténtico caso de fraude procesal, que representa una situación jurídica propiamente diferente a la valoración judicial de la conducta de las partes por violación del principio de moralidad procesal, pues en el fraude procesal se somete a juicio, efectivamente, como señala Rivera Morales, la conducta de las partes (pues forma parte de la *causa petendi* o título de la pretensión de fraude), ya que se juzga si aquella fue o no fraudulenta, es decir, la conducta de las partes es el objeto del proceso; pero cuando hablamos de forma genérica de la valoración procesal de la conducta de las partes para extraer elementos de convicción por violación de la moralidad procesal, nos referimos a un mecanismo para acreditar o desacreditar una pretensión (o una prueba) dentro de un proceso que no tiene como objeto de ese proceso, la conducta, sino otro hecho, que por vía de contingencia se ve acreditado o desacreditado por el comportamiento procesal de los sujetos procesales.

Continuando con la manifestación de las conductas procesales a ser valoradas, la doctrina que se expide sobre el tema señala respecto a la actuación del actor que “su conducta se dejará ver en los términos de la demanda, en la claridad de su pretensión, en el cumplimiento de las formar iniciales, en su esfuerzo por cumplir con las notificaciones de manera real y eficaz, en la coherencia de sus actos durante todo el juicio que lo ha decidido llevar adelante. Durante el período de prueba, las reglas estáticas le imponen cierta actividad ineludible. Pero, sin

duda, una “actitud” de aportación –o facilitación- de pruebas cuya carga correspondería, según la clásica división de los hechos, al demandado, habla a favor del respeto por su parte al principio de colaboración. Contrariamente, una posición de excesiva pasividad en circunstancias de prueba difícil, por ejemplo, podría ser considerada negligencia, y poner en marcha algunas de las reglas dinámicas de la carga”<sup>1235</sup>.

Con relación al demandado, uno de los supuestos que pueden activar la valoración judicial de la conducta lo sería, para la autora citada, el “exceso de defensa”<sup>1236</sup>.

Señala que “los ejemplos abundan y como muestra veamos sino a aquel demandado que sólo comparece en el juicio y luego permanece inactivo hasta que, una vez dictada la sentencia definitiva, interpone recursos de nulidad y apelación contra la misma. O al que obstaculiza con zigzagueos sin sustento la producción de las pruebas. O al que interpone múltiples e infundados incidentes, encareciendo o alongando el juicio. O al que niega falazmente la autenticidad de una firma, rechaza una notificación por pieza postal...”<sup>1237</sup>, concluyendo que estas actuaciones no pueden resultar gratuitas a quien las comete.

Unas de las formas en que se manifiesta la valoración judicial de la conducta, según la doctrina que la sigue, es mediante la aplicación de las cargas dinámicas (o dinámica de las cargas) por falta al deber de colaboración, conducta que si bien “no en sí misma un medio probatorio, constituye el combustible que pone en marcha la dinámica de las cargas”<sup>1238</sup>, particularmente en los casos de prueba difícil.

### 3.4. Límites a la valoración judicial de la conducta de las partes

Con la finalidad de dejar claro cómo es concebido el instituto desde la doctrina que lo prohíja, vale destacar que a la valoración judicial de la conducta de las partes se le imponen límites. En este sentido

<sup>1235</sup> Cfr. BALESTRO: ob. cit., p. 29.

<sup>1236</sup> Cfr. Íd.

<sup>1237</sup> Cfr. Ib., p. 30.

<sup>1238</sup> Cfr. BALESTRO: ob. cit., p. 41. Véase de la misma autora “La dinámica de las cargas probatorias. Un proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales” en AA.VV., **Cargas probatorias dinámicas**, Coord. I. LÉPORI WHITE – Dir. J. W. PEYRANO, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 19.

Zambrano indica que “lo que sí debe tratarse con sumo cuidado es la forma de valoración de los mencionados indicios porque en el proceso civil venezolano por su predominante forma escrita, podrían vulnerarse los principios de control y contradicción de la prueba porque el indicio entra al proceso en un hecho probado y que según el razonamiento del juez va a demostrar el hecho desconocido e indicante”<sup>1239</sup>.

En este sentido J.W. Peyrano, precisa imponer límites entre ellos “diferenciarlo del supuesto en el que lo que se pondera es el comportamiento extraprocesal de los litigantes” y asimismo “estar prevenido sobre posibles aplicaciones excesivas de la doctrina en análisis”. Señala también, como una característica, más que un límite, que si bien la misma en la mayoría de las hipótesis “se tratará de una conducta procesal desarrollada por alguna de las partes, también –excepcionalmente, eso sí- puede darse el caso de que el proceder computable provenga de quien no es formalmente parte”<sup>1240</sup>.

El autor agrega como un asunto de límites, el que la valoración judicial de la conducta de las partes no siempre dará lugar a valoraciones judiciales desfavorables a sus autores pues puede “darse el supuesto de que un proceder litigioso sea objeto de una valoración judicial favorable a su autor, desde la perspectiva que venimos examinando; es decir, como una fuente de convicción judicial”<sup>1241</sup>.

Para Balestro “la conducta desarrollada por quienes se ven involucrados en un pleito puede y debe ser valorada por el juez, tanto positiva como negativamente”<sup>1242</sup>, en el mismo sentido M. Peyrano señala que puede jugar “como elemento corroborante de las pruebas producidas en el expediente, o bien, ante la ausencia total de material probatorio (como puede darse quizás en una acción de filiación o simulación), aplicarlo juntamente con las reglas de la carga de la prueba para condenar o absolver a las partes”<sup>1243</sup>.

<sup>1239</sup> Cfr. ZAMBRANO: ob. cit., p. 92.

<sup>1240</sup> Cfr. PEYRANO, Jorge W: “La conducta procesal como elemento de convicción favorable a su autor”, en AA.VV., **Valoración judicial de la conducta procesal**, Coord. D. F. ACOSTA – Dir. J. W. PEYRANO, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 19.

<sup>1241</sup> Cfr. ob. cit., pp. 22- 23.

<sup>1242</sup> Cfr. BALESTRO: ob. cit., p. 29.

<sup>1243</sup> Cfr. PEYRANO: ob. cit., p. 54.

También se agrega que queda excluidos del fenómeno de estudio los actos que ejecutan el juez y el resto de los integrantes del tribunal<sup>1244</sup>. Por otra parte se presenta el dilema para la doctrina que acepta este instituto sobre si la misma tiene la virtualidad de ser capaz por sí sola permitir al juez decidir, supliendo las pruebas producidas o si por el contrario sirve para valorar las pruebas producidas<sup>1245</sup>.

### 3.5. Supuestos específicos de valoración judicial de la conducta de las partes

Como se señaló *supra*, el ordenamiento procesal venezolano regula casos, como el de la *actio ad exhibendum*, que son, sin lugar a dudas, manifestación mecanismos procesales que se sirven del concepto de carga procesal para traer a los autos alguna prueba<sup>1246</sup>, no de un deber ni de una obligación. De manera que relacionar estos fenómenos con el deber de moralidad no resulta correcto según nuestro entender, pues las mismas atienden al concepto de carga por razones de conveniencia, particularmente por facilidad y posibilidad de acceso a la prueba.

No se trata de un imperativo que surja por *deber de colaboración* (manifestación del principio de moralidad) sino una carga procesal impuesta a una de las partes al ponerse en marcha un mecanismo procesal específico, que establece consecuencias procesales por su no levantamiento (lo mismo ocurre con los artículos 448 y 505 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 13 de la Ley de Procedimiento Marítimo). Y en efecto, según estas normas el juez valora la conducta de las partes que, por el no levantamiento de una carga, genera una consecuencia jurídica.

Se trata pues de *cargas procesales*, no de deberes ni de obligaciones. En casos como el del artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, en su último aparte, así como el caso del último aparte del artículo 505 *eiusdem*, estamos en presencia de cargas imperfectas, esto es, que se le otorga al juez el poder seleccionar y de determinar las consecuencias

<sup>1244</sup> Vid. BALESTRO: ob. cit., p. 26.

<sup>1245</sup> Vid. CÁRDENAS: ob. cit., p. 72.

<sup>1246</sup> Vid. NIEVA: ob. cit., pp. 251-252.

del comportamiento de la parte que se niegue a presentar el documento o a someterse a la inspección. Tanto en este caso como en el caso en el cual las consecuencias son establecidas expresamente por el legislador, estamos en presencia del concepto de carga procesal. Es decir, un imperativo del propio interés de la parte apercibida de colaborar, que puede acarrearle, en caso de no levantar la carga (hecho negativo=indicio), consecuencias perjudiciales (presunción en su contra).

Particular interés encontramos en la norma prevista en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil:

Si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias fuere menester la *colaboración material* de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto.

Si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje.

En el caso de la norma anteriormente transcrita, no obstante utilizar el legislador la expresión *colaboración material*, la misma debe entenderse en el contexto de la norma y no como *colaboración general-manifestación del deber* de moralidad<sup>1247</sup>.

El contexto de la norma describe la situación en la cual la colaboración de una de las partes es necesaria, en el entendido de intervención o participación para ejecutar o evacuar una prueba. Sin su *colaboración material* la prueba no puede llevarse al proceso, razón por la cual el legislador prevé la posibilidad de que el juez, frente a la negativa de colaborar, imponga la *carga* a la parte cuya colaboración se requiere, intimándola (apercibiéndola) a que permita adquirir para el proceso la prueba, dándole un plazo (no obstante la norma no lo establezca)

<sup>1247</sup> Vid. MUÑOZ: ob. cit., p. 452.

so pena de que se tengan como exactas “las afirmaciones de la parte contraria al respecto” (primer supuesto de la norma) o, en caso de pruebas sobre la persona humana, el juez infiera de “la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje” (segundo supuesto de la norma).

La norma en cuestión ha sido particularmente analizada en el contexto de la prueba de la paternidad en coordinación con el artículo 210 del Código Civil<sup>1248</sup>. Así, la doctrina jurisprudencial, particularmente, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia estableció en sentencia N° 288 de fecha 16 de mayo de 2002, respecto al referido artículo 505 del Código de Procedimiento Civil y a la prueba de paternidad, lo siguiente:

[...] el Tribunal con vista en la actitud renuente del demandado a colaborar en la prueba, dejó sin efecto la diligencia y consideró que había una presunción legal iuris tantum de la prueba de paternidad y al no haber en autos prueba en contrario de la referida presunción legal, estimó que estaba plenamente comprobada la paternidad demandada y declaró con lugar la demanda y no confundió la presunción legal relativa a la que se refiere la norma con la presunción de hombre establecida en el artículo 1.399 del Código Civil, como señala el formalizante, por lo que sin duda el juez no incurrió en error de interpretación del artículo 210 del Código Civil y como consecuencia de ello, no puede prosperar la delación interpuesta[...]

La misma Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia RC N° 0094, de fecha 03 de mayo de 2000, caso: *Toni Di Bonaventura* expresamente señaló:

... Cuando la evacuación de la prueba depende de la voluntad de la persona sobre quien deba practicarse, no siendo posible forzarla

<sup>1248</sup> Establece la norma: «A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidos por el demandado. *La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra*”. Respecto a la prueba científica véase ZAMBRANO FRANCO, Flor, “La prueba científica en el proceso judicial venezolano”, en *Revista de Derecho de la Defensa Pública*, 1, Defensa Pública, Caracas, 2015, pp. 185 ss.

al efecto, el Juez está autorizado por la norma del artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, en caso de negativa de la misma a la evacuación, para sacar presunciones que su prudente arbitrio le aconseje. Ello quiere decir que conforme a las circunstancias que rodeen la realización de la prueba y que puedan llegar a considerar no justificada la negativa, el Juez presumirá que el objetivo perseguido por la misma ha quedado demostrado, porque, aun cuando no ha querido el legislador dar carácter definitivo o determinante a esa presunción, no hay duda que a ello se propende como finalidad del dispositivo citado, el cual de otra manera carecería de sentido o efecto real. Por consiguiente, salvo que consideraciones sobre extremos o circunstancias que debe analizar y ponderar y que en sana crítica justifiquen la negativa, el Juez debe presumir el resultado de la prueba en el sentido señalado...

Asimismo, en el desarrollo de este mecanismo previsto en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, en un caso donde el demandado (y/o su apoderado) en inquisición de paternidad esquivó por diferentes mecanismos procesales la práctica de la prueba de ADN la Sala Constitucional señaló que:

... era un deber de la parte prestar su colaboración a los efectos de lograr los objetivos del proceso, razón por la que resulta lamentable que el demandado incluso su apoderado en juicio, lejos de estar pendiente de realizarse la prueba, haya realizado numerosos y constantes actuaciones en el expediente sin que alguna hubiese tenido como propósito favorecer la evacuación de la prueba de dicho medio probatorio; prueba de ello, es que, del mismo modo que ocurrió en la tramitación del proceso en el tribunal de la causa, luego de pronunciada la sentencia de la Sala de Casación Social, cuya revisión ocupa a esta Sala, y que ordenó la reposición de la causa al estado de que se realizara la notificación del demandado para la realización de la prueba de ADN, de acuerdo con la información suministrada por la Jueza Coordinadora del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional a esta instancia judicial, la notificación del demandado ordenada por esa Sala no ha sido posible y, mientras tanto, el demandado ha planteado varias incidencias (incompetencia del tribunal, etc.)...

(Vid. sent. n° 1235, 14/08/2012. Sala Constitucional. Tribunal Supremo de Justicia. Caso: *Ana Victoria Uribe Flores*. Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán).

En esta decisión, por ejemplo, se califica la actitud de la *parte* (y/o la de su apoderado), como una conducta censurable, poco proba, violatoria del orden público, de la buena fe procesal, del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, como una conducta nociva “que deriva de la apreciación de gran cantidad de escritos, de argumentos, de incidencias, de recursos con propósitos dilatorios”, declarándose que el demandante abusó del proceso.

Consideró la Sala asimismo que debió aplicarse la norma prevista en el artículo 452 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que permite aplicar supletoriamente el artículo 48 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que habilita “extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes, de sus apoderados o de los terceros...” pues el demandado debió prestar su *colaboración en la causa*. Interpretación que hace la Sala sobre la base del principio de primacía de la realidad (Art. 450 j) de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes).

Como dato curioso, la Sala Constitucional, no obstante las consideraciones sobre la violación de la buena fe procesal, no ordenó oficiar a los organismos disciplinarios correspondientes, ni tampoco justifica los parámetros para extraer elementos de convicción de la conducta de las partes.

En todo caso, lo que queremos resaltar con el caso en ejemplo es que sobre la base del principio de moralidad se interpretan mecanismos probatorios que en rigor de verdad no tienen relación inmediata con la buena fe procesal o moralidad. Insistimos que son mecanismos que se fundamentan en la idea de necesidad de la prueba, disponibilidad y acceso a la misma; y es la norma de ley la que regula con suficiencia cómo traer al proceso la fuente de prueba, bajo apercibimiento dirigido a la persona que debe prestar la colaboración (*carga de colaboración*).

Sin lugar a dudas que en estos supuestos se valora la conducta de la parte, como un auténtico indicio generado en el contexto de un medio probatorio, pero no (o al menos no debería ser así) bajo la



apreciación subjetiva de cada juez, sino bajo parámetros objetivos previstos en la ley. Esto es, por el no levantamiento de una carga. Es el concepto de carga el que debe aplicar acá, no el de deber (de colaboración). Es también evidente que hay en la norma de ley una intención racional de permitir y posibilitar se conozca la verdad.

Así por ejemplo, en un caso hipotético de inquisición de paternidad, de no generarse la carga en el demandado de someterse a una inspección en atención al mencionado artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, v.gr., por no haber sido promovida la prueba de experticia científica (ADN)<sup>1249</sup> por la parte demandante, no podría hablarse sensatamente de un deber genérico de colaboración (pues todo proceso es dialéctico y contradictorio)<sup>1250</sup>.

Así las cosas, la valoración judicial de la conducta de las partes prevista en mecanismos probatorios es diferente a la valoración judicial de la conducta de las partes por violación del deber de moralidad o buena fe procesal.

## CONCLUSIÓN

El temor a ser sancionado<sup>1251</sup> por no decir la verdad, ser excesivamente “litigioso” en la defensa, no colaborar con la justicia, ser desleal

<sup>1249</sup> No obstante, la parte final del artículo 31 del Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad establece: «... En los procedimientos de filiación el juez competente podrá ordenar con carácter *obligatorio* pruebas de filiación, biológica Ácido Desoxirribonucleico (ADN) y otras experticias pertinentes, las cuales deberán ser garantizadas gratuitamente por el Estado”.

<sup>1250</sup> Señala Alvarado Velloso que «conocida doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa *ética de la solidaridad* entre ambos contendientes, exigiendo para ello la plena y total *colaboración de una parte con la otra* en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de conformación. A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia, por lo que merece ser sepultada en el olvido” *Cfr.* ALVARADO: **La incumbencia...**, cit., p. 28.

<sup>1251</sup> *Vid.* BECCARIA: ob. cit., p. 117. Señala el autor que «el temor a las leyes es saludable, pero el de hombre a hombre es fatal y engendra abundantes delitos”. Más adelante señala: «Si el soberano, con aparato y pompa, con la austeridad de sus preceptos, con permitir querrelas –justas o injustas- de quien se crea oprimido, acostumbra a sus súbditos a temer más a los magistrados que a las leyes, estos se aprovecharán más de este temor, de lo que saldrá ganando la seguridad propia y la pública”, p. 120.

o improbo, y en definitiva, el violar alguno de los deberes que se derivan del principio de moralidad procesal, puede considerarse como limitación indirecta a la actividad de defensa; que a nuestra manera de ver resulta en la mayoría de los casos poco razonable en el contexto donde opera dicha limitación: El proceso, donde dos partes se enfrentan en debate dialéctico<sup>1252</sup>.

<sup>1252</sup> Resulta oportuno hacer referencia al conocido diálogo que representa Calamandrei, entre dos jueces (uno pesimista y otro optimista), dos abogados (uno pesimista y otro optimista), un teórico (que para Calamandrei, a pesar que dice cosas bastante juiciosas, es necesario restar cierta importancia a sus opiniones, porque su hábito profesional lo lleva fácilmente a sentar cátedra) y un filósofo (que tiene una breve intervención al final del diálogo). Discutiendo sobre el tema del comportamiento de las partes en el proceso se desarrolla el siguiente diálogo: «Juez Primero.- El nuevo código, en cambio, ha pensado lógicamente que para hacer respetar esta exigencia de lealtad podrá servir, más que cualquier amenaza y cualquier intimidación (que probablemente influiría sobre los abogados en sentido perfectamente contrario al esperado...), la eficacia moralizadora de los contactos personales directos entre el abogado y el juez. Cuando el defensor se vea sentado ante el juez instructor que le hablará de igual como un amigo, considerará como un compromiso de honor no traicionar con un comportamiento desleal a quien pone en él plena confianza: el respeto del juez le será sugerido, más que por la admonición escrita en el código, por el respeto a sí mismo y por su mismo amor propio. [...] Los abogados deberán, por otra parte, recordar que traicionando su deber de lealtad no harán un buen negocio. Hay en el nuevo código una cierta disposición que permite al juez obtener indicios para la decisión de la causa del modo en que las partes se comportarán en el nuevo proceso. Conducta de las partes quiere decir conducta de los defensores: los cuales, por consiguiente, harán bien en no olvidar que teniendo en juicio un comportamiento [...] (Como diré) demasiado abogadil, correrán el riesgo de indisponerse con el juez y de hacer un mal servicio a su cliente. Abogado Segundo.- ¿Existe verdaderamente en el nuevo código una disposición de esta especie? El Teórico.- Ciertamente: hay un artículo que literalmente concede al juez el poder de deducir argumentos de prueba del comportamiento de las partes en el proceso. Abogado Segundo.- ¡Pero éste es un poder más que homicida! Si un arma semejante se pone en la mano de un enfermo del hígado, la suerte de la causa se encontrará abandonada a merced de las fluctuaciones biliares del juzgador [...] La conducta de las partes y de los defensores vendrá a ser, en la valoración del juez, un juego de simpatías o repugnancias personales: ¿por qué no se prescribe, de una manera absoluta, que en todo proceso el juez instructor esté obligado a dar a los abogados una calificación en conducta, como se hace en el colegio? El Teórico.- Tú miras siempre las innovaciones bajo una luz de pesimismo, que te las hace aparecer como más peligrosas de lo que en realidad son. No hay duda que el poder concedido a los jueces de deducir elementos de convicción del comportamiento de las partes tiene sus peligros; y los jueces deberán habituarse a servirse de este poder con mucha cautela (vosotros sabéis, por lo demás, que los jueces se inclinan más bien a no usar de los poderes que tienen, que a arrogarse aquellos que no tienen...). Pero, en suma, esta disposición está hecha no para la gran mayoría de los abogados, sino para aquellos poquísimos que han creído hasta ahora que el sumo arte del defensor consiste en insidias

Como hemos indicado existen elementos de irracionalidad en estas normas que otorgan al juez el poder de decidir la controversia tomando en cuenta la conducta de las partes contraria al principio de moralidad procesal, particularmente su vaguedad. En este sentido, se dice que cuando un hecho es analizado bajo una perspectiva valorativa estamos en presencia de la valoración normativa del hecho<sup>1253</sup> y esta se produce cuando la norma no se define usando términos “descriptivos” o “fácticos”, o no sólo mediante estos términos, sino apoyándose en el uso de términos valorativos<sup>1254</sup>.

La actividad que hace el juez al valorar judicialmente la conducta de las partes por contrariar el principio de moralidad, puede calificarse dentro de aquella compleja categoría, pues el juez partiendo de un hecho, indeterminado, la conducta de las partes, hace una valoración tomando en cuenta otro hecho no determinado y abierto v.gr. la violación del principio de moralidad. En este sentido, señala Taruffo que “decir

---

y en las fintas. Para quitar crédito a estos maestros del fraude, a estos especialistas en esgrimas engañosas, el nuevo código ha hecho otra cosa mejor que fulminar prohibiciones y multas sin finalidad: se ha limitado a advertir a los defensores que en el nuevo proceso los embrollos no están prohibidos, pero que, empleándolos, se contribuye a entregar la causa vencida al adversario. Es fácil prever que el clima del nuevo proceso no favorecerá el desarrollo de aquella mala planta de los juicios que se llama maquiavelismo procesal: y que los abogados más embrollones cesarán de ser los más buscados por los clientes. De ahora en adelante, el arte del defensor se manifestará, sobre todo, en saber ganarse la confianza del juez: sus cualidades más preciadas serán, de ahora en adelante, aquellas virtudes morales que se resumen en una palabra: *el carácter*. Abogado Segundo.- Antes de separarnos, querría exponeros todavía una última duda que me atormenta. Estamos en este momento todos de acuerdo, me parece, en reconocer que el nuevo proceso civil introducirá en las relaciones entre magistrados y abogados un cambio muy profundo, sobre todo en el sentido de que los contactos entre ellos se harán mucho más estrechos y más frecuentes. Pero ¿estáis desde luego seguros que todo esto servirá para reforzar el carácter de los profesionales, esto es, aquel sentimiento de dignidad y de altiva independencia moral que hasta ahora era el orgullo de los mejores de nosotros? Sí, como decís, la primera habilidad del defensor consistirá en conquistarse la estimación del juez ¿no es de temer que, poco a poco, el arte de los abogados se reduzca a ser una sistemática *captatio benevolentiae*, un refinado alarde de hipocresías hecho para ablandar a los magistrados y para conquistarse a cualquier precio sus favores? Abogado Primero.- La cuestión planteada me parece bastante sensata...*Cfr.* CALAMANDREI, Piero: **Las buenas relaciones entre jueces y abogados**, Leyer, Bogotá, 2005, pp. 74-77. Entiéndase que al abogado primero (abogado optimista) la cuestión planteada le parece bastante sensata, es decir, prudente y de buen juicio.

<sup>1253</sup> *Vid.* TARUFFO: **La prueba...**, cit., p. 128.

<sup>1254</sup> *Vid.* Íd.

que existe el hecho al que la norma atribuye determinadas consecuencias jurídicas significa realizar una enunciación *compleja*, ya que en realidad, está formada en dos enunciaciones: una de ellas afirma que el hecho ha ocurrido, la otra, que ese hecho tiene un cierto valor según un apropiado criterio de valoración”<sup>1255</sup>. Y con relación a la prueba de ese tipo de hecho complejo señala el mismo autor que “solo puede ser objeto de prueba la enunciación *descriptiva* referida a la existencia de una determinada ocurrencia, no así la enunciación *valorativa* que califica esa ocurrencia de una determinada forma”<sup>1256</sup>.

Este elemento de indeterminación objetiva presente en la valoración del hecho, se presenta en la mayoría de los casos de conducta contraria al principio de moralidad a través de lo que la doctrina llama “técnica de identificación indirecta, sobre la base de los efectos valorativos negativos (o -a veces- positivos) que “algo” produce”<sup>1257</sup>.

Señala Taruffo que esto es lo que sucede “siempre que se individualiza el supuesto de hecho en función de su “contrariedad” con un valor o un sistema de valores, como, por ejemplo, en el caso de los “actos contrarios a las buenas costumbres”, de las “conductas antisindicales”, etc. En casos como éstos, la individualización se hace sólo por referencia al criterio valorativo (las buenas costumbres, los derechos e intereses de las organizaciones sindicales), pero no hay identificación alguna, siquiera vaga, referente al “hecho” que puede ser valorado negativamente: en realidad, cualquier “acto” puede ser contrario a las buenas costumbres y cualquier conducta puede ser antisindical”<sup>1258</sup>.

Tal como se señaló *supra*, la conducta de las partes dentro del proceso, que se manifiesta a través de actos procesales, no puede ser considerada como perteneciente a la categoría probatoria (salvo que se trate de conducta procesal realizada en el contexto de un mecanismo probatorio v.gr. exhibición documental, inspección u otras pruebas *ex* artículo 436 y 505 del Código de Procedimiento Civil o el mencionado caso del fraude procesal), de manera que este último señalamiento confirma que la valoración que haga el juez de la conducta procesal de

<sup>1255</sup> Cfr. Ib., p. 129.

<sup>1256</sup> Cfr. Íd.

<sup>1257</sup> Cfr. Ib., p. 135.

<sup>1258</sup> Cfr. Íd.

las partes, que se diga violatoria de la moralidad procesal, escapa de la parcela probatoria del proceso para inscribirse fundamentalmente en un tipo de sanción.

Opina Unamuno que “las determinaciones de valor, no sólo no son nunca racionalizables, son antirracionales”<sup>1259</sup>, y en efecto las normas que prevén el fenómeno que se estudia, tal como se anticipó, son triplemente indeterminadas. En primer lugar, parten de conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales o normas en blanco (valoraciones positivas o negativas). En segundo lugar, porque los hechos que activan su aplicación son asimismo indeterminados. En tercer lugar, porque la consecuencia jurídica es igualmente indeterminada<sup>1260</sup>.

Y como señala Taruffo “cuanto mayor es la vaguedad del criterio de valoración (como sucede especialmente en los conceptos jurídicos indeterminados) mayor es también la indeterminación del hecho al que la norma es aplicable”<sup>1261</sup>.

La cuestión sería baladí si esas valoraciones fueran sólo ejercicios académicos sin consecuencias prácticas, pero sabemos que no es así, pues permiten al juez “fundar” su decisión sobre este tipo de valoraciones. Reiteramos que se trata de una sanción por la violación de un deber.

Por otra parte, admitir la valoración judicial de la conducta de las partes contraria a la moralidad como elemento de convicción para la decisión comporta una contradicción.

Esto pues, se parte, entre otros tópicos, de la necesidad de un deber de veracidad, cuya inobservancia acarrea o puede acarrear como sanción la pérdida de la prueba e incluso del litigio; pero acá se olvida alcanzar, precisamente, la verdad. Pues lo que se juzga es el comportamiento de las partes, y en la mayoría de los casos el comportamiento de

<sup>1259</sup> *Cfr.* UNAMUNO, Miguel de, **Del sentimiento trágico de la vida**, Grandes Obras del Pensamiento, Losada, Buenos Aires, 2008, p. 63.

<sup>1260</sup> *Cfr.* TARUFFO: ob. cit., p. 136. Los problemas de los conceptos jurídicos indeterminados señala el autor «son particularmente complicados, porque incluso el significado fáctico (y no sólo el valorativo) de esos conceptos está particularmente indeterminado y es variable de un supuesto de hecho a otro». Nota de pie de página N° 141.

<sup>1261</sup> *Cfr.* Ib., pp. 136-137. Señala Taruffo «el concepto jurídico indeterminado habitualmente está tan “abierto” desde el punto de vista de la individualización del hecho como desde el punto de vista de la individualización del criterio de valoración”

sus abogados, y no la correspondencia de sus pretensiones o defensas con la verdad que se pretende establecer.

Se hace un salto inferencial, con poco o nada de lógica: quien no dice (o dice) la verdad o se comporta mal (o bien) debe ser sancionado (o premiado) con una inferencia (probatoria) o razonamiento judicial en su contra (o a su favor) que lo puede llevar a perder (o ganar) el pleito. Se juzga la verdad (¿!) a través de la intuición, reacciones individuales y apreciación subjetiva del juez acerca de la moralidad de la conducta en el proceso, y no la conducta anterior y fuera del proceso con relevancia jurídica que es precisamente el *objeto del proceso* y que debe ser traída al mismo a través de los medios probatorios correspondientes.

Utilicemos la misma lógica que Beccaria usó para cuestionar la tortura, salvando las distancias entre nuestro tema y aquel. En efecto, respecto a las contradicciones en el interrogatorio señala el autor: “El segundo motivo es la tortura que se da a los supuestos culpables cuando en su interrogatorio caen en contradicciones; como si el temor de la pena, la incertidumbre del juicio, el aparato y la majestad del juez, la ignorancia común a casi todos los criminales y los inocentes, no debieran hacer caer probablemente en contradicción tanto al inocente que teme como al culpable que trata de encubrirse; como si las contradicciones frecuentes de los hombres cuando están tranquilos, no debieran multiplicarse en el ánimo turbado, completamente absorto por el pensamiento de salvarse del inminente peligro”<sup>1262</sup>.

Los jueces al decidir casos deben expresar los motivos de su decisión, esto es, racionalizarla (o justificarla). Muchos son los motivos que llevan al juez a tomar una decisión jurisdiccional (algunos inconfesables), y precisamente el control racional, que viene con el estudio de la motivación, tiende a eliminar sentencias basadas en motivos o móviles arbitrarios, tales como prejuicios, estados de ánimo, ideología y otras circunstancias subjetivas no racionalizables<sup>1263</sup>. La valoración judicial de la conducta de las partes por violación del deber de moralidad, prevista en norma expresa o inexpressa, es pues una manera de aceptar que,

<sup>1262</sup> Cfr. BECCARIA: ob. cit., p. 67-68.

<sup>1263</sup> Vid. ATIENZA, Manuel: **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**, 2ª reimp., UNAM, México, 2005, pp. 4-5.

en la mayoría de sus usos, se tomen decisiones basadas en motivos no racionalizables.

La conducta de las partes puede perfectamente ser utilizada por los abogados en su retórica para crear ánimo en los jueces, pero éstos no pueden basarse en aquella para justificar sus decisiones.

En el proceso venezolano la buena fe procesal debe ser entendida como un deber general de no actuar de mala fe, bien para con la contraparte, el juez o terceros y que se concreta en el deber de no mentir, no formular argumentos manifiestamente temerarios y no obstaculizar de manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento del proceso.

El proceso como método tiene reglas, que establecen quién debe probar y quién sufrir las consecuencias de no haber probado, así como reglas que imponen al juez aplicarlas atendiendo a la debida congruencia entre lo pedido (pretendido y resistido).

El reconocimiento que, desde el Código de Procedimiento Civil venezolano (por interpretación de doctrina autoral) y de leyes de rito especiales como la vigente Ley Orgánica Procesal Laboral venezolana (artículo 48 y 122), se hace al poder del juez que le permite extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes por violación del deber de moralidad, resulta que se inclina hacia soluciones incoherentes con el sistema procesal y la garantía del debido proceso.

Constituye p., ej., violación del artículo 44.3 de la Constitución (prohibición de que las penas trasciendan) al sancionar, como regla, a una parte con la pérdida del pleito o de la prueba por la conducta de su abogado. Además, constituye violación directa del artículo 49.1 de la Constitución, pues al admitirse este tipo de institutos mediante el concepto de prueba, significa por vía de consecuencia admitir pruebas nulas, que no respetan el debido proceso, control y contradicción de la prueba. Constituye a su vez violación directa del artículo 49.6 de la Constitución, que garantiza el pilar garantista del *nulla pœna sine lege*, al sancionar conductas no definidas en supuestos de hechos previstos legalmente con anterioridad al hecho sancionado, con base en normas en blanco que tampoco establecen las sanciones, bajo criterios indeterminados por la ley, y determinados por el juez según sea el caso.

En síntesis, la irracionalidad del poder otorgado al juez para extraer elementos de convicción de la conducta de las partes, se manifiesta

al prohiar la propia irracionalidad del derecho, tanto lingüística (favoreciendo la vaguedad y la inseguridad) como pragmática (al prescribir en contra de la realidad de las cosas y particularmente de la realidad que justifica al proceso). En cuanto a la primera, se trata de un caso de indeterminación y vaguedad de normas sancionatorias, lo que produce una inmediata antinomia entre ellas y las garantías procesales constitucionales (principio de legalidad de la sanción); y en el mismo sentido, se produce una antinomia constitucional con las normas que prohíben que las penas trasciendan del sujeto sancionado, al sancionarse a la parte, por la conducta de su abogado, con la pérdida del litigio (o de la prueba). Lo que se relaciona inmediatamente con el segundo aspecto, a saber, la irracionalidad pragmática, pues se trata de normas que desconocen la complejidad procesal, el derecho de defensa y contradicción en el proceso y su manifestación a través de la asistencia letrada, que tiene fundamento, a su vez, en normas propias (deberes del abogado).

Encontramos, pues, una irracionalidad como incoherencia de estas normas, en el entendido que desconocen el contexto donde se pretenden aplicar, a saber, el proceso como método de debate dialéctico garantizado y prometido en la Constitución. Y se descubre una incoherencia con los propios fundamentos que inspiran a estas normas, pues ellas, lejos de alcanzar la verdad<sup>1264</sup>, tienen la potencialidad de favorecer la inseguridad y arbitrariedad jurisdiccional.

---

<sup>1264</sup> Vid. INGRAO, Giuseppe: **La valutazione del comportamento delle parti nel processo tributario**, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 62-63.



# **LAS TARJAS.**

## **PROF. SALVADOR R. YANNUZZI RODRÍGUEZ**

### SUMARIO.

Aclaratoria inicial. 1. ¿Qué son las tarjetas? 2. Características. 3. ¿Las tarjetas son documento? 4. Pérdida de la tarjeta. 5. ¿Qué debe probar el que pretenda valerse de la tarjeta? 6. Impugnación de la tarjeta. 7. ¿Qué se puede probar con las tarjetas? 8. ¿Las tarjetas son un medio de prueba actual? 9. El Tribunal Supremo de Justicia y las tarjetas. 10. Conclusiones. 11. Bibliografía.

---

\* Profesor de las asignaturas Prácticas de III Nivel (UCAB) y Teoría General de la Prueba (UCAB - UCV). Jefe del Departamento de Derecho Privado y Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Jefe de Cátedra de las asignaturas Teoría General de la Prueba, Prácticas de Derecho Mercantil y Prácticas de III Nivel, UCAB.

## ACLARATORIA INICIAL

La aspiración de este trabajo es analizar un medio de prueba que no tiene un tratamiento sistematizado ni en la ley sustantiva ni en la ley adjetiva venezolana, simplemente hay una sola disposición que se refiere a ella en el Código Civil, por lo que no existe normativa sobre la forma y oportunidad en que debe ofrecerse en el proceso, los efectos de su promoción y los resultados que conllevarían su sustanciación, ya que veremos que la disposición existente simplemente hace alusión a la consecuencia que se deriva en un tipo de negocio o asunción de una obligación específica.

En los Códigos Civiles venezolanos, tanto los decimonónicos como novecentistas la norma se ha mantenido invariable, y la doctrina nacional rehúye el tema, ya que las alusiones que se hacen sobre las tarjetas son realmente muy lacónicas. Inclusive, en los Códigos comentados consultados no se hace referencia alguna a las tarjetas.

En los Códigos Civiles de Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, examinados, no existe referencia alguna a las tarjetas.

En arqueo realizado a expedientes sustanciados en los tribunales de primera instancia con competencia en materia civil y mercantil de la ciudad de Caracas, correspondientes al último cuarto del siglo XX y a los años que han transcurrido del presente siglo, no se encontró que algún litigante haya utilizado este medio de prueba, de acuerdo a la previsión legal. Por ello, al lector le surgirá la pregunta, si es un medio de prueba en desuso, ¿cuál es la importancia de realizar esta breve investigación? La respuesta, es que el Tribunal Supremo de Justicia ha proferido algunas decisiones, que se mencionan en este trabajo, en la que cataloga a algunos instrumentos como tarjetas, otorgándole eficacia

jurídica a su contenido, y a partir de ello ha habido decisiones que le han concedido validez a dichos elementos, señalando que corresponden al medio de prueba nominado como “tarjas”. Por ello, estimamos importante su revisión, a fin de verificar si los instrumentos catalogados como tarjas en las decisiones a que se harán referencia en este trabajo, se encuadran dentro de las exigencias legales de dicho medio de prueba o, por el contrario, si no se corresponden a las tarjas, de qué se tratan.

## 1. ¿QUÉ SON LAS TARJAS?

La única norma que hace referencia a este medio de prueba catalogado en el Código Civil, es el artículo 1383 cuyo texto es el siguiente: “Artículo 1383.- Las tarjas que corresponden con sus patrones hacen fe entre las personas que acostumbran comprobar con ellas las provisiones que hacen o reciben en detal”. Como se desprende del texto transcrito, la norma no define las tarjas, simplemente se limita a indicar la eficacia que tienen entre las personas que acostumbran comprobar con ellas las provisiones que hacen o reciben en detal,<sup>1265</sup> Por ello, necesariamente, debemos acudir al significado propio de esa palabra por mandato del artículo 4º del Código Civil,<sup>1266</sup> y para conceptualizarla acudiremos a los diccionarios de la lengua española.

De acuerdo al Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española impreso,<sup>1267</sup> la palabra tarja proviene del francés (targe) y este vocablo a su vez del alemán “targa”, cuyo significado es escudo. Por ello al definir los sentidos de dicha palabra, tenemos que el primero está referido a la pieza de armadura; en otro contexto también se le atribuye una connotación numismática, pero también en su significado cuarto (4º) indica que es una “tablita o chapa que sirve de contraseña”;

<sup>1265</sup> De acuerdo al Diccionario de la lengua española, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Asociación de Academias de la Lengua Española. 23ª ed., Edición del Tricentenario. [en línea]. Madrid: Espasa, 2014, se debería usar la locución adverbial “al detal”, que significa, en Venezuela, “al por menor”.

<sup>1266</sup> En efecto el encabezamiento del Artículo 4º del Código Civil, es del tenor siguiente: “A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador”.

<sup>1267</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Decimonovena Edición. Espasa – Calpe S.A. 1970. Pág. 1245

en la sexta (6ta) acepción, enseña que es una “caña o palo sencillo en que por medio de muescas se va marcando el importe de las ventas”; mientras que el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española digital,<sup>1268</sup> le asigna al vocablo “tarja”, además de las anteriores, un concepto adicional, que es el siguiente: “corte o hendidura que se hace como señal”; mientras que el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española impreso,<sup>1269</sup> en su acepción quinta (5ta) le otorga un significado más amplio, aunque dentro de la misma concepción que es la siguiente: “Caña o palo partido longitudinalmente por medio, con encaje<sup>1270</sup> en los extremos, para ir marcando lo que se saca o compra al fiado, haciendo una muesca; la mitad del listón conserva el que compra y la otra el que vende; y al tiempo de ajustar la cuenta las confrontan. Lo usan también para llevar cuentas las personas que no saben escribir. Dicha definición es ampliada por el Diccionario de Derecho Usual<sup>1271</sup> que conceptúa la tarja de la manera siguiente: “Palo o tabla, partido longitudinalmente, con un encaje en sus extremos, para ir marcando lo que se compra o vende al fiado, haciendo una muesca por cada operación. El comprador se lleva una de las mitades del objeto de madera y la restante permanece en poder del vendedor. Al efectuar el pago, se cotejan las marcas; de discrepar, se adopta el número de las que coincidan”.

Todas las acepciones expresadas están vinculadas con la concepción jurídica de las tarjas, de acuerdo al Código Civil venezolano; sin embargo, consideramos que la que explica con precisión el sentido y alcance de las tarjas es la definición última, es decir, aquella tomada del Diccionario de Derecho Usual, la que coincide sustancialmente con el expresado en el Diccionario de la Lengua Española.

---

<sup>1268</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Asociación de Academias de la Lengua Española. *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., Edición del Tricentenario, [en línea]. Madrid: Espasa, 2014.

<sup>1269</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Decimonovena Edición. Espasa – Calpe S.A. 1970. Pág. 1245

<sup>1270</sup> Debe entenderse el vocablo encaje, en la acepción “Ajuste de dos pieza que cierran o se adaptan entre sí”, es decir que se pueda concluir que se trata del patrón utilizado para dejar constancia de las entregas.

<sup>1271</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Editorial Heliasta. S.R.L. 7ª. Edición. Buenos Aires. Argentina. 1972. Tomo III.

Dominici,<sup>1272</sup> al referirse a las tarjas, las define de la manera siguiente: “La tarja es un pedazo de madera partido por la mitad, con encaje en las dos fracciones que lo componen, y que pueden de esta manera servir para ir marcando con rayas lo que se saca o se compra a fiado: la mitad del listón se la lleva el que compra o entrega, y la otra mitad el que vende o recibe, y al tiempo del ajuste de cuentas acercan las dos mitades y se ven las rayas que corresponden”. De manera general, Dominici para conceptualizar las tarjas se fundamenta en la definición del diccionario, ya que en el Código Civil comentado por él, que corresponde al reformado en 1896, el único artículo que mencionaba a las tarjas era el 1303, cuya redacción era la misma que la del vigente Código Civil, por lo que asumimos que el autor de referencia, optó por darle el significado propio del vocablo. Agrega el citado autor,<sup>1273</sup> que las tarjas “u otras formas semejantes son usadas entre campesinos, que no saben leer ni escribir, para probar contratos bilaterales que tienen generalmente por objeto entrega y recibo sucesivos y parciales de productos naturales”.

Dentro de la misma conceptualización se pronuncia Sanojo,<sup>1274</sup> quien expresa lo siguiente: “Se llaman tarjas las dos partes de un trozo de madera o de otra materia semejante que se ha hendido, de que dos personas se sirven para señalar el número de provisiones que la una hace a la otra. A tal efecto, cada uno de los contratantes toma una de aquellas dos partes, y a cada suministración se reúnen las dos rajadas y se hace un pequeño corte, de manera que el número de los cortes indica el número de los suministros”.

Por su parte, Jesús Eduardo Cabrera, siguiendo parcialmente la definición indicada por el Diccionario de la Lengua Española, procede a conceptualizar a las tarjas relatando la manera como se implementaría su uso en la práctica.<sup>1275</sup> En efecto, el citado autor la define así: “Las

<sup>1272</sup> DOMINICI, A. Comentarios al Código Civil venezolano. Tomo III. Pág. 167 -168.

<sup>1273</sup> *Ibidem*

<sup>1274</sup> SANOJO, Luis. Instituciones de Derecho Civil venezolano. Reimpresión de la Primera Edición. Imprenta Nacional. Caracas. 1873. Tomo 3. Pág. 196.

<sup>1275</sup> Dicha definición fue acogida por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia proferida en fecha 20 de octubre de 2005, reiterada el 17 de septiembre de 2009; caso: Valores Nueva Esparta Sociedad Anónima contra Betty Marcano, Exp. Nro. 2009-000120.

tarjas en su versión más primitiva, consisten en dos listones o pedazos separados de madera, cuero u otro material, los cuales reposan en poder de cada parte, y que en materia de ventas a crédito, cada vez que el vendedor entrega mercancías al comprador, juntan los dos listones o pedazos y sobre ellos, a su vez en el mismo instante y con un mismo movimiento, se efectúa una marca que abarca a ambos. Cada muesca corresponde a una entrega, y la coincidencia de las muescas en ambos listones, prueba el número de entregas”.<sup>1276</sup>

Consideramos que si bien dicha definición encuadra más entre la operatividad de la tarja, es consecuente con la concepción jurídica de ella. Por tanto, estimamos que la enunciación que sobre las tarjas hacen los diccionarios a los que hemos hecho referencia, se adaptan mucho más a la concepción que de ella tiene el Código Civil. Estimamos conveniente advertir que no se puede concretizar el alcance o significado de cada muesca o raya, ya que obviamente ello variará de acuerdo al producto objeto del negocio o reflejará una cantidad determinada por las partes.

Sin embargo, Cabrera Romero no se queda en lo expresado, si no que amplía su concepto de tarja y afirma lo siguiente “Si tomamos en cuenta que el Código Civil contempló a las tarjas dentro de las pruebas por escrito, debemos rechazar que dicho Código se esté refiriendo con exclusividad a la forma primitiva expuesta, y por ello, pensamos que los documentos-tarjas (escritos) siempre ha sido posible emitirlos conforme al Código Civil, quien además, no los prohíbe. Esto sin que importe si las tarjas escritas emanan de máquinas, o son suscritas...”<sup>1277</sup>.

No compartimos esta visión, ya que en modo alguno se podría considerar un documento escrito como una tarja, ya que pensamos que es ajena a su naturaleza.<sup>1278</sup> La circunstancia de que en un momento dado se emitan documentos semejantes para que cada uno de los contratantes

<sup>1276</sup> CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo. *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*, Editorial Jurídica Alva. Caracas 1989. Tomo II, Pág. 92.

<sup>1277</sup> *Ibídem*

<sup>1278</sup> En el mundo, aún hoy día, existen sociedades primitivas que utilizan este sistema como forma de llevar las cuentas de las entregas que se hacen. Por ejemplo en Afganistán solamente un cuarenta por ciento de la población es alfabeto, por lo que en zonas rurales se mantiene el uso de las tarjas como manera de llevar la cuenta de las entregas que se hacen.

conservar una mitad igual al del otro contratante no lo convierte en tarjeta. En efecto, si tomamos como ejemplo los boletos que se suministran en los estacionamientos de vehículos en los que no existe un dispensador automático y al cliente se le provee de un ejemplar idéntico al que conserva el prestador del servicio (depositario), es simplemente para cotejar la numeración y permitir salir el vehículo del estacionamiento, pero en su reverso lleva impresa unas condiciones que constituyen un contrato de adhesión que no está referido a la entrega de provisión alguna. Por ello, aunque las dos mitades sean iguales no convierte a dichos boletos en tarjetas.

En ese mismo contexto y siguiendo el criterio de Cabrera Romero se ha pronunciado Maribel Toro,<sup>1279</sup> quien asume la definición de las tarjetas sustentada por Cabrera; y Toro agrega que “hoy día hay una serie de documentos escritos o impresos que pueden asimilarse a las tarjetas, tales como los vouchers<sup>1280</sup> de las tarjetas de crédito, las planillas de depósito de los bancos y por qué no incluir aquí, las notas de consumo de servicios públicos”.<sup>1281</sup>

Discrepamos totalmente de ello, ya que en relación a las notas de consumo de servicios públicos, estas constituyen la facturación periódica correspondiente a la prestación del servicio a que se refiere, derivado de un contrato escrito, previamente realizado, en el que se indica las condiciones para la prestación del respectivo servicio, complementado con normativa referente a su prestación o regulación tarifaria por ello. Simplemente el ente que suministra o presta el servicio lo que hace es relacionar el consumo o su utilización por parte del cliente, a fin de que este lo constate, y en caso de desacuerdo plantee una reclamación. Sin embargo, si el cliente se negare a pagar la contraprestación y hubiere

<sup>1279</sup> TORO, Maribel. *Valor Probatorio de las Notas de Consumo de Servicios Públicos*. En Revista de Derecho Probatorio. N° 9. Págs. 355 – 360. Editorial Jurídica Alva. Caracas. 1997.

<sup>1280</sup> El vocablo voucher, galicismo utilizado de manera común, corresponde a la palabra “vale”, la que de acuerdo al Diccionario de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Asociación de Academias de la Lengua Española*. 23ª ed., Edición del Tricentenario, [en línea]. Madrid: Espasa, 2014, en una de sus acepciones corresponde a: “Nota o apuntación firmada y a veces sellada, que se da a quien ha de entregar algo, para que después acredite la entrega y cobre el importe”.

<sup>1281</sup> TORO, Maribel, Ob. Cit. Pág. 355.

que exigírsela compulsivamente no habría nada que contrastar o comparar entre el cliente y el prestador del servicio, y correspondería a este último demostrar que efectivamente se llevó a cabo el consumo, de acuerdo a lo relacionado en la factura. Por tanto, la naturaleza del documento emitido por el ente que presta el servicio público corresponde a una factura y no a una tarjeta, como veremos infra.

Con respecto a los vouchers de las tarjetas de crédito, la operación es aún más compleja, ya que en primer lugar el cliente celebra un contrato con el Banco que opera la tarjeta de crédito, en el sentido de que este le otorga un cupo de crédito que el cliente puede utilizar en aquellos comercios o instituciones que se encuentran afiliadas a la tarjeta operada por ese Banco, quienes a su vez tienen un contrato mediante el cual el Banco se compromete a pagar al establecimiento el consumo efectuado por el tarjetahabiente, una vez que el Banco lo aprueba y permite realizar la operación. Obviamente, que el Banco retiene una parte del monto de la operación tranzada, por concepto de su comisión y el riesgo que corre ante la eventualidad de mora o insolvencia del cliente, o que este por cualquier motivo decida no pagar el consumo realizado. Por ello, una vez que el Banco aprueba la operación efectuada entre el cliente y el establecimiento afiliado, en ese momento, ciertamente, se emiten dos facturas iguales, una que conserva el cliente y otra que conserva la empresa que ha realizado la transacción, la que remite al Banco a los fines de que este le pague el monto correspondiente a la operación efectuada, descontada la comisión del Banco. Por ello, en caso de reclamación, bien sea porque se le está cobrando al cliente un consumo que no realizó o que habiéndolo realizado no puede o no quiere pagarlo, el requerimiento de pago se entabla entre el Banco operador de la tarjeta y el cliente, y no entre el establecimiento en el que se llevó a cabo la operación<sup>1282</sup> y el cliente; correspondiendo al Banco la carga de la prueba, demostración que debe hacer con el voucher firmado por el cliente al momento de haber efectuado cada operación,<sup>1283</sup> las que

---

<sup>1282</sup> En las tarjetas quien hace la entrega es el que otorga el crédito, es decir vende fiado, por lo que es él quien asume el riesgo.

<sup>1283</sup> Hoy en día estas operaciones se hacen de manera electrónica. La firma sería una garantía de la autenticidad, para comprobar que a quien se atribuye haber llevado a cabo



usualmente son por montos y conceptos distintos.<sup>1284</sup> En consecuencia, tenemos que estas transacciones comerciales no tienen relación con el concepto de las tarjetas, no solo por estar escritas, por llevar (usualmente) firma, por ser realizadas entre personas que no acostumbran comprobar con ellas las provisiones que hacen o reciben,<sup>1285</sup> y muchas veces no se corresponden con operaciones al detal, que es de la esencia de las tarjetas.

En relación con las planillas de depósito de los Bancos, consideramos que tampoco puedan asimilarse a las tarjetas, en virtud de que, primeramente, son escritas, en segundo lugar, llevan la simbología de la autenticidad por ambas partes, en el sentido de que el depositante firma la planilla de depósito, así como el cajero receptor del depósito en su condición de representante del Banco, además de estamparle el sello de la institución bancaria. Por otra parte, muchos de los depósitos no los hace el cliente o cuentahabiente, sino terceros con la finalidad de cumplir con compromisos asumidos con los titulares de las cuentas, y con quienes han convenido la forma de comprobación de cumplimiento de la obligación, cuál es la presentación de la planilla de depósito como demostración de haber efectuado el pago respectivo. Por ello, estimamos que en este caso, deben tratarse dos hipótesis a saber: a) Que sea el propio cuentahabiente o quien represente sus intereses el que hace el depósito en su cuenta. En este supuesto, la planilla de depósito sirve de comprobación frente al Banco o institución financiera, de que efectivamente recibió el depósito el que debe reflejarse en el estado de cuenta que, por mandato legal, periódicamente debe remitir el Banco al cliente, inclusive si el medio con el que se hizo el depósito no se hizo

---

la operación, efectivamente la realizó. Sin embargo, cuando son operaciones de montos considerables, de acuerdo al crédito concedido al cliente, el Banco operador de la tarjeta notifica de inmediato al cliente por medio de mensajes de texto, a los fines de su constatación; por lo que si la operación fuere fraudulenta, lo manifieste de inmediato, y proceder a bloquear la transacción.

<sup>1284</sup> En el caso de las tarjetas, cada muesca debe representar una entrega de provisiones que deben corresponder a una misma especie y si fueran de distintas especies, cada muesca debe representar la misma cantidad de dinero. Ello con el objeto de que al efectuar la confrontación se pueda demostrar el número de cosas entregadas o la cantidad de dinero que debe pagar el deudor al multiplicar una suma dada por el número de muescas.

<sup>1285</sup> En el uso habitual de las tarjetas de crédito, el cliente las utiliza en diversos establecimientos y en muchos casos por una sola vez, ya que no es cliente habitual del mismo.

efectivo,<sup>1286</sup> caso en el cual aparece en el estado de cuenta el reverso de la operación. Esta planilla no corresponde a una tarja, ya que refleja una operación independiente, mientras que las tarjas reflejan un conjunto de entregas, que es el objeto de la confrontación que se debe hacer entre los patronos que conserva cada parte;<sup>1287</sup> b) el segundo supuesto, se refiere a lo indicado precedentemente, en el sentido de que sea un tercero, por convenio con el cuentahabiente, quien efectúe el depósito, a fin de liberarse de una obligación asumida con él. En este supuesto tampoco correspondería a una tarja, ya que, por una parte, cada planilla es independiente y no se refiere a un control de varias entregas, como antes se indicó, sino que es demostrativa de haberse realizado el depósito por el monto reflejado en la planilla; por otra parte, cada planilla lleva la simbología de la autenticidad (firmas del depositante y receptor y sello de este); adicionalmente, no necesariamente corresponden a operaciones al detal. Además, en caso de desacuerdo entre el depositante y el cuentahabiente por el depósito, por haberse reversado debido – por ejemplo – a que se efectuó con un cheque sin provisión de fondos, correspondería al depositante la carga de la prueba de demostrar que efectivamente realizó el depósito de la manera convenida, lo que debe reafirmar el instituto financiero receptor, ya que este es quien emite la planilla conjuntamente con el depositante.<sup>1288</sup>

Veremos, *infra*, como el Tribunal Supremo de Justicia ha tratado a “los recibos de gastos domésticos comunes” y a “las planillas de depósito bancario”, y ampliaremos lo expuesto.

---

<sup>1286</sup> Por ejemplo, que se deposite un cheque entregado por un tercero que no tenga provisión de fondos, o que el emisor del cheque haya procedido a frustrar el pago.

<sup>1287</sup> Pensamos que efectivamente podrían existir casos en los que las tarjas reflejen exclusivamente una entrega, porque entre los contratantes no se llevaron a cabo más operaciones, pero ello no desnaturalizaría la esencia de las tarjas.

<sup>1288</sup> En este supuesto, consideramos que el depositante debería solicitarle al contrario, de acuerdo a lo previsto en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, la exhibición del estado de cuenta que debe remitirle el Banco, de acuerdo con la Ley, a fin de demostrar que el depósito está acreditado en la cuenta del acreedor. Podría también, promover una prueba de informes, de conformidad con lo previsto en el artículo 433 *eiusdem*, a fin de que el Banco respectivo, informe sobre la certeza del depósito, su acreditación en cuenta y quien fue el depositante, de conformidad con la planilla de depósito respectiva.

## 2. CARACTERÍSTICAS

De las definiciones que hemos transcrito, y de las acepciones que al vocablo tarja le asigna el Diccionario, podemos señalar que las tarjas deben tener las características siguientes:

- Están constituidas por un pedazo de madera o de otro material perdurable que debe tener dos partes análogas o parejas, las que, a su vez, deben tener alguna incisión que permita ajustarlas entre sí, para que se puedan efectuar paralelamente las muescas o rayas.
- Las muescas o rayas que aparezcan en las tarjas identificarán la cantidad o número de provisiones entregadas o representarán sumas de dinero.
- Debe ser un instrumento ágrafo, en el sentido que debe emanar de personas incapaces de escribir o no saben hacerlo.<sup>1289</sup>
- Consecuencia de lo anterior, las negociaciones son hechas entre personas analfabetas o al menos una de ellas, ya que si fueran alfabetas no recurrirían a las tarjas para dejar constancia de la operación realizada, sino que se valdrían de un medio distinto para plasmar el negocio efectuado.
- En razón de ello, no poseen firma ni ninguna otra simbología que permita identificar al autor o autores de las tarjas.
- Solamente surte efecto entre aquellas personas que acostumbran comprobar con ellas las provisiones que entregan o reciben. Es decir, que no es cualquier clase de persona, sino las que tienen esas costumbres, por lo que pensamos que está dirigido a grupos o subgrupos sociales, que manejan suministros bien para su entrega (venta) o recepción (compra).

---

<sup>1289</sup> En este aspecto consideramos que la apreciación de Dominici es absolutamente correcta, ya que la concepción de las tarjas está dirigida a otorgarle un soporte cierto a aquellas personas que no supieran escribir, y así tuvieran una manera de llevar un control de lo negociado entre ellas. Por ello, pensamos que no se puede hacer la distinción entre la tarja en su forma más primitiva y otra, ya que las tarjas tienen una concepción particular, que es lo que tratamos de demostrar en este trabajo.

- Las operaciones tienen que ser al detal (en detal<sup>1290</sup>), es decir, que se está refiriendo a suministros parroquianos.

### 3. ¿LAS TARJAS SON DOCUMENTO?

Determinar la naturaleza de las tarjetas es un tema complejo habida cuenta de la falta de sistematización de las tarjetas en la ley, ya que como hemos visto solamente existe un artículo que se refiere a este medio de prueba. Si recurrimos a una concepción amplia de documento y partimos de que es cualquier cosa que sirva para ilustrar o comprobar algo, podríamos encuadrar a las tarjetas en esta conceptualización; sin embargo, lo anteriormente expresado no coincide con exactitud con el enfoque existente en nuestra legislación en relación con la prueba documental, en la que se concibe que el documento es un objeto que traslada hechos al expediente. Ahora bien, si asumimos este rumbo, igualmente podría enmarcarse en esta noción a las tarjetas, ya que su finalidad, de acuerdo con el artículo 1383 es demostrar las entregas que se han hecho entre los contratantes, y con las tarjetas se trasladaría ese hecho al expediente.

El documento por su propia naturaleza hace alusión a una creación humana, ya que siempre va a contener una manifestación del pensamiento, independientemente de la clasificación en que pueda ubicársele y del soporte que la contenga. De allí que las tarjetas podemos considerarlas como un documento, habida cuenta de que es la creación del hombre, cuyo contenido puede ser conocido por todos, cuya finalidad es comprobar un hecho que se va a acreditar en el expediente.

En ese esquema, y con la finalidad de precisar si las tarjetas realmente son un documento, podemos traer a colación diversas definiciones doctrinarias sobre lo que se considera que es un documento. Carnelutti establece que es una cosa representativa, o sea capaz de simbolizar un hecho, por lo que afirma que “la representación es fruto de la voluntad, y por eso, obra del hombre; solo el hombre puede imprimir a una cosa la virtud representativa”<sup>1291</sup>, e indica que “Documento, en sentido

<sup>1290</sup> “En detal” como quedó indicado es la locución adverbial que utiliza el Código Civil.

<sup>1291</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Traducción Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. Buenos Aires. Tomo II. Pág. 406.

etimológico, es una cosa que docet, esto es, que lleva en sí la virtud de hacer conocer; esta virtud se debe a su contenido representativo; por eso, documento es una cosa que sirve para representar otra. Por otra parte, siendo la representación siempre obra del hombre, el documento, más que una cosa, es un opus (resultado de un trabajo)".<sup>1292</sup> Al referirse al documento, Devis Echandía expresa que es "toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera".<sup>1293</sup> Continúa Devis refiriéndose al contenido del documento y enuncia que "puede ser declarativo – representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados; pero puede ser únicamente representativo (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre en los planos, cuadros o fotografías. Por tanto el documento no es siempre un escrito".<sup>1294</sup> Más adelante, Devis Echandía afirma que "la inmensa mayoría de los autores, tanto civilistas como penalistas, se deciden por la tesis que nosotros defendemos y consideran el documento como un objeto susceptible de percepción visual, que representa un hecho y tiene, por esto mismo, significación probatoria".<sup>1295</sup> Carlos Viada y Pedro Aragonese indican que documento es todo "objeto físico susceptible de ser llevado a la presencia del juez".<sup>1296</sup> Para Jairo Parra Quijano, documento "es cualquier cosa que sirve por sí misma para ilustrar o comprobar por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano".<sup>1297</sup>

Si contrastamos a las tarjetas con los conceptos transcritos, se concluye que efectivamente aquellas son documento, ya que encuadran en las nociones expresados por los autores mencionados, es decir, es un

<sup>1292</sup> Ídem. Pág. 414.

<sup>1293</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Víctor P. De Zavallía – Editor. Buenos Aires. 1981. Tomo II. Pág. 486

<sup>1294</sup> *Ibidem*

<sup>1295</sup> Ídem. Pág. 491

<sup>1296</sup> VIADA, Carlos – ARAGONESES, Pedro. *Curso de derecho procesal penal*. Madrid 1968. Tomo I. Pág. 385.

<sup>1297</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Sexta edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 1996. Pág. 281.

objeto físico, puede ser llevado a la presencia del juez, es obra del hombre, puede percibirse por los sentidos de la vista y del tacto y representa un hecho distinto a sí mismo.

Siguiendo en esa línea, observamos que Cabrera Romero se focaliza en que el legislador, en el Código Civil, incluyó a las tarjetas dentro de la pruebas por escrito, por lo que considera que las tarjetas van más allá de una representación ágrafa, para otorgarle una connotación de documentos – tarjetas, es decir, que pudieran – en su criterio – ser documentos escritos.<sup>1298</sup> Así mismo, al referirse a una clasificación del documento en razón del contenido señala a las imágenes, “las cuales se valoran por la sana crítica (entre las que podrían colocarse a las tarjetas no escritas)”.<sup>1299</sup> Agrega el citado autor que son “simples manifestaciones del pensamiento, cuya fuente principal parecen ser los llamados en diversas leyes “papeles” (Art 909 C. COM; Arts. 498, 415 o 678 CPC), o tarjetas escritas que identifican prestaciones y que requieren de una contraseña”.<sup>1300</sup>

Dominici, si bien incluye a las tarjetas dentro de la clasificación documental, expresa que “el Código las enumera como documentos rudimentarios de ese medio de justificación”.<sup>1301</sup> En ese contexto al otorgarle la naturaleza documental, el citado autor afirma que “Las tarjetas pueden, por tanto, servir a veces para probar obligaciones que en su resultado final excedan la cantidad en que no es permitida la prueba de testigos”,<sup>1302</sup> es decir, que de acuerdo al pensamiento de Dominici

<sup>1298</sup> CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo. Ob. Cit. Pág. 92.

<sup>1299</sup> Ídem. Tomo I. Pág. 319. Dicho autor hace la distinción entre tarjetas no escritas y tarjetas escritas, lo que no compartimos, ya que pensamos que las tarjetas, de acuerdo a lo indicado en el artículo 1383 del Código Civil, siempre serán ágrafas. Tampoco podemos compartir su afirmación en cuanto a la valoración de las tarjetas, por el sistema de la sana crítica, ya que el artículo 1383 del Código Civil indica el valor de ella, lo que indica en este trabajo, a lo que nos remitimos.

<sup>1300</sup> Ibídem. La idea de dicho autor es que dos mitades he al cotejarlas sean idénticas, y que tenga alguna forma de identificación similar, puede constituir una tarjeta. Estimamos que los ejemplos a los que hace referencia al indicar normativa del Código de Comercio y del Código de Procedimiento Civil, no tienen nada que ver con tarjetas, ya que ellos se refieren a documentos que soporten una declaración o la presentación de cuentas.

<sup>1301</sup> DOMINICI. A. Ob. Cit. Tomo III. Pago. 167.

<sup>1302</sup> Ibídem.

funcionan como documentos. En igual sentido se pronuncia Sanojo, quien manifiesta que las tarjetas “hacen veces de un documento escrito”.<sup>1303</sup>

Pensamos que efectivamente las tarjetas es un tipo de documento, con características particulares, por lo que las incluimos en la clasificación de la documentos representativos,<sup>1304</sup> ya que los interesados al visualizar las muescas o las rayas que se le hayan realizado a las mitades que deben conservar cada uno de los contratantes, se pueden imponer del resultante de las entregas o de las sumas adeudadas,<sup>1305</sup> al cotejar y coincidir dichas hendiduras o los grabados. En el mismo sentido se pronuncia Ormarzábal,<sup>1306</sup> quien afirma que “la posibilidad de inmediata percepción de los signos que integran el contenido o información incorporada al soporte, resulta, así mismo esencial para considerar documento un determinado objeto”. Parra Quijano, afirma que “un objeto para que pueda llamarse documento, debe representar un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento, ya que si el objeto se muestra así mismo, sin representar algo distinto, no es documento”,<sup>1307</sup> para agregar de seguidas que “la representación de otro hecho, en el amplio sentido del vocablo, debe emanar o surgir del objeto y no de la mente del intérprete”,<sup>1308</sup> independientemente – a nuestro parecer – que en oportunidades el juez debe indagar la intención de las partes.<sup>1309</sup> Por ello, no nos parece adecuado calificar a las tarjetas como documento,

<sup>1303</sup> SANOJO, Luis. OB. Cit. Tomo 3. Pág. 196.

<sup>1304</sup> El documento representativo si bien tiene efectos jurídicos, no implica una declaración de una persona. Los ejemplos clásicos de los documentos representativos lo constituyen los mapas y fotografías. En el caso de las tarjetas contienen una declaración implícita, que está representada en los signos, es decir la muesca o la raya que permiten determinar al compararlas el número de provisiones entregadas o cantidades de dinero derivadas de las entregas de provisiones.

<sup>1305</sup> En cualquiera de los casos, debe demostrarse con otras pruebas el alcance de las hendiduras o rayas.

<sup>1306</sup> ORMARZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*. Edit. LA LEY. Madrid. 2000. Pág. 23.

<sup>1307</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Pág. 285.

<sup>1308</sup> *Ibidem*.

<sup>1309</sup> En efecto, ello es mandatario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que indica que en la interpretación de los contratos, el juez debe atenerse al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, con miras a las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.

por la circunstancia de que el legislador las haya ubicado en el Código Civil dentro de la prueba por escrito,<sup>1310</sup> ya que no es un prueba escrita,<sup>1311</sup> sino que por sus características propias de ser un objeto, creado por el hombre,<sup>1312</sup> susceptible de percepción visual, que representa objetivamente un hecho distinto a sí misma, que aunque no tiene firma ni ninguna otra simbología, tiene significación probatoria,<sup>1313</sup> tal como lo expresa la norma que reglamenta a las tarjetas al indicar que hacen fe entre las personas que acostumbran comprobar con ellas las provisiones que hacen o reciben en detal, por lo que debe concluirse que la naturaleza de las tarjetas, sin duda alguna, es documental.

#### 4. PÉRDIDA DE LA TARJA

Si partimos de la conclusión anterior, en el sentido de que las tarjetas son documento, ¿qué debe hacer aquel que desee reclamar las entregas

<sup>1310</sup> Particularmente consideramos que las presunciones no son pruebas y, sin embargo, el legislador las colocó en el Código Civil, en el Capítulo V del Título III, del Libro Tercero, correspondiente a “la prueba de las obligaciones y su extinción”. En efecto, siguiendo a Manuel Serra Domínguez, quien sostiene que “cuando las máximas de experiencia a utilizar para la formación de nuevas afirmaciones deban y puedan ser empleadas por el juzgador nos encontramos ante las presunciones. Si la máxima ha sido ya recogida por el legislador, surge la presunción legal. Si en cambio su elección es libre para el juzgador, la presunción judicial”. (SERRA DOMINGUEZ, Manuel. *Estudios de derecho procesal*. Ediciones Ariel. Barcelona. 1969. Pág. 364). En efecto, el artículo 1394 del Código Civil dispone: “Las presunciones son las consecuencias que la ley o el juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido”; mientras que el artículo 1399 eiusdem, establece: “Las presunciones que no estén establecidas por la ley quedarán a la prudencia del juez, quien no debe admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la ley admite la prueba testimonial”. De allí, que no pueden estimarse que las presunciones sean consideradas como medios de prueba, pero se encuentran ubicadas dentro del capítulo correspondiente a la prueba de las obligaciones. Por tanto, no nos parece un argumento sustentable que por la circunstancia de tener una ubicación determinada en el Código se deba considerar a las tarjetas como documento, sino que debe atenderse a sus propias características.

<sup>1311</sup> Se indica que el documento no escrito corresponde a mensajes adheridos a un soporte cualquiera, que pueden ser comprendidos o entendidos por quienes los reciben, pero no están limitados a determinados caracteres o signos que se encuentren impresos en la superficie del soporte. Su importancia reside en que dichos caracteres o signos constituyen la manifestación de la ocurrencia de un hecho, o la declaración de voluntad de quienes lo han elaborado.

<sup>1312</sup> Es irrelevante, en cuanto a las tarjetas, el material del cual esté hecho el soporte, siempre y cuando sea de un material resistente y que permita que ambas piezas se puedan encajar.

<sup>1313</sup> Es decir, tiene capacidad para transmitir o comunicar una información.



que ha realizado con quien ha acostumbrado a efectuar esas negociaciones al detal, que se encuentran instrumentadas en las tarjetas? A los fines de su comprobación debe anexarla al libelo de la demanda, por constituir la tarjeta el documento fundamental,<sup>1314</sup> de allí es que cabe preguntarse, en el supuesto de que al acreedor se le extravíe o destruya la mitad de la contraseña que debe conservar, ¿perdería el derecho a la reclamación?, o si se le extraviara o destruyera la contraseña al deudor y no pudiera hacerse la comparación entre las dos mitades ¿el acreedor perdería el derecho a reclamar su acreencia?

Antes de tratar de dar respuesta a dichas interrogantes, es necesario aclarar que si bien concluimos que las tarjetas son documento, no se corresponde al documento *ad substantiam*<sup>1315</sup> si no al documento *ad probationem*,<sup>1316</sup> ya que va a ser requerida como prueba del negocio, es decir de las entregas de las provisiones, o las sumas de dinero por las entregas de aquellas. Por ello, para contestar las interrogantes planteadas, debemos recordar, como ha quedado sentado, de que las tarjetas están compuestas de dos piezas iguales, las que deben ser resguardadas por cada uno de los contratantes,<sup>1317</sup> a los fines de ser contrastadas. De ello se deriva una conclusión obvia, que cada una de las partes debe mantener una pieza idéntica, por lo que en el caso de pérdida o destrucción de alguna de las mitades, quedaría en existencia la otra mitad, pero evidentemente no podría hacerse la confrontación entre ellas.

No obstante la premisa indicada, estimamos que podrían suceder los supuestos siguientes: a) Pérdida de alguna de las mitades de las tarjetas por caso fortuito o fuerza mayor; b) Destrucción voluntaria de alguna de las contraseñas, por parte de sus tenedores.

<sup>1314</sup> En efecto el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil indica: “El libelo de la demanda deberá expresar: 6° Los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquellos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido, los cuales deberán producirse con el libelo”.

<sup>1315</sup> Son aquellos documentos requeridos para el nacimiento o la existencia de alguna clase de negocios jurídicos. Hay una necesidad de la forma para que el negocio pueda existir, si no aparece celebrado bajo la forma ordenada legalmente, se reputa inexistente la negociación

<sup>1316</sup> En estos casos estamos ante el supuesto de que la ley no condiciona la eficacia del negocio a la existencia del documento, sino que se establece para que el negocio pueda ser probado por el medio o por la forma estipulada legalmente; pero el negocio es válido a pesar de no haberse cumplido con los requerimientos legales.

<sup>1317</sup> Deben hacerlo con la diligencia de un buen padre de familia.

- a) Pérdida de la tarja por caso fortuito o fuerza mayor.<sup>1318</sup> En este supuesto el que haya extraviado la mitad de las tarjas que debe mantener en su poder, debe comprobar el caso fortuito o fuerza mayor acaecido,<sup>1319</sup> y acreditar que en el evento se extravió su mitad de las tarjas; posiblemente sea muy complicada la demostración de la pérdida o destrucción de la mitad de las tarjas que debía conservar en su poder, por lo que pensamos que el interesado debe aportar elementos de prueba suficientes que constituyan presunción grave de que la contraseña que mantenía en resguardo se extravió o destruyó. En este supuesto, comulgamos con lo que expresa Dominici,<sup>1320</sup> en el sentido de que “si una de las partes alega que se le ha perdido la mitad del listón que le pertenecía, deberá pasarse por las rayas que resulten marcadas en la otra mitad, pues no es justo que una de las partes padezca por la mala fe o culpa de la otra. Pero le será permitido probar que no medió entre ellas tarjas, y entonces no valdrán las rayas que la otra parte tengan en su listón, para reclamar el valor de las entregas que aparezcan marcadas”.<sup>1321</sup> Cabrera Romero, es del mismo parecer, al afirmar que para el supuesto de la negativa de alguna de las partes a exhibir la contraseña que debe obrar en su poder, que equivaldría también a la pérdida o destrucción de la mitad que obraba en su poder, debe otorgársele “valor a lo que arroje la tarja producida”.<sup>1322</sup> Sanojo, al referirse a este aspecto

<sup>1318</sup> De manera general, consideramos que el “caso fortuito” corresponde a un fenómeno impensado que ocurre con consecuencias nefastas, no obstante haberse tomado todas las previsiones del buen padre de familia. Mientras que la “fuerza mayor”, se ha considerado como una circunstancia irresistible externa, que rompe el nexo de causalidad entre la actuación y el resultado dañoso; para algunos puede ser previsible, como lo podría ser un terremoto o un tsunami anunciado, aunque no haya posibilidad de detenerlo o impedirlo. Pueden asimilarse los actos de autoridad producto de actuación de funcionarios públicos.

<sup>1319</sup> Salvo que corresponda a un hecho notorio, el que está relevado de prueba de conformidad con lo dispuesto en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>1320</sup> DOMINICI, Aníbal. Ob. Cit. Pág. 167.

<sup>1321</sup> Dominici plantea acá la defensa que, eventualmente, podría aducir el demandado. Es decir, que entre los litigantes no acostumbraban a comprobar con las tarjas las entregas realizadas; sin embargo, de hacerse ese alegato sería un hecho negativo que desplazaría la carga de la prueba al accionante; pero, podría comprobar que de efectuarse entre ellos entregas, la forma de contabilizarlas era distinta a las tarjas.

<sup>1322</sup> CABRERA ROMERO, Jesús. Ob. Cit. Tomo II. Pág. 91.

afirma que “si el comprador no presenta su tarja, manifestando que la ha perdido, la del vendedor hace plena fe, porque el comerciante no debe padecer la falta de su deudor”. Obviamente, Sanojo,<sup>1323</sup> con buen tino, parte del supuesto de que el vendedor (acreedor) no tiene interés alguna en extraviar u ocultar la prueba de los suministros; sin embargo, en la misma visión de Dominici afirma que si el deudor “sostiene que jamás ha tenido tal tarja, es menester que el comerciante (acreedor) pruebe que realmente ha existido para que la que él tiene recobre su fuerza probatoria”.<sup>1324</sup> Es evidente que la hipótesis planteada por Sanojo es la del ocultamiento, por parte del deudor, de la mitad que debe conservar, pero estimamos aplicable la misma solución en caso de pérdida de la mitad que debe conservar el acreedor.

- b) Destrucción voluntaria de la tarja. En este supuesto no parece razonable que el acreedor vaya a destruir el medio demostrativo de la acreencia que pretende se le pague. Por ello, esta hipótesis, más bien, podría atribuírsele al deudor, es decir, destruir su mitad de la tarja para evitar la comparación de las dos mitades, y con ello tratar de evadir el cumplimiento de su obligación. Ante esta posibilidad, y aunque el enfoque es un poco distinto, ya que se refiere a la negativa de la parte a exhibir la contraseña que debe obrar en su poder, Cabrera Romero manifiesta que sí “una de las partes se niega a exhibir la contraseña o control que debe obrar en su poder, se le da pleno valor a lo que arroje la tarja producida, tal como acontece con el ejemplo de la carta porte<sup>1325</sup>. Muchas veces, la existencia de un sistema de tarjetas emanará de disposiciones legales, por lo que el sistema no tendrá que ser probado, mientras en otras oportunidades, ellas requerirán de

<sup>1323</sup> SANOJO, Luis. Ob. Cit. Pág. 196

<sup>1324</sup> *Ibídem*.

<sup>1325</sup> Debe aclararse que la carta porte es una suerte de inventario que tiene el transportista de mercancías y el destinatario de dichas mercancías. Cuando se produce la entrega, esta se realiza en contra del inventario listados en la carta, y si se recibe conforme el destinatario le entrega la carta, por lo que el transportista conservará los dos ejemplares como señal de conformidad con la entrega.

prueba por ser el medio que contractualmente escogieron las partes para probar determinados hechos; en estos últimos supuestos, la existencia de contratos escritos, auténticos, donde se remiten a las tarjetas, constituirá prueba de su existencia, la cual se apuntalara con la presencia en autos de uno de los patrones o señas”.<sup>1326</sup>

Estamos de acuerdo con la consecuencia que le atribuye el autor citado a falta de exhibición de la tarjeta; sin embargo, consideramos que es muy peregrino pensar que el demandante se niegue a exhibirla, ya que él es el interesado en que se le pague las entregas realizadas, salvo el caso de extravío o de destrucción de la mitad que debe estar bajo su custodia. Por otra parte, no atinamos a ubicar alguna normativa que prevea la existencia de un sistema de tarjetas para la comprobación de entregas, por lo que sorprende la indicación que hace el autor de referencia al señalar una multiplicidad de veces que la ley determine el sistema de tarjetas; tampoco, hemos conocido contratos en los que se establezca este sistema como comprobación de entregas. Por el contrario, pensamos que no deben existir, en virtud de lo arcaico de dicho sistema para la comprobación del hecho a que se refiere.

## **5. ¿QUÉ DEBE PROBAR EL QUE PRETENDA VALERSE DE LA TARJA?**

En un juicio en el que se aspire o pretenda cobrar de manera compulsiva una acreencia instrumentada por el sistema de tarjetas, deberían comprobarse tres extremos, de acuerdo a la defensa que eventualmente arguya el demandado, a saber:

- a) En primer lugar que ambos litigantes (demandante y demandado) acostumbran comprobar con ellas las provisiones que hacen o reciben. Este aspecto debería demostrarse en el supuesto de que el deudor (demandado) aduzca que entre ellas no se realizó

---

<sup>1326</sup> CABRERA ROMERO, Jesús. Ob. Cit. Tomo II. Pág. 91.

negociación alguna o que habiéndose realizado, no se acostumbraba a llevar el registro de las entregas mediante el sistema de tarjetas, y esto es así, ya que de hacerse dicho alegato y no comprobarse este extremo no habría lugar a la confrontación de las dos mitades. En el caso de que mediara alguno de los alegatos indicados, correspondería al acreedor (demandante) demostrar – de acuerdo a lo argüido - que entre las partes sí se llevaron entregas sucesivas y que se acostumbraba a contabilizar dichas entregas mediante el sistema de tarjetas, y si el demandado se negare a presentar su mitad, se procedería como se indicó precedentemente. Esta demostración también tendría que hacerla ante la eventualidad de que el demandado contestara la demanda de manera genérica (Infitatio<sup>1327</sup>).

- b) Que dichas operaciones corresponden a entregas al detal. Evidentemente, este extremo debe demostrarlo el demandado para el caso de que alegare que las operaciones que se realizaron entre ambas partes corresponden a operaciones de una índole distinta al detal, ya que está aceptando el hecho de haber realizado las operaciones, pero de una manera distinta a la que prescribe la ley, por lo que no podía dejarse constancia de ella por el sistema de tarjetas. Es decir, al afirmar el hecho de que las operaciones efectuadas entre las partes, no se corresponden al detal, debo comprobar la clase de operación u operaciones que afirma se efectuaron entre ellos. Ahora bien, corresponderá al demandante (acreedor) demostrar este extremo si el demandado negare las entregas o si contestare la demanda de manera genérica.
- c) Que efectivamente para contabilizar esas entregas se acordó dejar constancia de ellas, mediante las tarjetas. Esto en el supuesto de que el demandado no acepte la existencia de las tarjetas como medio de instrumentación de las entregas que se le exigen, caso en el cual corresponderá al demandante (acreedor) probar este extremo.

---

<sup>1327</sup> El demandado se limita a negar todos los hechos, y no se excepciona.

## 6. IMPUGNACIÓN DE LA TARJA

Como quiera que se sustenta que la tarja es un documento, surge la pregunta si, por esa naturaleza documental, efectivamente es susceptible de impugnación.

Ante tal planteamiento el autor Cabrera Romero, se pronuncia en sentido afirmativo y expresa que “en vista de que las tarjas fueron colocadas por el legislador dentro de la prueba por escrito del Código Civil, consideramos que la impugnación debe hacerse en la misma oportunidad señalada para dicha prueba. Y debido a la circunstancia antes anotada, de que las tarjas aparecen dentro de la sección de la prueba por escrito del Código Civil, opinamos que cada vez que de ella se trate, se les debe aplicar como lapso para su impugnación, las disposiciones sobre esta prueba, así se trate de cosas – tarjas”.<sup>1328</sup>

Aunque el citado autor no lo indica, asumimos que se refiere a la tarja como un documento privado;<sup>1329</sup> adicionalmente, no puede perderse de vista, que no tienen la simbología de la autenticidad (firma o huella dactilar, o sello) que pueda evidenciar la autoría, y tampoco se le podría catalogar de documento público.<sup>1330</sup> Sin embargo, debe recordarse que Cabrera Romero es de la opinión que existen tarjas escritas, por lo que afirma: “Si tomamos en cuenta que el Código Civil contempló a las tarjas dentro de la pruebas por escrito, debemos rechazar que dicho Código se esté refiriendo con exclusividad a la forma primitiva expuesta, y por ello, pensamos que los documentos-tarjas (escritos) siempre ha sido posible emitirlos conforme al Código Civil, quien además, no los prohíbe. Esto sin que importe si las tarjas escritas emanan de máquinas, o son suscritas...”<sup>1331</sup>

<sup>1328</sup> CABRERA ROMERO, Jesús E. Ob. Cit. Tomo II. Pág. 96.

<sup>1329</sup> Las tarjas las realizan los particulares, por lo que no podrían tener una categoría distinta.

<sup>1330</sup> De acuerdo al artículo 1357 del Código Civil, “*Instrumento público o autentico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública en el lugar donde el instrumento se haya autorizado*”. Por lo expresado en este trabajo, obviamente, no sería posible la intervención de un funcionario público, juez o registrador para autorizar el otorgamiento de las tarjas, por lo que debe descartarse esa alternativa.

<sup>1331</sup> CABRERA ROMERO, Jesús E. Ob. Cit. Tomo II. Pág. 92.

Por tanto, partimos de la premisa que las tarjetas son un documento privado, y siguiendo el planteamiento del autor en referencia, podemos concluir que él afirma lo siguiente:

- a) Si son documentos-tarjas (escritos), debería desconocerse en la contestación de la demanda, si fue aportado con el libelo, o dentro de los cinco días siguientes a su incorporación en el expediente si es aportado en una oportunidad posterior.<sup>1332</sup> Disentimos de ello, ya que pensamos que no podría desconocerse la firma, porque las tarjetas no la llevan, por su condición de documento ágrafo y como veremos creemos que atribuírsele la posibilidad de que sea escrita, es una distorsión de la esencia de dicho medio de prueba. En consecuencia habría que descartar esa posibilidad. Por otra parte, si se refiere a un documento ológrafo<sup>1333</sup> o firmado, pensamos que no podría considerarse tarjeta sino que encuadraría en otra clase de instrumento.
- b) Al descartar la posibilidad del desconocimiento de la firma, por lo expuesto en el literal anterior, debemos recurrir al artículo 1381 del Código Civil, que establece, taxativamente, las causales de tacha del documento privado, que son las siguientes:
  - b.1) Cuando haya habido falsificación de firmas. Obviamente, que en las tarjetas, de acuerdo a nuestro criterio, esta situación no puede presentarse, por ser un documento ágrafo. Sin embargo, para Cabrera Romero, debería hacerse en la oportunidad de contestación de la demanda o en el quinto día después de producido en juicio, de conformidad con su aseveración, es decir, los documentos-tarjas (escritos),<sup>1334</sup> pero si esto sucediera tendríamos que un escrito se garantizó con una firma falsa, por lo que estaríamos en presencia de un documento distinto a las tarjetas;

<sup>1332</sup> Estas oportunidades están establecidas en el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil. Para oponer un documento como emanado de la parte o de su causante, debe tener alguna simbología que lo pueda individualizar, que no es el caso de las tarjetas.

<sup>1333</sup> Escrito de mano del autor, autógrafo.

<sup>1334</sup> Es conveniente acotar que en la práctica no se impugnan los documentos escritos y firmados, con fundamento en esta causal; más bien, ante la falsificación de una firma, los litigantes utilizan el desconocimiento de ella, ya que al hacerlo, desplazan la carga de probar la autenticidad de la firma a quien produjo el documento.

b.2) Cuando la escritura misma se hubiese extendido maliciosamente y sin conocimiento de quien aparezca como otorgante, encima de una firma en blanco suya. De acuerdo a nuestra óptica, esta posibilidad está descartada, por lo indicado con anterioridad, es decir, la agrafía de las tarjas. No creemos que dentro de la concepción de Cabrera Romero, se pueda pensar que esta situación se presente, ya que él se refiere a los documentos-tarjas (escritos), por lo que redactar una declaración sobre la firma en blanco de alguien, tampoco es de la esencia de las tarjas, aunque se piense que pueden haber documentos-tarjas;<sup>1335</sup> b.3) Cuando en el cuerpo de la escritura se hubiesen hecho alteraciones materiales capaces de variar el sentido de lo que firmó el otorgante. Si bien es cierto, que no podríamos aceptar como de la naturaleza de las tarjas que estas estén firmadas por el deudor, por lo expresado precedentemente, estimamos que esta sería la única posibilidad de impugnación, ya que tanto el acreedor (demandante) como el deudor (demandado) podrían alterar la mitad de la tarja que tenga en su poder; aquel para aumentar el número de muescas, con la finalidad de incrementar la deuda, y este mutilando la tarja o bien rellanando las incisiones con la finalidad de hacer desaparecer alguna o algunas de las muescas para evitar que coincidan el mismo número al confrontar ambas mitades. Obviamente, que esas alteraciones materiales, variarían la conclusión que debería derivarse de la confrontación de las dos mitades que deben cotejarse, y pensamos que el juez debe tomar como correcto el patrón que no haya sido objeto de adulteración.<sup>1336</sup> En este supuesto, de adulteración o modificación de alguno de los patrones, estimamos que no es necesario recurrir a ningún experto para que manifieste su opinión sobre

<sup>1335</sup> Es muy improbable, partiendo de esa concepción, que insistimos consideramos errada, que una persona deje firmadas dos hojas en blanco, para que se puedan reproducir dos documentos exactamente iguales.

<sup>1336</sup> CABRERA ROMERO. Jesús. Ob. Cit. Tomo II. Pág. 91 afirma que “si ambas tarjas se consignan, ellas deben coincidir; si no, no hacen prueba”. La solución a la adulteración es distinta a la planteada por nosotros, por lo que no estamos de acuerdo con su apreciación, ya que maliciosamente una de las partes haría la alteración para evitar que sirviera como elemento probatorio.



la alteración, ya que por las características de las tarjas, estimamos que el juez puede determinarlo directamente aplicando sus máximas de experiencia o la notoriedad judicial.<sup>1337</sup> En el mismo sentido se manifiesta Sanojo,<sup>1338</sup> quien expresa “cuando los dos listones no se ajustan, teniendo uno de ellos más muescas que el otro, las excedentes no se cuentan”, es obvio que en

<sup>1337</sup> La notoriedad judicial ha sido admitida en Venezuela por vía jurisprudencial. En ese sentido se han pronunciado tanto la Sala Constitucional como la Sala Político Administrativa y la Sala de Casación Social, con dos tesis que si bien tienen un sustento parecido, también entre ellas existen divergencias. La Sala Constitucional en un primer fallo sobre el tema, proferido en fecha 24 de marzo de 2000 (sentencia número 150), señaló que “la notoriedad judicial consiste en aquellos hechos conocidos por el juez en ejercicio de sus funciones, hechos que no pertenecen a su saber privado, ya que él no los adquiere como particular, sino como juez dentro de la esfera de sus funciones. Es por ello que, los jueces normalmente hacen citas de la doctrina contenida en la jurisprudencia, sin necesidad de traer a los autos copias (aún simples) de las sentencias, bastando para ello citar sus datos. Suele decirse que como esos aportes jurisprudenciales no responden a cuestiones fácticas, ellos no forman parte del mundo de la prueba, lo que es cierto, y por lo tanto, no se hace necesario consignar en el mundo del expediente, copia del fallo invocado”; criterio que fue ratificado en la sentencia de fecha 11 de junio de 2001 (Exp. 00-2401. Caso Antonio Pérez Alvarado, Francisco Márquez), en la sentencia 1445 del 10 de agosto de 2001 y en la sentencia 1462 del 27 de junio de 2002, entre otras. Por su parte, la Sala Político Administrativa, en sentencia número 1100, de fecha 16 de mayo de 2000, también se pronunció sobre el mismo tema, en dos aspectos a saber: A) Sobre la máxima de experiencia que adquiere el juez en el ámbito probatorio al haber sustanciado una determinada prueba en un proceso, para lo cual se fundamenta en la opinión de Friedrich Stein (El Conocimiento Privado del Juez. Editorial Temis), quien opinaba lo siguiente: “lo que el tribunal adquiere como resultado de la prueba con plena conciencia de su responsabilidad en la situación de receptor oficial de la prueba y generalmente bajo el control que permite la contradictoria configuración de nuestro proceso eso debe servir a los jueces de una vez y por todas como parte integrante de su saber y de ello pueden estar convencidos sin necesidad de repetir la prueba”. De allí que la Sala de referencia, en la aludida sentencia, expresó: “Entonces, el hecho notorio judicial deriva de la certeza que tiene el juez por haber actuado en un proceso, que le produce un nivel de conciencia y certeza moral que lo vincula. Y por tanto el hecho notorio judicial no tan solo no requiere ser probado, sino que constituye una obligación para el juez, saberlo y producir su decisión tomando en cuenta esos hechos”. B) El otro aspecto tratado por la Sala Político, en el fallo en comento, indica – a su entender – las condiciones que se requieren para que el juez pueda usar el hecho notorio judicial y las razones de ello, e indicó lo siguiente: “En este sentido, se requiere que los hechos, pruebas, decisiones o autos consten en un mismo tribunal, que las causas tengan conexidad, que el juez intervenga en ambos procesos y que por tanto, en atención a la certeza procesal, a la verdad real, a la utilidad del proceso y a la economía y celeridad de este, el juez haga uso de pruebas preexistentes de un proceso previo, para otro posterior”. Para los efectos, de la valoración de las tarjas, consideramos que es aplicable el aspecto referido en el literal “A”.

<sup>1338</sup> SANOJO, Luis, Ob. Cit. Pág. 196.

este caso al que se refiere Sanojo, quien ha adulterado el patrón es el acreedor, ya que el deudor no tendría interés alguno en incrementar la deuda. Por ello, la solución planteada por Sanojo es la adecuada, en el sentido de solamente tomar como válidas el número de muescas que coincidan o las que notoriamente se hayan tratado de rellenar o mutilar, ya que de otra manera se prestaría a que el deudor procediera a adulterar el patrón que conserva con la finalidad de que no se le otorgue ninguna eficacia probatoria.

## 7. ¿QUÉ SE PUEDE PROBAR CON LAS TARJAS?

Las tarjetas como sistema para llevar el control de entregas, están destinadas a comprobar el número o cantidad de entregas que se han hecho entre las partes o las sumas adeudadas representadas por las muescas. Aunque realmente estimamos que las muescas no deberían estar relacionadas con una contabilidad de dinero, en el sentido de demostrar la suma que el receptor de las entregas le adeuda a quien se las ha hecho, en la práctica esto acaecía.<sup>1339</sup> Por ello, quien presente una tarjeta que al compararla con el patrón que tenga el deudor, llevaría a determinar el número de entregas que realmente se realizaron o las sumas adeudadas representadas en cada muesca.

Por ello, quien se valga de las tarjetas debe probar en el juicio, en el primero de los casos, el valor de cada entrega, lo que hará utilizando el sistema de libertad de pruebas que rige en Venezuela.<sup>1340</sup> Sin embargo, como quiera que las tarjetas son documento, estimamos que

<sup>1339</sup> Fue habitual en Latinoamérica, entre otros países, cabe citar a Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, en razón de la precariedad de la economía, durante la primera mitad del siglo XX, la existencia de “pulperías” que eran tiendas dedicadas a la venta de artículos de uso cotidiano, especialmente comestibles, a la que concurrían los parroquianos habituales, que en muchas oportunidades no podían cubrir de inmediato el costo de los productos que debían consumir para su subsistencia diaria. De allí es que el “pulpero” (propietario de la “pulpería”) fiara (vendiera a crédito) las mercancías, cuyo control se llevaban por el sistema de tarjetas, por lo que hacían una muesca por una cantidad determinada de dinero, independientemente de los productos que se entregaran, a los fines de determinar la deuda del comprador. .

<sup>1340</sup> Ver artículo 395 del Código de Procedimiento Civil.

no obstante que el valor de lo negociado pueda exceder la limitación impuesta a la prueba de testigos a que se refiere el artículo 1387 del Código Civil,<sup>1341</sup> el juez debería aceptar la tarja como prueba, por un lado, permitiendo en todo caso que se evacuaran los testigos que las partes promovieran a fin de determinar el quantum de cada entrega, con lo que está de acuerdo Dominici, quien afirma que “las tarjas pueden, por tanto, servir a veces para probar obligaciones que en su resultado final excedan la cantidad en que no es permitida la prueba de testigos”;<sup>1342</sup> en el mismo sentido se pronuncia Sanojo,<sup>1343</sup> quien afirma “cuando los distintos cortes de una y otra raja coinciden, hacen veces de un documento escrito y forman una especie de prueba literal de las mercancías suministradas”, y es así porque la existencia de la obligación se está probando con las tarjas (documento), mientras que el quantum debe probarse por cualquier otro medio de prueba, entre ellas, la prueba de testigos. Por ello, afirma Sanojo,<sup>1344</sup> con lo cual concordamos, que “las tarjas, como hacen veces de escritura, siempre harán prueba, cualquiera que sea el número de las provisiones”. En el segundo de los casos, debería probarse que entre las partes se acordó contabilizar los productos

<sup>1341</sup> El encabezamiento del artículo 1387 del Código Civil establece una limitación por la cuantía, para promover la prueba de testigo, la que está referida a materia civil, que hace ineficaz el testimonio para probar el nacimiento, la existencia o la extinción de una obligación cuya cuantía exceda actualmente de dos bolívares, aunque la redacción de la norma expresa dos mil bolívares, debe considerarse que la cantidad actual es la de dos bolívares por aplicación de la Disposición Transitoria Cuarta contenida en el Decreto N° 5.229 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reversión Monetaria, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.638 de fecha 06 de marzo de 2007. La disposición Transitoria Cuarta, expresa lo siguiente: “**Cuarta:** Las expresiones en moneda nacional contenidas en leyes, reglamentos, decretos, resoluciones, providencias, circulares, instrumentos o actos administrativos de efectos generales y/o particulares, así como en decisiones judiciales, instrumentos negociables, u otros documentos que produzcan efectos legales que hayan sido dictados y/o entrado en vigor, según el caso, antes del 1° de enero de 2008, deberán ser convertidas conforme a la equivalencia prevista en el artículo 1° del presente Decreto-Ley. De igual modo, el papel sellado, los timbres fiscales, estampillas y/o sellos postales, así como cualquier otra especie valorada en bolívares actuales deberán ser utilizados hasta su agotamiento, entendiéndose su valor a partir del 1° de enero de 2008, conforme a la equivalencia establecida en el artículo 1° del presente Decreto-Ley”.

<sup>1342</sup> DOMINICI, Aníbal. Ob. Cit. Pág. 168.

<sup>1343</sup> SANOJO, Luis. Ob. Cit. Pág. 196.

<sup>1344</sup> *Ibidem*.

entregados, por lo que cada muesca representa una cantidad determinada. Una vez demostrado ello, el juez con una simple operación aritmética puede determinar el quantum de lo adeudado.

No puede perderse de vista, que el artículo 1383 del Código Civil. Hace referencia a que las tarjas sirven para comprobar las provisiones que hacen o reciben en detal. Por tanto, se refiere a montos restringidos.

El valor probatorio de las tarjas, una vez comprobada la coincidencia de los dos patrones, a nuestro entender es prueba indiscutible, ya que el juez no tendría otra posibilidad sino que la de fijar el número de entregas o las sumas adeudadas, según el caso, lo que se infiere de la redacción del artículo 1383 del Código Civil, que dispone que las tarjas “hacen fe” entre las personas que acostumbran comprobar con ella las provisiones que hacen o reciben. Por ello, estimamos que es mandatario para el juez otorgarle eficacia a las muescas coincidentes, de acuerdo a lo anteriormente señalado.

Si se hubiese extraviado o destruido alguno de los patrones, o el demandado se negare a exhibirlo para su confrontación, operaría lo expuesto precedentemente.

## 8. ¿LAS TARJAS SON UN MEDIO DE PRUEBA ACTUAL?

Después de haber establecido una definición de las tarjas, así como de la razón de su existencia, debemos inclinarnos por descartar su utilidad práctica actual por lo que realmente consideramos que es un medio de prueba que está en completo desuso. Es más no parece posible que se proceda a una activación de este medio de prueba, ya que las entregas de provisiones al detal hoy en día no son objeto de fiar,<sup>1345</sup> sino que se realizan al contado, por lo que es bastante improbable que se pueda usar ese sistema para contabilizar las entregas que hagan dos personas.

Hasta el momento no hemos tenido noticia de que se haya procedido a exigir el pago de una deuda por medio de un procedimiento

<sup>1345</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Asociación de Academias de la Lengua Española. *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., Edición del Tricentenario, [en línea]. Madrid: Espasa, 2014. La acepción 2a. de dicho vocablo se define como “Vender sin tomar el precio de contado, para recibirlo en adelante”.

judicial, cuyo fundamento esté basado en las tarjas, por lo que debe asumirse que se encuentran en total desuso.<sup>1346</sup>

## 9. EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Y LAS TARJAS

No obstante haber señalado no tener conocimiento de procedimientos judiciales que su pretensión estuviera fundada en las tarjas, debemos observar que existen pronunciamientos del Tribunal Supremo de Justicia que hacen referencia al artículo 1383 del Código Civil, es decir, a las tarjas.

Consideramos inadecuado el enfoque que sobre las tarjas determina la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en las sentencias que nos proponemos citar, ya que estimamos que hace una distorsión de las tarjas y forzosamente, como veremos, asimila a “los recibos<sup>1347</sup> de gastos domésticos comunes” y a “las planillas de depósito bancario” a las tarjas, las que tienen unas características particulares como precedentemente hemos visto, y sobre lo cual insistiremos.

En efecto, en decisión de la Sala de Casación Civil del Alto Tribunal de la República, de fecha 20 de octubre de 2005,<sup>1348</sup> conceptualiza las tarjas con la definición suministrada por Cabrera Romero, a la que hemos hecho referencia supra; sin embargo, lo que resalta la sentencia es lo que afirma el indicado autor en el sentido de admitir que “los

<sup>1346</sup> De acuerdo a un trabajo de Giorgio Cunto, del 20 de agosto de 2016, publicado en PRO-DAVINCI, para 1936 el sesenta por ciento de la población venezolana era analfabeta, para 1950 la mitad de la población venezolana era analfabeta. Es decir, que el sistema de las tarjas podía usarse como única manera de poder llevar un control o contabilidad de las entregas, especialmente en la Provincia.

<sup>1347</sup> El vocablo “recibo”, de acuerdo al Diccionario de la **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**. Asociación de Academias de la Lengua Española. 23ª ed., Edición del Tricentenario. [en línea]. Madrid: Espasa, 2014, en una de sus acepciones corresponde a: “Escrito o resguardo firmado en que se declara haber recibido dinero u otra cosa”. Evidentemente, que este concepto no guarda relación alguna con las tarjas, porque se refiere a un documento escrito y firmado.

<sup>1348</sup> Sentencia número RC-000877, caso Manuel Alberto Graterón contra Envases Occidente C.A. El criterio sustentado en esta sentencia fue reiterado por la misma Sala de Casación Civil en la sentencia del 17 de septiembre de 2009 (Valores Nueva Esparta contra Betty Marciano), sobre las planillas de depósito emitidas por los Bancos, como tarjas; en la sentencia 469 de fecha 18 de octubre de 2011 y en la sentencia número AA20-C-2013-000456 del 30 de junio de 2014.

documentos-tarjas (escritos) siempre ha sido posible emitirlos conforme al CC,<sup>1349</sup> quien además, no los prohíbe. Esto sin que importe si las tarjas escritas emanan de máquinas, o son suscritas”<sup>1350</sup>

Basada en ese criterio, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, mediante fallo proferido el 17 de septiembre de 2009,<sup>1351</sup> expresó lo siguiente:

“...Ahora bien, en torno a los recibos de gastos domésticos comunes, como servicios de agua, luz y gas, así como **las planillas de depósitos bancarios**, esta Sala a (sic) establecido que los mismos constituyen **tarjas, que son documentos privados de especiales características, los cuales no son susceptibles de ser ratificados por el emisor en juicio, y que estos instrumentos deben ser valorados por el juez, bajo el principio de sana crítica como indicios, dado su carácter especial, al ser diseñados en un formato específico por la compañía o institución bancaria, ya sea pública o privada**, en cumplimiento a una serie de requisitos que hacen que sean claramente reconocidos por los suscritos de los servicios o usuarios de los servicios bancarios, para con esto hacer más seguras dichas operaciones de servicios masivos...”

...omissis...

...y en el caso específico de las planillas bancarias, las mismas deben ser tratadas como tarjas, es decir, como documentos privados de especiales características, las cuales no son susceptibles de ser ratificados por el emisor en juicio, y que por tanto estos instrumentos deben ser valorados por el juez, bajo el principio de sana crítica como indicios...”. (Resaltado de la Sala).

Del párrafo transcrito, de la decisión de referencia, en la que trata a los recibos de gastos domésticos comunes y a las planillas de depósitos bancarios como tarjas, debemos indicar lo siguiente:

- a) Las tarjas pueden ser considerados como documentos privados de especiales características. En efecto, si bien compartimos el

---

<sup>1349</sup> Código Civil

<sup>1350</sup> Cita tomada de la sentencia número RC-00087, antes mencionada.

<sup>1351</sup> Sentencia dictada en el caso: Valores Nueva Esparta Sociedad Anónima contra Betty Marcano.

criterio de que las tarjetas son documentos y que son de naturaleza privada, en contraposición al documento público, también podemos compartir que son de especiales características, al ser documentos ágrafos realizados en un soporte que necesariamente debe ser resistente y sólido a los fines de poder encajarlos y hacerles las muescas que van a representar las entregas realizadas entre los contratantes.

- b) Las tarjetas no están diseñadas para ser ratificadas en el juicio, sino para la confrontación de las dos mitades que deben obrar en poder de los contratantes; y menos aún por el emisor, que en el caso en comento se refiere a un tercero, ya que la naturaleza de las tarjetas es que sean realizadas de manera conjunta entre el que hace la entrega y quien la recibe, porque deben tener concordancia los patrones que conservan cada uno de los contratantes.
- c) Las tarjetas no deben ser valorados por el juez, bajo el principio de sana crítica, ya que el artículo 1383 del Código Civil indica expresamente que hacen fe entre los contratantes si se cumple la condición de acostumbrar a probar con ellas las provisiones que hacen o reciben en detal. Menos se entiende, que después –en la sentencia de referencia– sean tratadas como indicios,<sup>1352</sup> dado su carácter especial, al ser diseñados los recibos en un formato específico por la compañía que presta o provee el servicio doméstico, o la institución bancaria, ya sea pública o privada, en el caso de las planillas de depósito. Obviamente, que esto distorsiona a las tarjetas. En efecto, las tarjetas son creadas de mutuo acuerdo entre los propios interesados, quienes al encajar las dos mitades de los patrones que conservan, proceden a realizar las

---

<sup>1352</sup> El indicio es una prueba indirecta, ya que el juez no percibe o aprehende el hecho de manera directa. Es decir, no va a presenciar el hecho de forma inmediata, sino que es deductivo, ya que de un hecho dado activa su presunción hominis. Además el indicio no puede apreciarse de manera aislada, sino en conjunto, en virtud de que un solo indicio no puede producir certeza. En efecto, el artículo 510 del Código Adjetivo expresa: “*Los jueces apreciarán los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí, y en relación con las demás pruebas de autos*”. Las tarjetas es un medio de aprehensión del hecho de forma directa por el juez, quien al hacer el contraste o confrontación de las dos mitades de las contraseñas que obren en poder de las partes, va a determinar el número de entregas efectuadas.

muestras o trazar las rayas en ambas mitades que las van a ser coincidentes, ya que las tarjetas no se trata de una creación de un tercero sino de los propios interesados. Mientras que en las facturas que se emiten por la prestación de un servicio doméstico, su elaboración es unilateral por parte del prestador del servicio, con fundamento al contrato que previamente vincula a las partes. Si bien el usuario del servicio tiene derecho a reclamo, este no se tramita contrastando dos patrones (que no existen), sino revisando los medidores aforados que se encuentran instalados en el inmueble que recibe el servicio o en la vía pública, de ser el caso.

Las decisiones emanadas de la Sala de Casación Civil a las que se ha hecho referencia, a nuestro entender, forzosamente tratan de encuadrar en las tarjetas “los recibos de gastos domésticos comunes” y “las planillas de depósito bancario”, las que como hemos visto no tienen semejanza alguna con dicho medio de prueba. Sin embargo, estimamos oportuno hacer algunas consideraciones adicionales a las que ya se han efectuado, con respecto a los recibos y a las planillas de depósito, ya que pensamos que la intención de la aludida Sala sea la de simplificar la comprobación del hecho al que ellos se refieren, dado que como veremos existen unas circunstancias especiales que conllevan a establecer su credibilidad.

En efecto, con una planilla de depósito bancario<sup>1353</sup> lo que se persigue, obviamente, es comprobar que una suma de dinero ingresó en una cuenta determinada, lo que demostraría que el depositante (deudor)

---

<sup>1353</sup> No puede perderse de vista, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 503 del Código de Comercio, al referirse a la cuenta corriente bancaria, indica que el depósito que se hace en Instituciones Bancarias (depósito bancario), es un depósito de cosas fungibles (dinero), consumibles, cuya posesión se transfiere al depositario (Banco) que puede disponer de ella, de acuerdo a las regulaciones que rigen a estas Instituciones, que permiten que ello se haga; aunque tienen la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad al cuentahabiente. En ello consiste la diferencia fundamental entre el depósito bancario y el depósito ordinario; en aquel se produce una transmisión de dominio de la cosa depositada (dinero) a favor del depositario (Banco), mientras que en este la propiedad la conserva el depositante. Por tanto, la obligación de restituir, en el depósito bancario, se cumple entregando al cuentahabiente otro tanto de la misma especie y calidad.



cumplió con la obligación asumida para con su acreedor, en unos casos; en otros casos, el depositante puede realizar el depósito como inversión,<sup>1354</sup> y lo que se trata de comprobar es que efectivamente se llevó a cabo la inversión, oportunidad y monto de ella; hay otros supuestos en que el depósito tiene como finalidad ser un instrumento de consumo sin tener que llevar dinero efectivo,<sup>1355</sup> para lo cual la Banca diseña planillas con ese propósito. Las planillas de depósito que se utilizan en nuestro país, tanto en instituciones públicas como privadas, no prevén la posibilidad de que se indique el motivo del depósito,<sup>1356</sup> y ello es así ya que la razón o el concepto del depósito es irrelevante para la Institución Bancaria que esté recibiendo la suma depositada,<sup>1357</sup> salvo en los casos en que la planilla tenga un propósito determinado, por lo que se usa ella específicamente. Por tanto, usualmente son los contratantes

<sup>1354</sup> Es el caso del depósito referenciado, en el que la Banca emite planillas que están referidas a otras clases de depósito. El depósito referenciado tiene una rentabilidad que está vinculada a la variación de un índice, o la cotización de unas acciones o de una cesta de valores, que pueden pertenecer al mercado nacional o al internacional. Son depósitos cuya inversión inicial está asegurada al cien por ciento, y se establecen por un lapso no menor de un año. Los Bancos pueden exigir una inversión mínima, así como establecer también un máximo.

<sup>1355</sup> En efecto, hay Bancos que están asociados con empresas que operan una suerte de tarjeta de crédito, pero que el usuario es quien suministra los fondos que va a utilizar, por lo que realiza depósitos cuya finalidad es recargar (proveer de capital a la tarjeta), que después va a utilizar en compras, en aquellos establecimientos que se encuentren afiliados a ese medio de pago. Esto abarca tanto a personas naturales como jurídicas.

<sup>1356</sup> En el caso de que en la planilla existiera la posibilidad de hacer tal indicación, ello no sería vinculante, ya que la declaración que haga el depositante no podría tomarse en su beneficio, ya que violaría el principio de alteridad, el que se puede sintetizar así: “nadie pueda procurarse una prueba a su favor sin la intervención de una persona ajena, distinta a quien pretende aprovecharse de ella”.

<sup>1357</sup> Hay planillas que están diseñadas para recibir determinados tipos de depósito, por ejemplo para pago de las cuotas por concepto de consumo pagados con tarjetas de crédito, o para el pago de la prestación de servicios domésticos, caso en el cual en la propia planilla está impreso el logo de la prestadora del servicio, como lo es el caso, por ejemplo, de PDVSA GAS S.A., en la que solo se exige la indicación del número del contrato que vincula a la empresa con el receptor del servicio, ya que el monto se acredita directamente en la cuenta del prestador del servicio, previa deducción del porcentaje que corresponde al Banco por el auxilio que brinda al tener a disposición su red de oficinas; por el pago de cuotas de créditos otorgados por la propia Institución Bancaria, en la que se indica al depositante que señale la razón del depósito y el número de contrato. Ello es con la finalidad de permitir una clasificación del ingreso, a los fines de la contabilidad que debe llevar el Banco.

quienes establecen en un convenio o acuerdo previo que se utilice esta forma de pago, con la finalidad de facilitar el cumplimiento del deudor a los compromisos asumidos para con el acreedor,<sup>1358</sup> es decir, que la entrega de sumas de dinero derivadas del pacto, se hagan mediante la consignación de la cantidad establecida en la cuenta indicada por el acreedor.<sup>1359</sup>

Cuando el deudor consigna la cantidad estipulada en la cuenta del acreedor en una determinada Institución Bancaria, la Institución le suministra la planilla impresa, la que consta de dos ejemplares superpuesto uno al otro, con la exigencia de algunos datos necesarios para validar el depósito, tales como el lugar en que se efectúa, la fecha, identificación del depositante (nombre, apellido y número de cédula), señalamiento de la cuenta en la que se debe acreditar la suma que se deposita y la indicación de esta, con la especificación de que la cantidad que se entrega se hace en efectivo o mediante cheque y su totalización. Dicha planilla es llenada a mano por el depositante y en la medida en que lo hace se graba lo mismo en la planilla incorporada, por lo que se producen dos ejemplares idénticos; esta planilla exige la firma autógrafa del depositante, la que al estamparla también se copia en la planilla aneja.

El cajero (receptor por parte del Banco) verifica parte de la información contenida en la planilla, a saber: a) El lugar y la fecha en que se efectúa el depósito; b) La cantidad a depositar, si es en billetes y monedas, totaliza el monto y verifica que corresponda a dinero de circulación; si es mediante uno o más cheques revisa su fecha de emisión, el beneficiario y el número de la cuenta, a fin de constatar que el cheque o cheques fueron emitidos a favor del beneficiario de la cuenta o de ser el caso esté endosado, por lo que debe corresponder el beneficiario del cheque con el cuentahabiente (salvo que sea al portador o por

---

<sup>1358</sup> Usualmente se trata de aquellas obligaciones de ejecución continua, como lo pueden constituir el pago de los arrendamientos, pensiones de alimentos, etc. El depósito en cuenta, no solo facilita el cumplimiento al deudor, ante la eventualidad de que no consiga en la fecha en que deba realizar el pago al acreedor, sino también a este quien tiene la disponibilidad inmediata de la cantidad respectiva, no obstante que después deba entregar la respectiva factura, de acuerdo a las leyes tributarias.

<sup>1359</sup> Más modernamente, los depósitos en cuenta se hacen mediante transferencias bancarias, lo que evita que el obligado deba trasladarse hasta el Banco respectivo, para efectuar el depósito.

endoso en blanco), así mismo, verifica la coincidencia entre las cantidades expresadas en letras y guarismos en el cheque o cheques, a fin de determinar que coincide con lo expresado en la planilla de depósito.<sup>1360</sup> La razón de ello, es que de inmediato valida la planilla de depósito en la que se imprime mecánicamente el nombre del beneficiario del depósito, la suma depositada y la fecha; y de manera manual estampa el sello de la Institución Bancaria, en el que también aparece la fecha de la operación, y procede a suscribir la planilla con su firma autógrafa.<sup>1361</sup> Inmediatamente le entrega al depositante uno de los ejemplares de la planilla, conservando la Institución el otro.

De todo ese procedimiento se desprende, que en el depósito de sumas de dinero en Bancos al que nos estamos refiriendo, el beneficiario del depósito no interviene, solamente el deudor o quien represente sus intereses,<sup>1362</sup> el cual se realiza en un formato impreso que debe ser rellenado con escritura y firmado por las dos partes, depositante y receptor, y convalidado con el sello de la Institución respectiva. Adicionalmente, si el depósito de las cantidades es realizado mediante cheque y este no es pagado por el Banco en contra del cual se ha emitido, el Banco receptor de los fondos revierte dicha operación. En consecuencia, presentar la planilla de depósito llevaría a establecer que efectivamente el depósito se hizo, si está de acuerdo con un contrato o convenio previo, en el que ello se pacte, y el juez podrá otorgarle eficacia porque la planilla de depósito contará con la simbología de la autenticidad (firma y sello)<sup>1363</sup>

<sup>1360</sup> Si la cantidad depositada es de alguna consideración, el cajero interroga verbalmente al depositante sobre la procedencia de la suma, a fin de dar cumplimiento a las regulaciones de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, pero de ello no se deja constancia en la planilla.

<sup>1361</sup> Ambos símbolos de la autenticidad.

<sup>1362</sup> Es necesario acotar, que en el proceso de depósito de cantidades de dinero en alguna Institución Bancaria, el cajero que recibe los fondos, no le exige al depositante ninguna identificación, por lo que podría ser que un tercero en nombre del deudor procediera a efectuar la consignación de la suma de dinero pactada con el acreedor.

<sup>1363</sup> Debe aclararse que la autenticidad en sentido amplio la otorga el funcionario público a quien la ley le ha otorgado la facultad de dar fe pública; pero, en strictu sensu, podemos señalar que es aquel acto cuya certeza legal se conoce, por eso se sabe que emana de aquel a quien se le atribuye. Es decir, existe una certeza legal de autoría, aunque no haya intervenido un funcionario público. En el caso específico, certeza de que el Banco recibió el depósito de dinero expresado en la planilla y validado por el propio Banco.

de la Institución Bancaria y con la firma del depositante,<sup>1364</sup> pero el acreedor (beneficiario del depósito) no ha intervenido en su formación, lo que es de la esencia de las tarjas; ni siquiera – el acreedor – conserva alguna de las planillas (patrones), ya que una la mantiene en su poder el depositante y la otra la Institución Bancaria (tercero) que recibió los fondos.

Ante esa circunstancia, pensamos que el juez debe otorgarle eficacia al depósito de dinero efectuado por el deudor (depositante) en un Instituto Bancario con destino a la cuenta del acreedor (beneficiario), si se estableció en un convenio previo que se procediera de esa manera, ya que si no fue pactado, no podría determinarse la razón o motivo del depósito. Sin embargo, si el acreedor objetare el depósito de la suma efectuada en el Banco, de acuerdo a lo reflejado en la planilla de depósito consignada en el expediente, aduciendo que la cantidad no se acreditó en su cuenta, porque el cheque mediante el cual se hizo el depósito no fue pagado, independientemente de la causa de ello; en este caso corresponderá al deudor comprobar que positivamente el pago se hizo efectivo, con una certificación del Banco en contra del cual se giró el cheque indicado en la planilla, o una certificación del Banco receptor del depósito, que declare que el dinero se acreditó en la cuenta del acreedor.<sup>1365</sup>

En el caso de que sea el propio cuentahabiente o quien represente sus intereses el que proceda a efectuar el depósito de dinero, para que se acredite en su cuenta una cantidad determinada; debe advertirse que aunque se debe cumplir con el procedimiento indicado para llenar la planilla y la subsecuente validación de ella por parte del Banco receptor de los fondos, la diferencia consiste en que en este caso la formación de la planilla incumbe a las dos partes interesadas, es decir, el depositante (cuentahabiente) y el Banco receptor; y el dinero que se deposita debe ser devuelto o restituido al depositante, en las condiciones establecidas en el contrato y en la ley. Por ello, en caso de inconformidad entre el

<sup>1364</sup> Si bien es cierto que las firmas y el sello pueden ser falsificadas, ello emergerá del respectivo juicio en el que los interesados harán las impugnaciones correspondientes.

<sup>1365</sup> En ambos casos puede requerirse la información, mediante la prueba de Informes contemplada en el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, aunque también existen otras formas de acreditar el hecho en el expediente.

cuentahabiente y el Banco, el depósito se comprobará con la planilla, la que es un documento, en cuya formación intervinieron las dos partes contratantes, con la simbología de la autenticidad, sello y firma del Banco receptor (la suscribe el cajero que actúa en representación del Banco). Por ello, si la planilla fuere falsificada o alterada, por parte del cuentahabiente a fin de acreditar el depósito de fondos que no se hicieron o dejar constancia de una suma mayor a la realmente depositada,<sup>1366</sup> el Banco tendría la oportunidad de impugnarla y se tramitaría el procedimiento que corresponda, de acuerdo a lo alegado, al desconocimiento de firma o tacha de documento privado, de adecuarse a las causales previstas en la ley,<sup>1367</sup> que como vimos supra no podrían ser aplicables a las tarjetas, salvo la correspondiente a que en el cuerpo de la escritura se hubiesen hecho alteraciones materiales, por lo expresado supra.

En el supuesto de “los recibos de gastos domésticos comunes”, tampoco estos constituyen tarjetas, como lo afirma la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo al contenido de las sentencias indicadas precedentemente, en virtud de que dichos recibos (facturas<sup>1368</sup>) son emitidos por la empresa prestadora del servicio y en cuya elaboración no interviene para nada el usuario (cliente) del servicio. Hemos visto que es de la esencia de las tarjetas que ambos contratantes intervengan en la elaboración del documento, al acoplar los patrones que cada uno debe conservar a fin de estamparle la muesca o la raya que identificará cada entrega, lo que no acontece con “los recibos de gastos domésticos comunes”, que insistimos son emitidos por las empresas que proveen los respectivos servicios. En estos casos nos encontramos en presencia de contratos de ejecución periódica,<sup>1369</sup> los que se hacen

<sup>1366</sup> Esta hipótesis es bastante difícil que pueda suceder, ya que como indicamos el Banco valida el depósito, y la máquina que opera el cajero receptor, expresa la cantidad a que se refiere la planilla, por lo que si hubiera algún error, el cliente tiene la posibilidad de efectuar un reclamo de inmediato.

<sup>1367</sup> Ver artículo 1381 del Código Civil.

<sup>1368</sup> De manera general, podemos afirmar que la factura es un documento en el que se reseña una operación comercial o la prestación de algún servicio. Aunque usualmente se les vincula con la compra venta. Lo corriente es encontrarse con las facturas simples u ordinarias, en las que se detalla la entrega del producto o bien adquirido, o del servicio prestado, de ser el caso, con la indicación del impuesto que se ha generado con la operación detallada.

<sup>1369</sup> Ejemplo de ello, serían los de suministro eléctrico, agua o telefonía bien sea fija o móvil.

en los plazos convenidos y con la regularidad establecida en el contrato que para la prestación del servicio celebra la empresa con el cliente.

Por ello, si tomamos como ejemplo el suministro de energía eléctrica, se constata que en la factura que emite la empresa prestadora del servicio, que es escrita y no ágrafa, que está hecha en un material que no es perdurable, que no tiene dos partes análogas o parejas a fin de que cada uno de los contratantes conserve un patrón, en la que solamente tiene un talón desprendible para el uso exclusivo de la empresa o de los agentes autorizados al cobro de la factura, con la finalidad de llevar el control de aquellos clientes que han pagado y la oportunidad en que el pago se efectuó. Entonces, al no existir las dos mitades iguales, con la incisión que permita ajustarlas entre sí, para efectuar paralelamente las muescas o rayas, no podríamos concluir que dichas facturas son tarjas.

Ahora bien, si analizamos someramente la factura emitida por la empresa que suministra el servicio de electricidad, tenemos que está compuesta de dos partes. En la primera de ellas (izquierda) expresa, además de la fecha de emisión y siglas correspondientes a registros internos, el nombre y apellido del titular del contrato con la indicación de su número de cédula de identidad, el señalamiento del número de cuenta del contrato; la dirección de suministro del servicio y el nombre y apellido del responsable del pago y la dirección de notificación para dichos fines. De seguidas expresa los servicios facturados,<sup>1370</sup> y los montos de cada uno de ellos de forma independiente, aunque después los totaliza. En la segunda de ellas (derecha) especifica todo lo que tiene que ver con el servicio de electricidad, al señalar el comportamiento del consumo por parte del cliente en diversos meses a fin de que este se percate de la razón del monto facturado, el tipo de tarifa de acuerdo a la clase de residencia o local en la que se suministra el servicio, y el número del medidor del que se hace la lectura a fin de determinar el consumo de energía, que corresponde a la diferencia entre la anterior (última medición efectuada) y la actual, es decir, la que se lleva a cabo para determinar el monto a cobrar y, por supuesto, el período de la facturación.

---

<sup>1370</sup> Esto se explica porque la empresa Electricidad de Caracas, posteriormente Corpoelec, en la misma factura pero especificado de manera independiente cobra los servicios de electricidad, de aseo urbano domiciliario y de relleno sanitario.

Si tomamos la facturación de otro servicio, como lo es el de telefonía fija, debemos remitirnos a lo antes expuesto, en el sentido de que la factura que emite la empresa prestadora de ese servicio, es escrita y no ágrafa, que está hecha en un material que no es perdurable (papel), que no tiene dos partes análogas o parejas a fin de que cada uno de los contratantes conserve un patrón. Entonces, al no existir las dos mitades iguales, con la incisión que permita ajustarlas entre sí, para efectuar paralelamente las muescas o rayas, no podríamos concluir que las facturas emitidas por la empresa de telefonía sean tarjetas.

Si analizamos también de forma rápida la factura que emite la empresa de telefonía, tenemos que está compuesta de una sola página en la que se señala de manera expresa que es “una factura”, con las indicaciones propias de la identificación de la cuenta, del titular del contrato con expresión de su nombre y apellido y cédula de identidad, la fecha de emisión y vencimiento de la factura, la dirección del sitio en que se ubica el teléfono fijo, los cargos anteriores y los cargos del mes, en el que se precisa la renta básica, llamadas locales, nacionales, internacionales y servicio de internet, el descuento (si procediera), y el impuesto, para totalizar el monto.

En ambos casos, es decir, de las facturas analizadas correspondientes a la prestación de servicios domésticos, no existe similitud alguna con las tarjetas, porque no se cumplen con los requisitos de elaboración de ellas, convirtiéndose en estos casos en un requerimiento de pago que hace la empresa que suministra el servicio (acreedora) al cliente (deudor), de acuerdo a las estipulaciones previstas en el contrato que los vincula y en las regulaciones legales. Por tanto, en los casos analizados, tenemos que el monto facturado depende del uso del servicio por parte del cliente, el que es supervisado por la prestadora del servicio a los fines de facturar el consumo, por lo que en la medida en que requiera mayor cantidad de energía o realizar mayor número de llamadas telefónicas, la facturación se incrementará, de acuerdo a los registros de cada una de las empresas, la de energía eléctrica por la lectura del medidor como antes se expresó; la de telefonía por los impulsos registrados al utilizar el teléfono. Sin embargo, se debe insistir que dichas facturas son emitidas unilateralmente por la empresa que preste el servicio, por lo que no hay participación alguna del cliente en su elaboración.

Debe observarse que las empresas prestadoras de servicios, a los fines de facilitar el pago de las facturas, han llegado a convenios con Instituciones Bancarias, para que estas se conviertan en agentes de cobro, para lo cual – los Bancos – elaboran planillas de depósitos para el pago de los correspondientes servicios, en las que en algunos casos aparece impresa en la propia planilla el nombre del titular de la cuenta,<sup>1371</sup> además de los demás requerimientos expuestos de manera precedente,<sup>1372</sup> a los fines de que el cajero pueda proceder a la validación de la planilla de depósito, de la forma indicada supra y la suma se acredite en la cuenta del prestador del servicio. En otros casos, las planillas de depósito, además de requerir el nombre y la firma del depositante, exigen el nombre del cliente y la identificación de este con su cédula de identidad o Registro de Información Fiscal (RIF), en el supuesto de que sean personas distintas, pero la planilla de depósito para el pago del servicio, contiene las mismas exigencias a la que se ha hecho referencia precedentemente, para su validación por el ente receptor.

A los fines probatorios podemos analizar dos supuestos, a saber: A) El primer supuesto estaría referido a que una persona distinta al titular del contrato es quien usa el servicio, y debe demostrarle a este el pago por la prestación de ese servicio, que le ha sido proporcionado por la empresa respectiva, por ejemplo, por ser arrendatario del inmueble al que se facilita el servicio. Ante esta circunstancia la presentación de la factura debidamente cancelada por la empresa operadora o sus agentes autorizados de cobro, haría prueba de ello, habida cuenta de que estamos en presencia de un documento auténtico (*strictu sensu*), por tener certeza de quien emana (la empresa que presta el servicio), y el pago lo certifica la propia acreedora o su agente, al estampar en la factura la recepción del pago y la oportunidad en que se efectuó, validado con el sello que le imprime.<sup>1373</sup> Por tanto, no hay duda alguna de que efectivamente fue pagada la contra prestación por el servicio recibido, en el período que está indicado en la propia factura. Si se le imputara a este

<sup>1371</sup> Un ejemplo de ello es el Banco Venezolano de Crédito, con la empresa Telefónica Movistar, en la que aparece impresa en la planilla respectiva el nombre de TELCEL, C.A.

<sup>1372</sup> En el ejemplo anterior, el Banco que recibe el pago por medio de la planilla de depósito, solamente permite que se haga en efectivo o en cheque librado en contra del mismo Banco.

<sup>1373</sup> Otro símbolo de la autenticidad.



tercero la falta de pago, correspondería al tercero demostrar que efectivamente hizo el pago, presentando la factura debidamente cancelada, como se ha expresado. En caso de haberla extraviado, la empresa operadora del servicio puede expedirle una solvencia que haría las veces de la factura cancelada o se le pudiera requerir que informara, de acuerdo a sus libros y papeles, si el contrato correspondiente a una cuenta determinada, tiene alguna deuda pendiente.<sup>1374</sup> B) El otro supuesto está referido a que el propio titular del contrato debe demostrar a la empresa que suministra el servicio su solvencia. En este caso, aunque la factura sigue siendo auténtica, por lo mencionado anteriormente, la prestadora del servicio que es parte en el juicio, tiene la posibilidad de impugnar la factura, si hubiere alguna razón legal para ello; en caso contrario la factura cancelada obraría en contra de la prestadora del servicio, por haber emanado de ella no solo la factura sino la validación del pago efectuado por el cliente. En el supuesto de que el pago se haya efectuado por medio de una planilla de depósito bancario, de acuerdo a lo indicado anteriormente, nos remitimos a lo expuesto supra, con respecto a la validez de las planillas de depósito bancario. Si el reclamo proviene del cliente por estimar que la facturación es excesiva o que no recibió el servicio por el cual se le está cobrando, la situación es distinta, ya que al cliente alegar un hecho negativo como es de no haber recibido el servicio, queda en cabeza de la empresa prestadora del servicio que efectivamente lo suministró y el cliente lo recibió; si se refiere el punto de reclamo al cobro excesivo por el servicio suministrado, al cliente se le hace muy difícil poder comprobar dicha circunstancia, por lo que habría que aplicar en este caso la teoría de la carga dinámica de la prueba, quedando en cabeza de la suministradora del servicio comprobar dicha circunstancia,<sup>1375</sup> es decir, que el cliente consumió lo que se le está facturando.

<sup>1374</sup> Podría promoverse la prueba de Informes o por Información, prevista en el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>1375</sup> La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia asumió esta tesis en la sentencia 1419, proferida el 10 de julio de 2007, en la que determinó que en los casos en que un cliente desconozca un consumo efectuado con su tarjeta de crédito, la carga de la prueba la tiene la entidad bancaria, pues el cliente no tienen ningún control sobre los sistemas de seguridad de los Bancos y los comercios.

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 292, dictada el 3 de mayo de 2016, asumió la Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas, y dictaminó

Como hemos visto, pensamos que no son asimilables a las tarjetas “los recibos de gastos domésticos comunes” y “las planillas de depósito bancario”, como lo dictaminó la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en las sentencias mencionadas, pero ello no le resta a dichos documentos su valor probatorio como hemos indicado, por lo que harían fe de su contenido, de acuerdo a lo que hemos expresado.

## 10. CONCLUSIONES

En conclusión de lo expresado, podemos señalar lo siguiente:

- 1) Las tarjetas son documentos representativos, por ser ágrafos y no tener ninguna simbología que garantice su autenticidad.
- 2) Las tarjetas están compuestas de dos patrones que deben encajar al juntarlos, en los que se hacen muescas o rayas que concuerdan al confrontarlos.
- 3) Las tarjetas son de madera o de cualquier otro material que sea durable.
- 4) Cada una de las muescas o rayas representan las entregas que se han realizado entre las partes, o bien cada una de ellas una suma o cantidad determinada de dinero.
- 5) Las entregas o cantidades que se representan en las tarjetas se refieren a operaciones al detal o parroquianas.
- 6) Las tarjetas deben ser elaboradas por ambas partes contratantes, al efectuarse la muesca o la raya de manera coetánea con la entrega de la mercancía.
- 7) Las tarjetas no pueden ser objeto de desconocimiento, por no estar suscritas; solamente podrían impugnarse si se alteraren para incrementar o suprimir las muescas.

---

que recaerá la carga de la prueba en quien se encuentre en mejor condición de aportarla con el objeto de lograr una verdad objetiva, por lo que si bien ambas partes, a través de los medios probatorios deben llevar al juez a la convicción de la verdad de sus alegatos, corresponderá la carga de la prueba a quien cuente con más elementos materiales, a quien tenga la mejor posibilidad de acreditar la verdad de los hechos.

Desde el punto de vista legislativo se ha aceptado dicha tesis en la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico.

- 8) En caso de extravío de alguno de los patrones, se debe aceptar como cierto el que sea presentado.
- 9) Las tarjetas hacen fe entre las partes de las entregadas representadas en ellas, siempre y cuando se hagan entre personas que acostumbren comprobar con ellas las provisiones que hacen o reciben en detal. Por ello, no podrían valorarse como si fueran indicios.
- 10) Los recibos de gastos domésticos comunes y las planillas de depósito bancario, no son tarjetas ni pueden asimilarse a ellas.
- 11) Los recibos de gastos domésticos comunes y las planillas de depósito bancario, constituyen prueba documental.

## 11. BIBLIOGRAFIA

- CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario de Derecho Usual. Editorial Heliasta. S.R.L. 7ª. Edición.* Buenos Aires. Argentina. 1972. Tomo III.
- CABRERA ROMERO, JESÚS EDUARDO. *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre,* Editorial Jurídica Alva. Caracas 1989. Tomos I y II.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. *Sistema de Derecho Procesal Civil. Traducción Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo.* Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. Buenos Aires. Tomo II.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Legislación Económica C.A. Caracas. Venezuela. 1986.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría General de la Prueba Judicial.* Victor P. De Zavalía – Editor. Buenos Aires. 1981. Tomo II
- DOMINICI, ANIBAL. *Comentarios al Código Civil venezolano.* Tomo III. , comenta artículo 1303.
- ORMARZÁBAL SÁNCHEZ, GUILLERMO. *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos.* Edit. La Ley. Madrid. 2000.
- PARRA QUIJANO, JAIRO. *Manual de derecho probatorio. Sexta edición.* Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 1996.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española.* Décima Novena Edición. Madrid. 1970.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española.* Vigésima Segunda Edición (en línea). Madrid. Espasa. 2001.

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Asociación de Academias de la Lengua Española. *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., Edición del Tricentenario, [en línea]. Madrid: Espasa, 2014.
- SANOJO, LUIS. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*. Reimpresión de la Primera Edición. Imprenta Nacional. Caracas. 1873. Tomo 3.
- SERRA DOMINGUEZ, MANUEL. *Estudios de derecho procesal*. Ediciones Ariel. Barcelona. 1969.
- TORO, MARIBEL. *Valor Probatorio de las Notas de Consumo de Servicios Públicos*. En Revista de Derecho Probatorio. N° 9. Págs. 355 – 360. Editorial Jurídica Alva. Caracas. 1997.
- VIADA, CARLOS – ARAGONESES, PEDRO. *Curso de derecho procesal penal*. Madrid 1968. Tomo I.

## RESUMEN

En el presente trabajo se aborda un medio probatorio primitivo, que se encuentra en desuso, pero que se ha asimilado a otras figuras documentales a fin de otorgarle eficacia. De allí, es que a esos documentos, jurisprudencialmente se le ha equiparado a Las Tarjas, por lo que se analizan y contrastan ambos, a fin de concluir si es acertada o no la relación que de ellos se ha hecho por vía de doctrina jurisprudencial.

## PALABRAS CLAVE

Patrón  
Muesca  
Entrega

## KEYWORDS

Pattern  
Notch  
Delivery

**EL SENTIMIENTO MORAL  
EN ADAM SMITH (1723-1790)  
Y JACQUES MARITAIN (1882-1973).  
PROF. JULIO RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA.**

*A Enrique Pérez Olivares que nos acercó a la sabiduría de Maritain*

“¿Y qué pasa si simplemente todos estamos equivocados? ¿Y si Nietzsche y Hegel nos han engañado y realmente existen unos valores morales? ¿Y si todo este tiempo hubiéramos debido estar hablando de ellos?”

ALBERT CAMUS

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata de poner sobre el tapete dos formas de concebir la moral en tiempos diferentes. Ello no impide contrastar sus ideas tratando de buscar esa sabiduría común en un esfuerzo intelectual que pretende dar explicaciones a uno de los temas centrales de nuestro existir: ¿Cómo debemos vivir?

Adam Smith y Maritain podrían compartir, curiosamente, un hecho común ya que ambos vivieron en Toulouse por cierto tiempo. Smith poco tiempo probablemente desde marzo de 1764 hasta el otoño de 1765<sup>1376</sup>.

---

<sup>1376</sup> La estadía de Smith en Toulouse con el joven duque de Buccleuch del cual era tutor ha sido ampliamente comentada en las biografías de Adam Smith como la de Ian Simpson Ross. Por ejemplo señala: ¿Por qué Toulouse fue escogida como la residencia del tutor y del pupilo durante la mayor parte de su estadía en Francia? ... probablemente por las recomendaciones de su clima suave, la decorosa forma de vida provincial y la presencia de un Parlamento (Parlement) que era el segundo en importancia en Francia.

El biógrafo de Smith que comentamos menciona entre varios hechos que llamaron la atención de Smith el juicio a Jean Calas en Toulouse pocos años antes de la llegada de Smith. Dicho juicio por su evidente injusticia sacudió a toda Francia. Smith introduce las palabras de Calas previas a su ejecución en la última edición de *La Teoría de los Sentimientos Morales*. Ver la excelente biografía de Ian Simpson Ross: *The Life of Adam Smith*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1995, pp. 200 y ss. Edición Electrónica de Amazon Kindle.

Adicionalmente debemos señalar que es común para los biógrafos de Smith referirse a su breve estadía en Toulouse para señalar que muy probablemente ideas presentes en su obra

Por su parte Maritain vivió en Toulouse a partir de 1961 y allí entre otras obras escribió *Le Paysan de la Garonne*. En ese libro se refiere usando sus propias palabras, a “un viejo laico que se interroga a propósito del tiempo presente”<sup>1377</sup>.

Adam Smith pudiera ser conocido hoy como uno de los precursores del liberalismo económico y acérrimo defensor del mercado libre de interferencias del Estado. Pero fundamentalmente Smith se consideraba un filósofo, de hecho se refería a la *Teoría de los Sentimientos Morales* como su mejor obra. No ha sido fácil que su obra filosófica conviviera con la “económica” en el sentido de la difusión que esta última alcanzó. Tampoco era sencillo dejar algo absolutamente original, si cabe la palabra, dentro del renombre alcanzado por los grandes filósofos de la ilustración escocesa del siglo dieciocho: Hume, Hutcheson y Reid. Al respecto sirvámonos del siguiente comentario de Anthony Kenny para ilustrar lo que pretendemos significar:

Adam Smith se ganó su puesto en la historia de la economía, pero él ejerció la cátedra de lógica y filosofía moral en la Universidad de Glasgow y en 1759 publicó la *Teoría de los Sentimientos Morales*. En esta obra él insiste en el énfasis de Hume en el papel que “la simpatía” (sympathy) juega como elemento fundamental de los juicios morales presentando un análisis más complejo de la simpatía como tal y de su relación con la moralidad<sup>1378</sup>.

No obstante vemos que en recientes épocas el interés por la obra filosófica de Smith parece adquirir algún grado de importancia que no

---

más conocida *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* que empezaron a ser reflexionadas en la época de Glasgow recibieron mayor análisis en Toulouse. En tal sentido se señalan temas como: división del trabajo, fluctuaciones y tamaño de los mercados, sistemas agrícolas y comerciales, el rol del transporte y la lucha por la libertad económica. En tal sentido puede verse la Introducción a *La Riqueza de las Naciones* de Max Lerner en: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* by Adam Smith. The Modern Library, New York Random House, 1937, pp. VII y ss.

<sup>1377</sup> El libro que figuró durante semanas con las mejores ventas según L'Express es comentado en un profundo estudio por mi profesor de Toulouse René Mougel en *Le Payson de la Garonne genèse et lignes de fond*. Ver Review de Sciences Religieuses. Rene Mougel, 2007. [https://philpapers.org>rec>moulp](https://philpapers.org/rec/moulp).

<sup>1378</sup> KENNY, Anthony. *Western Philosophy (A New History of)* Clarendon Press, Oxford, 2010, p. 566.

podemos pasar por alto. Roger Scruton en sus comentarios iniciales acerca de la *Filosofía Moderna* señala: “Cada momento un pensador del pasado es redescubierto como un gran filósofo y luego hace la transición de la historia de las ideas a la historia de la filosofía. Eso sucede recientemente con Adam Smith”<sup>1379</sup>.

En efecto la obra de Smith ha sido objeto de consideraciones recientes con una visión mucho más amplia que la economía. Tal es el caso del estudio colectivo intitulado: *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*. Edited by Ryan Patrick Hanley<sup>1380</sup>.

Lo que debemos señalar es el creciente interés por Smith no solo como economista sino como creador de un sistema ambicioso de la moral en el cual la jurisprudencia es vinculada y que tiene enormes repercusiones para el derecho y la manera (policy) en que el Estado maneja los asuntos de los ciudadanos. Independientemente de la importancia que su visión haya tenido en autores como Hayek existen temas morales (sentimientos) relativos a la forma en que una sociedad debe mostrarse sana para poder generar las normas de convivencia necesarias para poder hacer posible la convivencia de sus ciudadanos. Probablemente el tema es enormemente sensible para un país como el nuestro en las circunstancias actuales independientemente del sustrato teórico que los autores que consideramos expresan. En todo caso tal como lo expusieron Smith y Maritain no hay un tema –posiblemente pocos– en la filosofía que tenga más repercusiones prácticas sobre nuestras vidas que el moral.

Por otra parte debemos mencionar que Maritain, en la obra que conocemos nunca se refirió a Smith tal como lo hizo de Bergson cuya obra moral es comentada por él. En tal sentido señala:

La obra de Bergson es muy significativa a este respecto, porque ha señalado un retorno a una concepción así, a un sistema de moralidad que presupone una metafísica y el compromiso del hombre en la estructura del universo, compromiso sin el cual la vida moral no tiene sentido. Empero este retorno bergsoniano era necesariamente

<sup>1379</sup> SCRUTON, Roger. *Modern Philosophy*, Penguin Books, New York, 1994, p. 14.

<sup>1380</sup> Ver *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, Edited by Ryan Patrick Hanley, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2016. Edición Electrónica de Amazon Kindle.



incompleto porque la metafísica bergsoniana en sí misma era insuficiente y no tenía suficientemente en cuenta el instrumento esencial de la metafísica, esto es la razón<sup>1381</sup>.

Maritain por su parte era un filósofo integral que logró concebir un sistema de filosofía moral capaz de encajar perfectamente en su modelo filosófico. Sus reflexiones morales son un capítulo más en una obra integral que ambicionó acercarse a la verdad. Tal como señalamos en *El Campesino de la Garona*:

Siguiendo la tradición clásica de Sócrates, para Maritain, una filosofía moral puede ser caracterizada como una ética cósmica realista. Si tratamos de desarrollar estos conceptos, vemos como el elemento cósmico nos refiere a la situación del hombre en el mundo; el elemento realista está fundado en realidades que podemos calificar como extramentales, que constituyen el objeto de la metafísica y de la filosofía de la naturaleza; y por último, la expresión ética hace básicamente referencia a una ética experimental y normativa<sup>1382</sup>.

La filosofía moral de Smith ha sido calificada de “humeana” por su relación con uno de los filósofos más notables de la ilustración escocesa del siglo dieciocho. No obstante tiene elementos propios como “el espectador imparcial” que han continuado marcando camino en muchos filósofos morales que han tratado de descifrar el predominio de lo social, psicológico o normativo del concepto. Para algunos la *Teoría de los Sentimientos Morales* es una obra pionera en la psicología social. Pat Moloney comentando la obra de Smith que analizamos en este trabajo señala: “...en la Teoría de los Sentimientos Morales Smith deriva el orden político, la conformidad social, el progreso económico, y la

---

<sup>1381</sup> MARITAIN, Jacques. *Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1966, p. 26.

En el análisis de este estudio hemos utilizado la versión en español recién mencionada del Círculo de Lectores que cuenta con la competente traducción de María Mercedes Bergadá. No obstante la anterior versión ha sido comparada a los efectos de la precisión requerida con la versión original: *Neuf Lecons Sur Les Notions Premieres de la Philosophie Morale* publicada por Pierre Téqui en París, 1965.

<sup>1382</sup> RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio. *El Campesino de la Garona. Breve Introducción al Pensamiento de Jacques Maritain*. Caracas, 2009, p. 69.

conducta moral de la red de relaciones de simpatía (sympathetic) que vinculan a los individuos entre ellos”<sup>1383</sup>. En todo caso el alcance parece más ambicioso que el de Hume para quien “la meta de toda especulación moral es enseñarnos nuestro deber, y mediante representaciones adecuadas de la fealdad del vicio y de la belleza de la virtud, engendrar en nosotros los hábitos correspondientes que nos lleven a rechazar el uno y abrazar la otra”<sup>1384</sup>.

En el fondo el carácter de la obra de Smith está impregnada de la teoría de los sentimientos de Hume para quien sí extinguimos estos la moral no existiría<sup>1385</sup>. Pero probablemente Smith va más allá al convertir al “sympathetic movement” de Hume en una teoría mucho más elaborada acerca de cómo nos relacionamos con los demás para criticarlos o admirarlos (también puede ser para premiarlos o sancionarlos)<sup>1386</sup>.

Pero si bien Hume no puede ser considerado como utilitarista a pesar de tener una gran influencia sobre la ética de esta naturaleza<sup>1387</sup>. Su seguidor, en varios temas de filosofía moral, parece separarse del utilitarismo. En efecto Smith trata aunque sin ignorarlo totalmente de tomar distancia del utilitarismo. En tal sentido señala:

<sup>1383</sup> SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*. Introduction by Pat Moloney. Barnes and Noble, New York, 2004, p. XIII.

<sup>1384</sup> HUME, David. *Investigación sobre los Principios de la Moral*. Filosofía, Alianza Editorial, Traducción, Prólogo y Notas de Carlos Mellizo, Madrid, 2006, p. 37.

<sup>1385</sup> HUME, David. *Ob. cit.*, p. 37.

<sup>1386</sup> El texto completo de Hume es el siguiente: “dondequiera que vayamos y cualesquiera que sean los objetos de nuestra reflexión o de nuestra conversación, todas las cosas nos ofrecen un panorama de felicidad o de miseria humana, y suscitan en nuestro corazón un movimiento simpático de placer o de disgusto”. Ver HUME, David, *ob. cit.*, p. 100.

<sup>1387</sup> Roger Scruton señala: “Aunque Hume no era utilitarista, él ofreció una declaración del principio de utilidad que hasta nuestros días ha ocupado un lugar preponderante en la ética de habla inglesa. Ver SCRUTON, Roger, *ob. cit.*, pp. 281 y ss. Parte de la argumentación de Scruton pudiera ejemplificarse con el siguiente texto de Hume: “Parece un hecho que la circunstancia de la utilidad es una fuente de alabanza y de aprobación; que es algo a lo que constantemente se apela en todas las decisiones relacionadas con el mérito y el desmérito de las acciones, que es la sola fuente de ese gran respeto que prestamos a la justicia, a la fidelidad, al honor, a la lealtad y a la castidad; que es inseparable de todas las demás virtudes sociales, tales como el humanitarismo, la generosidad, la caridad, la afabilidad, la indulgencia, la lástima y la moderación; y en una palabra, que es el fundamento principal de la moral que se refiere al género humano y a nuestro prójimo”. Ver HUME, David, *ob. cit.*, p. 112. Igualmente ver las siguientes páginas: 46, 51, 80, 88, 97, 115 y 159.

... El mismo ingenioso y agradable autor que primeramente explicaba por qué la utilidad satisface, se impresionó mucho con esta manera de ver las cosas como para resolver nuestra total aprobación de la virtud dentro de la percepción de estas especies de belleza que resulta de la apariencia de utilidad. Ningunas cualidades de la mente, señala, son aprobadas como virtuosas, pero ellas son útiles o agradables ya sea para la propia persona o para otros; y ninguna cualidad es desaprobada como viciosa, pero eso representa una tendencia contraria. La naturaleza, sin embargo, pareciera que ha ajustado alegremente nuestros sentimientos de aprobación o desaprobación, a la conveniencia tanto del individuo como de la sociedad, eso después del estricto examen que lo comprobó, yo creo que esto es un caso universal. Pero yo todavía afirmo, que no es la visión de esta utilidad o falta de utilidad (daño) la fuente principal de la aprobación o de la desaprobación. Estos sentimientos son, sin duda, mejorados y revividos por la percepción de belleza o deformidad que resulta de esa utilidad o falta de la misma (daños). Pero todavía yo digo, ellos son original y esencialmente diferentes de esta percepción<sup>1388</sup>.

Smith fue no solo un hombre de su tiempo sino alguien capaz de relacionar dentro de un estudio de moral las potenciales ideas capaces de vincular la misma con el derecho y la forma de conducir a las sociedades en un aspecto poco considerado como el económico. Fue capaz de reivindicar el pragmatismo de Solon que predicaba no el mejor sistema legal sino el que los ciudadanos podrían soportar<sup>1389</sup>. Pero a la vez era capaz de construir un sistema moral en el cual el hombre sabio y virtuoso es capaz de ceder sus intereses privados ante los públicos<sup>1390</sup>. Lo anterior parece desvirtuar los simplismos con los cuales encasillamos en el pensamiento de hoy a los pensadores por sus productos finales sin indagar las líneas fundamentales de su desarrollo. Pudiera parecer que Smith con su teoría de la “mano invisible del mercado” predicaba sólo una forma de capitalismo incipiente en que la libertad económica era capaz de determinar los resultados independientemente de las

<sup>1388</sup> SMITH, Adam, ob. cit. p. 221.

<sup>1389</sup> SMITH, Adam, ob. cit. p. 279.

<sup>1390</sup> SMITH, Adam, ob. cit. p. 282.

consecuencias morales o sociales de los mismos. En realidad la teoría moral de Smith predicaba el advenimiento de un hombre nuevo en el cual el autocontrol lo llevaba a ser capaz de actuar bajo las reglas de la perfecta prudencia, estricta justicia y benevolencia<sup>1391</sup>. Su teoría moral recurre a un recurso psicológico como es la imaginación para ponerse en lugar del que sufre. Forma particular de asumir una variante de solidaridad capaz de crear un vínculo social entre las personas<sup>1392</sup>. No obstante el esfuerzo central de Smith parece acabar su punto de madurez en el desarrollo de expresiones como piedad y pasión que son adecuadas para expresar nuestros sentimientos por los demás. En este sentido “simpatía” puede ser lo mismo pero expresa un sentimiento por los demás “sin pasión”<sup>1393</sup>.

En otro orden de ideas su análisis de los “motivos” ha sido seguido por muchos filósofos de la mente y tiene un terreno fértil de desarrollo en las teorías acerca de la acción intencional<sup>1394</sup>. Pero Smith es un hombre de un pragmatismo particular como muchos de los pensadores de su época. ¿Qué más fácil de determinar qué acciones humanas son acertadas y cuáles no?<sup>1395</sup>

Lo anterior, a diferencia en algunos aspectos de Hume, no le hace perder esa relación totalizante de la moral con Dios, la naturaleza y el derecho. Refiriéndose a los principios que gobiernan a la naturaleza humana señala: “... las reglas que ellos prescriben deben ser consideradas como las órdenes y leyes de la divinidad promulgadas por esos “vicegerentes” que la divinidad ha colocado entre nosotros”<sup>1396</sup>.

---

<sup>1391</sup> SMITH, Adam, ob. cit. p. 284.

<sup>1392</sup> SMITH, Adam, ob. cit. p. 4.

<sup>1393</sup> SMITH, Adam, ob. cit. p. 5.

<sup>1394</sup> SMITH, Adam, ob. cit. p. 91. El texto se refiere a la admiración que sentimos por el benefactor de otra persona y se expresa así: “As we cannot indeed enter thoroughly into the gratitude of the person who receives the benefit, unless we beforehand approve of the motives of the benefactor, so, upon this account, the sense of merit seems to be a compounded sentiment, and to be made up of two distinct emotions; a direct sympathy with the gratitude of those who receive the benefit of his actions”. Ver RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio, *Los Llamados Actos Intencionales en la Consideración del Filósofo de Hoy*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Tecni-Ciencia Libros, Caracas, 2017, pp. 17 ss.

<sup>1395</sup> SMITH, Adam, ob. cit. p. 185.

<sup>1396</sup> SMITH, Adam, ob. cit. p. 192.

En el fondo el sistema moral que Smith plantea y que extiende sus profundas raíces tanto a *The Wealth of Nations* como a sus *Lectures on Jurisprudence* están imbuidos por una filosofía moral que va más allá de la simple felicidad como fin último de nuestra estada terrenal. En tal sentido señala:

La preocupación por nuestra propia felicidad nos recomienda la virtud de la prudencia; la preocupación por otras personas, las virtudes de la justicia y de la beneficencia –la primera impide que le hagamos daño a los demás la otra nos mueve a promover la felicidad<sup>1397</sup>.

Las reflexiones anteriores de Smith desvirtúan de alguna manera esas creencias que muchos, con ideologías provenientes del marxismo, han difundido de los economistas para los cuales el ser humano es solo un productor y un consumidor de bienes.

Maritain fue un filósofo integral que logró poner en términos de su época todo un legado valioso de convivencia respetuosa entre la filosofía y la teología. Su ideal histórico de una “nueva cristiandad” nos sigue tocando el espíritu con temas como el pluralismo; la autonomía de lo temporal; la libertad de las personas; la unidad de los seres humanos; la necesidad de una comunidad fraterna y a defendernos de lo que él llamó “instintos de error”<sup>1398</sup>. A fin de cuentas Maritain tanto en

<sup>1397</sup> SMITH, Adam, ob. cit. p. 311. Las *Lectures on Jurisprudence* de Smith tienen una historia larga y muy bien documentada. Aparentemente los originales fueron mandados a destruir por Smith antes de su fallecimiento por no estar sujetos al grado de perfección deseado por él. Lo que conocemos son reportes tomados probablemente por algún asistente a su Curso de “Jurisprudence or Notes from the Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms delivered in the University of Glaslow by Adam Smith Professor of Moral Philosophy”. De los cursos anteriores conocemos dos versiones: la primera data de las sesiones de 1762 a 1763 y fue descubierta después de la segunda por John M. Lothian en 1958; la segunda data de 1763 a 1764 y fue descubierta por el profesor Edwin Connan en 1895.

Una interesante historia introductoria sobre esta materia puede ser revisada en la edición realizada por R.L. Meek, D.D. Raphael y P.G. Stein. Ver SMITH, Adam. *Lectures on Jurisprudence*. Liberty Fund. Indianápolis, 1982, pp. 1 y ss.

<sup>1398</sup> En el *Humanismo Integral* Maritain señala: “Hemos tratado de inspirarnos en esta investigación, tanto en los principios generales de Santo Tomás de Aquino como, si así puede decirse, en su reacción personal ante los conflictos de la historia. ¿Acaso no luché constantemente contra dos opuestos instintos de error? Por una parte, contra el instinto de inercia acumulativa de una escolástica retrasada, vinculada en la tradición cristiana a

las *Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral* (Neuf Lecons Sur les Notions Prèmières de la Philosophie Morale) como en el resto de su obra relacionada con la moral deja claro su orientación cósmica-realista siguiendo toda una tradición que empieza con los clásicos. En su análisis crítico de Bergson pone sobre la mesa los dos aspectos esenciales de *Le Deux Sources de la Morale et de la Religion* del autor comentado por él en lo relativo a la moral:

La presión que procede de las formaciones sociales y de la ley de temor al cual el individuo está sometido y la aspiración que viene del llamado de las almas superiores que comunican con el impulso del espíritu y penetran en el mundo, abierto al infinito, de la libertad y el amor, y trascienden los mecanismos psicológicos y los mecanismos sociales<sup>1399</sup>.

Cuando quiere asumir el sistema moral que él piensa se acerca más a la verdad señala:

En definitiva, no hay orden particular alguno que constituya el orden propio de la moral. De otra parte, para Santo Tomás, el orden de la vida moral, es decir, de la razón en cuanto práctica, en cuanto conduce la actividad del ser humano al verdadero fin de ese ser, constituye en el seno del orden metafísico universal, un orden particular más, fundado sobre ese orden; y Dios que es el señor y el principio del orden universal y de la vida universal, y que, a tal título no tiene contrarios y a quien nada resiste, es también –Él, que es el principio del ser– el señor y principio de ese orden particular que es el orden moral, y de esa vida particular que es la vida moral, en la cual el hombre puede oponer su rechazo a la voluntad divina; y la razón, si es la regla de los actos humanos, es tal en la medida que participa de esa ley eterna que es la sabiduría creadora misma<sup>1400</sup>.

---

elementos accidentales y perecederos; por otra parte, contra un instinto de disociación desgastadora representada en su época por el movimiento averroísta, que dio más tarde sus frutos en el humanismo antropocéntrico de los tiempos modernos”. Ver MARITAIN, Jacques, *Humanismo Integral*, Biblioteca Palabra, Madrid 1999, p. 255.

<sup>1399</sup> MARITAIN, Jacques. *De Bergson a Santo Tomás de Aquino*. Traducción de Gilberte Moteau de Buedo, Club de Lectores, Buenos Aires, 1967.

<sup>1400</sup> MARITAIN, Jacques. *De Bergson a ...* ob. cit., p. 57.

En este trabajo no pretendemos confrontar dos sistemas morales que se originan en épocas y concepciones filosóficas diferentes. El valor del análisis que pretende hablar de intuiciones comunes dentro de las diferencias pretende evidenciar la necesidad de la moral como elemento cohesionador de la sociedad y la falta de la misma como factor de disgregación y destrucción. Más que un esfuerzo filosófico-histórico se encamina –con la humildad que un intento de esta naturaleza requiere– a mostrar como dos filósofos de épocas distintas, notables por la grandeza de sus trabajos, se adentraron dentro de un tema crucial para el desarrollo de los tiempos que les tocó vivir. Probablemente en nuestra época debemos hacerlo en una Venezuela como la actual en la cual la revitalización de lo moral es exigencia básica de subsistencia social. Ciertamente los errores en la orientación vienen de maximizar el aspecto de “presión social” o imaginar que la misma es solución a todo e ignorar la dimensión “aspiracional” de la cual hablaba Bergson que en definitiva nos relaciona con lo trascendente.

El proceso de “revalorización moral” de una sociedad pasa por entender el fin último de acciones racionales y libres. Como mostrar la naturaleza y necesidad de la misma forma parte de ese proceso de regreso a lo esencial. Smith y Maritain lo trataron de hacer con la humildad del sabio que sabe que el camino de la perfección no está exento de errores<sup>1401</sup>.

---

<sup>1401</sup> Smith señalaba: “En todas las artes ingeniosas y liberales, en pintura, en poesía, en música, en elocuencia, en filosofía, el gran artista siempre siente la imperfección real de su propio trabajo y es más sensible que cualquier hombre cuando se queda corto en lograr ese ideal de perfección del cual él se hizo una idea”. Ver *Teoría de los Sentimientos Morales*, ob. cit., p. 295.

Maritain indicaba: “Por lo demás, yo no he soñado jamás con guiar a nadie, puesto que tengo bastante trabajo con guiarme a mí mismo, y ya es bastante hacer lo posible por decir la verdad tal como uno la ve”. Ver RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio. *El Campesino de la Garona*, ob. cit. p. 141.

## PRIMERA PARTE

### LA EXISTENCIA DE UN SENTIMIENTO MORAL EN SMITH Y MARITAIN

No requerimos indagar mucho para constatar que la obra de Smith se construye al igual que Hume sobre los sentimientos morales. En el caso de Maritain, la razón, como a lo largo de toda una filosofía que se nutre de la savia de Santo Tomás de Aquino, sirve de pilar fundamental a su pensamiento moral. En sus *Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral* señala:

Vemos al mismo tiempo que no hay intuición moral a la manera de un sexto sentido, ni sentimiento moral a la manera de una relación de la naturaleza, como lo creen algunos moralistas ingleses. Y vemos también que, por otra parte, es un contrasentido pretender, con la escuela positivista o sociologista reducir los valores a sentimientos subjetivos debidos a la impronta social y privados de todo contenido inteligible, de toda capacidad, de toda posibilidad de ser verdaderos o falsos<sup>1402</sup>.

Sin embargo, Maritain en su esbozo “de un análisis de las formas de la obligación moral” parece estar presente la idea nuclear de un “sentimiento”. Así se refiere al mismo:

Lo tomo como un hecho de la experiencia que aparece en todo análisis suficientemente correcto de la experiencia moral, ya se trate de las prohibiciones o de los preceptos positivos que están en juego en el comportamiento de los hombres; en ambos casos interesaría captar el sentimiento de la obligación moral en toda su extensión, en la medida en que, desde sus formas más inferiores hasta sus

---

<sup>1402</sup> MARITAIN, Jacques. *Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral*, ob. cit., p. 75. La crítica de Maritain se puede entender más claramente con el siguiente texto de Hume: “Pero después que cada circunstancia y cada relación son conocidas, el entendimiento no tiene ya más espacio en el que operar, ni ningún objeto en el que emplearse. La aprobación o la censura que entonces tiene lugar no pueden ser obra del juicio sino del corazón, y no consisten en una proposición o afirmación especulativa sino en un sentimiento activo”. Ver HUME, David. *Investigaciones sobre los principios de la Moral*, ob. cit., p. 187.



formas más elevadas, cubre toda la vida humana y todo el campo de la experiencia moral<sup>1403</sup>.

En Maritain es constante el análisis filosófico respetuoso de las fórmulas a través de las cuales podemos acceder al hecho y a la conciencia moral. Si partiéramos de un análisis exterior al hombre no podemos desdeñar lo que la historia de la cultura; la etnología y la sociología nos aportan. Desde el punto de vista interno del hombre puede usarse la introspección psicológica. La cual permite tomando datos primarios de la vida moral, como por ejemplo el arrepentimiento, dar explicaciones de lo que el filósofo moral quiere entender de la experiencia y conciencia moral. Para el filósofo francés el hecho moral es irreductible y original bajo ningún concepto puede confundirse con los hábitos y las obligaciones morales que lo parasitan. Si bien estos últimos ayudan, protegen y confortan a la vida moral pueden endurecerla y enmascararla<sup>1404</sup>.

En Maritain la conciencia se convierte en gran árbitro de nuestra actuación moral. Existe en él una manera particular de expresar el encuentro del hombre dotado de libertad frente a una realidad que a veces puede sentir que lo reduce a límites infranqueables.

Nadie mejor que el filósofo francés para expresarlo:

En la vida de cada día, cada vez que por motivos de conciencia – para tener una conciencia pura– abandonamos algo que realmente amamos, cada vez que nos elevamos por encima de todo lo que el mundo hace y piensa, a fin de tomar una decisión que juzgamos verdaderamente buena, la experiencia moral nos pone frente a una realidad que es esencialmente nuestra, que está enraizada en mi libertad personal, de tal suerte que toda persona exterior solamente tiene poder sobre mí en la medida en que yo quiero darle ese poder<sup>1405</sup>.

---

<sup>1403</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 113 y 114.

<sup>1404</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., p. 113.

<sup>1405</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 21 y 22. El punto de Maritain se desarrolla alrededor de sus críticas al sociologismo y de las contradicciones de su argumentación. En tal sentido señala: ...el sociologismo se destruye a sí mismo en cuanto que ninguna sociedad puede vivir sin una cierta base común de convicciones morales. Y el sociologismo explica que la validez absoluta de esas convicciones morales no es sino una imagen ilusoria, que refleja

Con toda razón en Maritain hay todo un esfuerzo por demostrar que no es la presión social ni los sentimientos colectivos los que explican el sentimiento radical de la obligación moral. Para él el sentimiento moral existe y es precisamente ese hecho el que fascinantemente permite a la presión social y a los sentimientos colectivos “penetrar” en el campo interior de la moralidad. La afirmación es contundente frente a formas relativistas de juzgar a la moral como un simple producto social carente de la objetividad racional requerida por la convicción moral.

Para Smith su análisis del sentimiento moral va a requerir una validación más importante de lo social enraizado dentro de un espectador imparcial capaz de aprobar o no aprobar el contenido de nuestros sentimientos morales. Anthony Kenny lo resume en la siguiente forma:

El juicio moral, él insiste, es esencialmente una iniciativa (enterprise) social: la persona llevada a una isla desierta no puede pensar más acerca de su propio carácter; de lo adecuado o no de sus propios sentimientos y conducta, de la belleza o de la deformidad de su propia mente tanto como de la belleza o deformidad de su propia cara. Necesitamos el espejo de la sociedad para mostrarnos a nosotros mismos: no podemos hacer ningún juicio de nuestros propios sentimientos o motivos a menos que estemos a alguna distancia nosotros mismos de ellos.

De ahí:

Yo me divido como si fuera dos personas. La primera es el espectador, cuyos sentimientos con respecto a mi propia conducta yo me

---

en la conciencia individual las estructuras y las necesidades históricas del grupo social. Cuando los miembros de las sociedades humanas hayan sido suficientemente ilustrados como para tomar conciencia de “estas verdades científicas”, en este momento se volverán conscientes de la total relatividad de la total falta de objetividad racional de toda convicción moral, de suerte que en ese momento una de las condiciones indispensables requeridas para a vida social se habrá desvanecido. Ver MARITAIN, Jacques, ob. cit., p. 22. La época actual ha reforzado el valor del relativismo como instrumento para permitir la discusión de temas alrededor de los cuales no hay acuerdo. En tal sentido señala Bernard Williams: “If we reflect on disagreements of a certain kind and come to the conclusion that they cannot be objectively settled, we may react by adopting some form of relativism. Relativism is not peculiar to ethics, it can be found in many places, even in the philosophy of science”. Ver WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, pp. 156 y ss.

esfuerzo que entren dentro de mí, colocándome en su situación, y considerando como me parecen a mí, cuando se ven desde ese particular punto de vista. El segundo es el agente, la persona que propiamente llamo yo mismo, cuya conducta, bajo el carácter del espectador imparcial, yo trato de formarme una opinión<sup>1406</sup>.

Es evidente la figura del espectador imparcial en Smith que tanta importancia ha tenido para la filosofía moral de influencia anglosajona. En Smith el desdoblamiento de la conciencia como yo y como los otros tendría una influencia notable en la psicología del siglo veinte. De cualquier forma la búsqueda de un espectador imparcial pareciera en Smith corregir las debilidades de la propia conciencia. Pero es más que eso. La “novedosa” figura de Smith logra colocarse a través de un “cambio imaginario” en la posición de los otros, lo cual se logra a través de la simpatía. Ciertamente hablamos de un proceso mental que es

<sup>1406</sup> KENNY, Anthony. *Western Philosophy*, ob. cit., p. 567. La crítica fundamental de Bergson a Smith se fundamenta en su olvido del tema de la conciencia moral que parece una conciencia (moral) socializada que se verifica con los otros. Así señala Bergson: Que ce moi social voit le “spectateur impartial” d’ Adam Smith, qu’ il faille l’identifier avec la conscience morale, qu’ on se sente satisfait ou mecontent de soi selon qu’ il est bien ou mal impressionné, nous n’irons pas jusqu’ a le dire. Nous decouvrons aux sentiments moraux de sources plus profondes”.

Ver BERGSON, Henry. *Les Deux Sources de la Morale et de la Religion* (1932). Edición de las obras completas. Amazon Kindle, pos 100.

En realidad no es que Smith niegue la influencia y la autoridad de la conciencia. En efecto en el Capítulo Tres de la parte Tercera de la *Theory of Moral Sentiments* señala: “Aunque la aprobación de la propia conciencia pueda escasear, en algunas ocasiones extraordinarias contiene la debilidad del hombre, aunque el testimonio del supuesto espectador imparcial que es el gran interno del corazón no pueda apoyarlo; sin embargo la influencia y autoridad de estos principios es en todas las ocasiones muy grande”.

En realidad para Smith es clave comparar los sentimientos nuestros con los de los demás proceso que se produce a través de la simpatía (simpathy) que en el mundo moderno puede ser equivalente a “empatía” y que tuvo gran importancia para la filosofía de los fenomenólogos como Santa Edith Stein.

Ver SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*, ob. cit., p. 160.

Ver la tesis doctoral de Edith Stein en: *The collected works of Edith Stein*. Sister Teresa Benedicta of the Cross. Discalced Carmelite. Volumen Three On the Problem of Empathy Third Revised Edition. Traslated by Waltraut Stein. Washington, 1989. Edición Electrónica de Amazon Kindle.

Ver REINACH, Adolf. *Los Fundamentos a priori del Derecho Civil*. Traducción de Mariano Crespo. Editorial Comares, Granada, 2010, p. 106.

momentáneo<sup>1407</sup>. En Smith existe todo un esfuerzo por leer “sentimientos morales” lo cual supone un alto grado de armonía y concordia entre los sentimientos de las personas en la sociedad<sup>1408</sup>.

Para Eric Schliesser todo sentimiento moral incluye tres características (1) cualquier deseo (aversión, alegría), (2) una idea de objeto social que provoca la pasión, (3) un sentido de nosotros mismos moviéndonos hacia arriba o hacia abajo en la estimación (interna) de un selecto grupo de observadores. Es la tercera característica, otros observando que hace posible que nuestras pasiones sociales sean capaces de convertirse en sentimientos morales. Cuando nuestras pasiones sociales incorporan los estándares del tipo correcto de observador ellas son propiamente morales. Smith califica a este tipo correcto de observador como el “espectador imparcial” (impartial spectator), cuyos sentimientos de simpatía son la precisa y distinta medida de la adecuación y corrección de nuestros sentimientos morales (TMS VII.ii.1.49)<sup>1409</sup>.

Pero indagando más en las ideas de Smith acerca de los sentimientos morales vemos como estos aparecen relacionados desde el comienzo de la *Teoría de los Sentimientos Morales* (TMS) con el “juicio” del espectador imparcial del cual hemos hablado. Ya entendamos en el lenguaje de Smith a los “sentimientos” como: sentimientos, pasiones o sensaciones y a la moral como “moral socializada” para usar la frase de Maritain, lo cierto es que desde el principio la TMS nos relaciona los sentimientos morales con la “internalización de los valores y las expectativas de la comunidad” para usar la frase de Eric Schliesser. De cualquier manera para Smith se produce un proceso de coincidencia de emociones a nivel simpatético entre el actor (persona en análisis)

<sup>1407</sup> SMITH, Adam, ob. cit., pp. 19 y 20.

<sup>1408</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 20.

<sup>1409</sup> SCHLIESSER, Eric. *The Theory of Moral Sentiments en Adam Smith His Life, Thought, and Legacy* Edited by Ryan Patrick Hanley. Princeton, University Press. Princeton, New Jersey, 2016, pp. 38 y ss.

El estudio de Schliesser contiene una interesante visión con respecto al “espectador imparcial” en Smith y sus derivaciones a temas tan centrales como la “conciencia” planteada por Bergson y nuestra capacidad de desligarnos de lo social en el supuesto de que ello no sea lo más conveniente para nuestros “intereses” morales. Vemos como siempre se plantea a lo largo de la filosofía moral la dicotomía bergsoniana entre “presión” y “aspiración” tal como lo plantea Maritain.

y el espectador que es lo que determina que la “pasión” sea calificada como justa y adecuada. Tal como señalamos Smith en las primeras líneas TMS afirma:

Cuando las pasiones originales de la persona en cuestión están en perfecta armonía con las emociones simpatéticas del espectador, ellas necesariamente aparecen como justas y propias para este último, y deseables para sus objetos; y lo contrario, cuando lleva el caso a casa por el mismo, encuentra que ellas no coinciden con lo que él siente, ellas necesariamente aparecen injustas e impropias para él, e indeseables para las causas que las provocan. Aprobar las pasiones de otro, por lo tanto, como deseables para sus objetos, es la misma cosa que observar que nosotros enteramente simpatizamos con ellas; y no aprobarlas como tales, es la misma cosa que observar que nosotros no simpatizamos con ellas<sup>1410</sup>.

En realidad pareciera que la valoración de nuestros sentimientos morales depende de la aprobación o no que hagamos de ellos desde el punto de vista del espectador imparcial. Más adelante veremos que el tema es más complicado pero este puede ser un buen punto de vista, para al menos inicialmente, explicar algunas notas del pensamiento de Smith. Algunas líneas adelante Smith refuerza los señalamientos anteriores indicando: “Cada facultad en un hombre es la medida por la cual él juzga una facultad parecida en los demás”<sup>1411</sup>.

“Ahora bien ¿cómo se genera un concepto distinto al de la propia conciencia que pueda constituirse en “el gran juez y arbitro de nuestra conducta?”<sup>1412</sup>.

Para llegar a responder la pregunta anterior probablemente debamos indagar, tal como lo hace Schliesser, en la génesis del concepto de

<sup>1410</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 13.

<sup>1411</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 16. Avanzando en la obra Smith señala: “Nosotros juzgamos lo correcto o no de los sentimientos de otra persona por su correspondencia o desacuerdo con los propios”. Ver SMITH, Adam, ob. cit. p. 17.

Al final el esfuerzo se concentra en buscar una calificación social común a los sentimientos. En este sentido señala Smith: “We can never survey our own sentiments and motives, we can never form any judgements concerning them, unless we remove ourselves, as it were, from our own natural situation, and endeavor to view them as at certain distance from us...”. Ver SMITH, Adam, ob. cit., p. 137.

<sup>1412</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 272.

espectador imparcial que aparece desde el comienzo de la Teoría Moral de Smith.

Hasta ahora tenemos unas notas particulares acerca de la “socialización de la moral”. Moral comparativa con lo que los demás piensan que es apropiado o no a pesar de los riesgos que supone reconocer que la moralidad es lo que los demás piensan que es. Smith se lo plantea considerando la propia existencia de un “espectador imparcial” en el supuesto de no haber estado sometido el sujeto a un proceso de socialización. Pensemos tomando el ejemplo de Smith de alguien que crece hasta la adultez en un lugar solitario no expuesto a “ninguna comunicación con su propia especie”. Esta persona de su hipotético ejemplo no ha estado expuesta “al espejo” que le permite valorar sus acciones con respecto a lo que los demás consideran de las mismas por la simple y clara razón de que no existen “los demás”. Smith piensa que si los introducimos en sociedad de inmediato aparece el espejo que él necesita. Al llevarlo a la sociedad sus pasiones generan nuevas pasiones y en esa circunstancia él podrá apreciar lo que los demás piensan de las mismas<sup>1413</sup>.

Al final de cuentas la gente nos quiere por lo bueno (útil a veces en Smith) que hacemos y nos detesta (inútil a veces en Smith) por lo malo que hacemos. Él lo señala sin lugar a dudas al indicar: “Que gran alegría es ser querido, y saber que merecemos ser queridos. Que gran miseria es ser odiado, y saber que merecemos ser odiados”<sup>1414</sup>.

Sería simplista en el análisis de un pensador profundo como Smith que en las seis ediciones (que vio en vida de su obra, la última en 1790) hizo razonadas correcciones por mejorar su teoría moral, no haya tenido presente los elementos de esa ética cósmico realista a la que se refiere Maritain. La lucha en el hombre entre lo natural (común a todos los seres vivientes) y lo racional (privilegio del hombre), entre lo social como soporte básico de una naturaleza humana creada por Dios para vivir en sociedad y el orden universal “que todo lo controla, nada puede resistir al gobierno de Dios como jefe del orden universal, mientras que en el orden moral podemos resistir la voluntad de Dios como jefe de ese orden particular, contrariar la voluntad divina expresada por la ley y

<sup>1413</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 138.

<sup>1414</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 140.

los preceptos”<sup>1415</sup>. Pero en Smith está presente —a pesar de que algunos piensen que sentimiento moral se confunde con conciencia— esa antinomia entre la conciencia socializada y la propia conciencia personal. Al final en Smith hay una profunda necesidad presente en el empirismo inglés por lograr una determinación objetiva constatable por la experiencia que permita explicar (a veces con criterios de utilidad como en Hume) porque para la sociedad hay conductas aceptables y reconocidas y otras inaceptables y rechazadas.

En tal sentido Smith pretende vencer al “autoengaño” que es la debilidad más grande de la humanidad y la fuente de la mitad de los desórdenes de la vida humana dando una solución a la forma en que debemos actuar no porque pensemos que eso es lo mejor sino más bien porque los demás lo creen así<sup>1416</sup>.

Tal como señala Smith: “Nuestras continuas observaciones acerca de lo poco razonable de la conducta de otros nos lleva a formarnos ciertas reglas generales relativas a lo preciso y propio que debe hacerse o evitarse... Es así como se forman las reglas generales de la moralidad”<sup>1417</sup>.

De alguna manera en Smith está presente esa intuición natural que expresamos en el lenguaje ordinario de “ponte en el lugar del otro”. En todo el razonamiento de Smith que pretende diferenciarse de aquellos filósofos que se contentan con las ideas vagas e indeterminadas que los nombres de las cualidades sugieren (en el ejemplo de Smith nombres

<sup>1415</sup> MARITAIN, Jacques. *Filosofía Moral*, ob. cit., p. 95.

<sup>1416</sup> Smith señala: “This self deceit, this fatal weakness of mankind, is the source of half the disorders of human life. If we saw ourselves in the light in which others see us, or in which they would see us if they knew all, a reformation would generally be unavoidable. We could not otherwise endure the sight”. Ver SMITH, Adam, ob. cit., p. 184.

<sup>1417</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 184.

David Hume señala al respecto: “El único objeto de razonamiento será el descubrir las circunstancias que tanto en un lado como en otro son comunes a estas cualidades, observar el particular elemento en que todas las cualidades estimables coinciden, así como el elemento en el que coinciden las censurables, y, a partir de ahí, llegar hasta el fundamento de la ética y encontrar esos principios universales de los que en último término se deriva toda censura y aprobación. Como esto es una cuestión de hecho y no de ciencia abstracta, sólo podemos esperar tener éxito siguiendo el método experimental y deduciendo máximas generales mediante una comparación de casos particulares”. Ver HUME, David, ob. cit. p. 40.

como humanidad y crueldad) hay una llamada permanente a los casos particulares<sup>1418</sup>.

Al final del capítulo II de la Parte Cuarta de TMS Smith nos aporta con el ejemplo del hombre que vive fuera de la civilización una caracterización interesante de sus sentimientos. En tal sentido dice que sus acciones pueden ser calificadas por él como “agradables” o “desagradables” de acuerdo al grado de felicidad y de ventajas que produzcan (a más ventajas son agradables a menos desagradables).

La introducción del criterio de ventaja introduce un elemento de “utilidad” anunciado en el título del Capítulo. No obstante el hombre “aislado de la sociedad” puede percibir la “belleza” de haber actuado (aunque viva solo) con “prudencia”, “templanza” y “buena conducta”. Pero para Smith este es un tema de gusto (taste) que es definido por él como “una percepción débil y delicada” del tipo de percepciones que calificamos como gusto (taste). Nada más. Ella no genera el sentimiento de castigo o recompensa que generan los sentimientos calificados por el espectador imparcial. Así señala Smith:

Él no puede regocijarse de la noción de merecer un premio en un caso, ni temblar por la sospecha de un castigo en el otro. Todos esos sentimientos suponen la idea de otro ser, quien es el juez natural de la persona que siente esos sentimientos; y es solo por simpatía con los decisiones de ese árbitro de su conducta, que él puede concebir ya sea el triunfo de su propio aplauso o la condenación<sup>1419</sup>.

Pero ¿cómo explicamos que ese juicio de los demás sea siempre el adecuado para determinar nuestra forma de actuar moralmente? Más cuando sabemos que las sociedades han fallado a lo largo de la historia en recomendar o promover lo que debe ser una conducta moral adecuada. Smith no puede ignorar los hechos (pasados y actuales) que han “pervertido” la vida moral de las sociedades. Él mismo se pregunta acerca de la influencia de costumbres y modos sobre los sentimientos

<sup>1418</sup> La afirmación anterior se encuentra en la Parte Cuarta Capítulo Dos de la TMS. El título del Capítulo es: *Of The Beauty Which The Apperance of Utility Bestows Upon The Character and Actions of Men; And How Far The Perception of this Beauty May Be Regarded As One Of The Original Principles of Aprobatation*”. Ver SMITH, Adam, ob. cit., p. 221.

<sup>1419</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 226.



morales. El Capítulo Dos, Parte Quinta está lleno de ejemplos clarificadores de prácticas condenables como la esclavitud y el infanticidio<sup>1420</sup>. ¿Pero cuál es su respuesta? La misma no tiene la contundencia –al menos en esta parte de su obra– para poner en duda la objetividad del espectador imparcial. Evidentemente que no todas las sociedades cuentan con el desarrollo requerido en las sociedades más civilizadas. Al respecto Smith señala: “Entre las naciones civilizadas, las virtudes que se fundan sobre la humanidad están más cultivadas que aquellas naciones que se fundan sobre la propia negación y control de las pasiones”<sup>1421</sup>. Smith no niega el rol de la educación, de las costumbres, de los modos de la forma en definitiva de ser propia de la diversidad humana. No obstante en las líneas finales del Capítulo *en comento* aboga porque las costumbres no perviertan nuestros sentimientos con respecto al estilo general y carácter de conducta y manera de actuar, en el mismo grado que nosotros consideramos lo correcto o antilegal de ciertos usos particulares. Nunca deberían existir esas costumbres mencionadas por Smith y que ponen en peligro la subsistencia de la sociedad<sup>1422</sup>.

Revisando la obra moral de Smith y tratando de explicar las contradicciones existentes entre lo social –no siempre acorde con lo moral– y la persona Eric Schliesser asoma los estándares morales para juzgar nuestra conducta propuestos por Smith<sup>1423</sup>. En realidad Smith cuando habla de “autocontrol” (Of Self-Command) en la Parte Seis, Sección Tres de la TMS nos propone uno de los párrafos más atrayentes de su obra, producto de revisiones de la obra original, y que pone en contexto toda una forma de ver esa doble dimensión social y personal de la que somos parte cuando nos consideramos “seres morales”. El texto vale la pena ser considerado integralmente –con el permiso de mis amables lectores– porque pretende resolver un tema clave en la filosofía moral de Smith. Así señala el filósofo escocés:

<sup>1420</sup> En efecto Smith ejemplifica situaciones como la conducta licenciosa de Carlos II (p. 237); esclavitud (243); infanticidio no condenado en la antigua Grecia por Aristóteles y Platón (246 y 247), etc. Ver SMITH, Adam, ob. cit., pp. 236 y ss.

<sup>1421</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 241.

<sup>1422</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 247.

<sup>1423</sup> SCHLIESSER, Eric, ob. cit., pp. 41 y ss.

Tomando en consideración nuestros propios méritos juzgando nuestro propio carácter y conducta, hay dos diferentes estándares con los cuales podemos compararlos. Una es la idea de exacta corrección y perfección en tanto cada uno de nosotros sea capaz de comprender esa idea. El otro es el grado de aproximación a esa idea que es comúnmente alcanzado en el mundo, y al cual la gran parte de nuestros amigos y compañeros, de nuestros rivales y competidores han llegado. Nosotros rara vez (estoy dispuesto a pensar que nunca) intentamos juzgarnos a nosotros mismos sin prestar más o menos atención a estos dos estándares. Pero la atención de diferentes hombres e igual la del mismo hombre en diferentes tiempos, es frecuentemente dividido de forma diferente entre ellos, y a veces es dirigido hacia uno y a veces hacia el otro.

Hasta tanto nuestra atención es dirigida hacia el primer estándar, los más sabios y mejores de nosotros, en su propio carácter y conducta, ven no otra cosa que debilidad e imperfección; pueden descubrir que no hay terreno para la arrogancia y la presunción pero sí para la humildad el lamento y el arrepentimiento. Si nuestra atención es dirigida hacia el segundo, nosotros nos podemos ver afectados ya sea en una vía o en la otra, y sentimos nosotros mismos ya realmente por encima del estándar con el cual nos comparamos nosotros mismos. El hombre sabio y virtuoso dirige su principal atención hacia el primer estándar la idea de la exacta corrección y perfección. Ahí existe en la mente de cada hombre una idea de esta clase, gradualmente formada de sus observaciones sobre el carácter de él mismo y de las otras personas. Es el trabajo lento, gradual y progresivo del gran “semidios” (demigod) dentro de nuestro corazón, el gran árbitro y juez de nuestra conducta<sup>1424</sup>.

El párrafo anterior parece un esfuerzo de Smith por equilibrar lo propiamente personal con lo social. Podríamos preguntarnos cuál es el rol de la conciencia en todo ello si se refiere a ella en el primer estándar. Para Bergson no existe en la moral de Smith y para Schliesser no es otra cosa que el “espectador imparcial”. Sin embargo pareciera aparecer varias veces en la TMS con alguna fuerza que invita a pensar en el rol de la misma para Smith. Por ejemplo en el papel que juega para reforzar a

---

<sup>1424</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 294.

la justicia y permitir “la protección del débil, frenar el violento y castigar al culpable”<sup>1425</sup>. No obstante la recurrencia permanente a nuestra comparación con los otros (que es la función del espectador imparcial) parece irrumpir con fuerza en la manera en que nos juzgamos a nosotros con referencia a los demás a pesar del texto señalado acerca de las expectativas que fue añadido según Schliesser en la sexta edición de la Teoría de los Sentimientos Morales<sup>1426</sup>.

Smith es perfectamente consciente de la dualidad existente entre yo mismo como juez y juzgado. En tal sentido señala: “The second the person judged of. But that the judge should, in every respect, be the same with the person judged of, is as impossible as the cause should, in every respect, be the same with the effect”<sup>1427</sup>.

Más adelante parece referirse a la conciencia pero siempre referida a una satisfacción relativa a los “sentimientos de los otros”. La virtud no se dice que es amable con respecto a nuestro propio amor o gratitud sino con respecto a que excita los sentimientos de los demás. La “conciencia” de eso que produce en los demás es lo que nos satisface o nos atormenta. Seguimos con una forma de conciencia dependiente del observador imparcial que tenemos dentro de nosotros mismos. Pero que la conciencia juega algún rol, aunque sea limitado, a la hora de comparar nuestros propios intereses con los de los demás parece derivarse del interés de Smith en la Parte Tercera del Capítulo Tercero cuando se refiere “a la influencia y autoridad de la conciencia”<sup>1428</sup>. Lo curioso es que Smith parece relativizar el tema mostrando la debilidad inherente al hombre. Por ejemplo al final de la parte que comentamos señala: “La sensibilidad de algunos hombres, sin embargo, a algunos objetos que los afectan inmediatamente, es a veces tan fuerte que hace imposible cualquier autocontrol”<sup>1429</sup>.

En una carta a Elliot, citada por Ian Simpson Ross, Smith señala: “Para confirmar mi doctrina de que nuestros juicios relativos a nuestra conducta siempre hacen referencia a los sentimientos de otros seres, y

<sup>1425</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 107.

<sup>1426</sup> SCHLIESSER, Eric, ob. cit., p. 41.

<sup>1427</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 140.

<sup>1428</sup> SMITH, Adam, ob. cit., pp. 160 y ss.

<sup>1429</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 181.

para mostrar que, a pesar de esto, la magnanimidad real y las virtudes conscientes pueden soportarse bajo la desaprobación de toda la humanidad”<sup>1430</sup>. La última afirmación epistolar de Smith nos recuerda lo que sobre el rol del hombre frente a su medio social dijo Maritain:

Antígona no piensa en su felicidad cuando sabe que debe sepultar a su hermano y esa obligación moral exige ser obedecida aun a precio de la vida, si es preciso. Se impone por encima de la preocupación por la propia vida, de la preocupación por la propia felicidad. Implica una especie de libertad respecto del universo. Se impone a la conciencia sin consideración alguna por la vida o por la felicidad<sup>1431</sup>.

En la manera de usar Smith los sentimientos morales parece necesaria diferenciarla de los naturales. La contraposición es importante por cuanto si regresáramos al hombre de la isla solitaria no expuesto a la sociedad hay evidentemente sentimientos naturales no sujetos a la corrección social<sup>1432</sup>. Maritain desde otra concepción moral parece hacer hincapié en los “recursos profundos del ser humano”. Así señala:

En igualdad de todas las demás condiciones, los recursos profundos del ser humano están menos estropeados en aquel que aun viviendo mal conserva la generosidad natural, la bondad, la franqueza, que lo que lo están en el hipócrita o en el malo. Un grupo social, aun afectado por serias lacras morales, mantiene reservas humanas particularmente

<sup>1430</sup> ROSS, Ian Simpson, *The Life of Adam Smith*, ob. cit., p. 184. El mismo Ross, con respecto al “espectador imparcial” de Smith señala: “El argumento de Smith de que el espectador imparcial creado por la imaginación puede alcanzar su objetividad que no es alcanzada por los espectadores reales ya que estos últimos se quedan cortos debido a su ignorancia y prejuicio”. La fuente de la argumentación, en esta materia pudiera encontrarse en la obra de Kames *Criminal Law essay in Historical Law-Tracts* (1758) Ver Ross, Ian Simpson, ob. cit., p. 184.

<sup>1431</sup> MARITAIN, Jacques. *Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral*, ob. cit., p. 117.

<sup>1432</sup> SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*, ob. cit., p. 138.

Erick Schliesser nos aporta la siguiente diferenciación entre sentimientos morales y naturales: “En Smith hay una distinción entre los sentimientos no cultivados que los seres humanos naturalmente poseen que son sentimientos naturales y los sentimientos cultivados que los seres humanos adquieren de instituciones sociales locales o prácticas que los culturizan que son lo que llamamos sentimientos morales”.

Ver SCHLIESSER, Erick, ob. cit. p. 36.

preciosas si conserva el sentido del honor y –si no la virtud– al menos el instinto, el sentimiento natural de la justicia<sup>1433</sup>.

Probablemente Smith se entrega, sin algunas reservas, al concepto desarrollado por él del espectador imparcial con todos los antecedentes que existen en otros autores de la ilustración escocesa. Poner todos los huevos en la misma cesta pese a reconocer, no con total convencimiento que existen otras cestas supone algunos riesgos. El mismo Smith lo reconoce al señalar: “la corrección de nuestros sentimientos morales nunca es más apta de ser corrompida que cuando el indulgente y parcial espectador se ocupa de ello, mientras el indiferente e imparcial está a gran distancia”<sup>1434</sup>.

El núcleo central de la idea del espectador imparcial pretende ubicarnos dentro de un campo moral menos minado por el subjetivismo propio de nuestras evaluaciones morales. Se pretende alejarnos de nosotros mismos proporcionándonos un “espejo” que permita vernos de acuerdo con los sentimientos sociales. Se produce un escrutinio de nosotros con los ojos de los demás. El desiderátum moral se convierte en una fórmula adecuada para hacer coincidir los sentimientos nuestros que influyen sobre nuestra conducta con los de un “espectador imparcial”<sup>1435</sup>. No es la primera ni última vez que la filosofía recurrirá a un “otro” para definir nuestra forma de evaluar nuestras decisiones. El mismo Smith en la *Teoría de los Sentimientos Morales* empieza a anunciar a la “invisible mano” que determina cómo debe comportarse la distribución de los bienes en la sociedad<sup>1436</sup>.

Pero tal como señalábamos en otra parte de este trabajo en Smith hay una pretensión de construir una teoría en la cual se desarrolla una relación –a veces compleja– entre acciones, intenciones, motivos y sentimientos. Así en un párrafo definitorio de su orientación señala:

El sentimiento o afecto del corazón, desde el cual toda acción procede, y sobre el cual la total virtud o vicio finalmente dependen, puede ser considerada bajo dos diferentes aspectos, o dos diferentes

<sup>1433</sup> MARITAIN, Jacques. *Lecciones Fundamentales...*, ob. cit., p. 145.

<sup>1434</sup> SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*, ob. cit., p. 179.

<sup>1435</sup> SMITH, Adam, ob. cit., pp. 224 y 225.

<sup>1436</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 217.

relaciones: primero, en relación con la causa que lo provoca o el motivo que da ocasión a eso; y, segundo, en relación con el fin que se propone, o el efecto que el tiende a producir<sup>1437</sup>.

El señalamiento precedente de Smith se encuentra profundamente enraizado en la teoría humeana. En efecto los sentimientos provocan a la acción y determinan el carácter virtuoso o vicioso de la misma no por ella considerada aisladamente sino por su relación con la pasión que la produjo. En tal sentido para algunos autores como Finnis el error de Smith es confundir la moralidad de la acción con la de los sentimientos o pasiones. En segundo lugar Smith parece introducir la variable casusa-efecto como una forma de ver el tema (aspecto) o apreciar la relación entre lo “provocante” y lo “provocado”. Aquí se patentiza (aunque no se refiera a intención sino a motivo) toda la construcción de Hume causal rechazada por Anscombe. En el tema relativo a fin o efecto (usa ambos) pareciera que ello podría perfectamente caer en la que Hume llamó “la utilidad de una tendencia a un cierto fin”<sup>1438</sup>. Pero para Smith los tiempos de sucesión de la acción son importantes. Después de producida somos capaces de hacer la misma revisión que el espectador imparcial:

Cuando la acción termina, sin lugar a dudas, las pasiones que la produjeron decrecieron, en este momento podemos entrar más fríamente en los sentimientos del espectador imparcial. Lo que antes nos interesaba es ahora indiferente como siempre lo ha sido para él y ahora podemos examinar nuestra propia conducta con su candor e imparcialidad<sup>1439</sup>.

<sup>1437</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 15.

<sup>1438</sup> Roger Scruton señala sobre la teoría moral de Hume en este aspecto: “La moralidad que él justifica no está lejos de Kant; pero el piso sobre el cual la construye supone un completo rechazo de la idea kantiana de una motivación racional. Nosotros somos motivados, argumenta Hume, solo por nuestras emociones (pasiones); razonar, el cual puede definir el objeto de una pasión, no proporciona el motivo. Este debe venir de otra fuente. En consecuencia, si la moralidad tiene una fuerza motivante, deben ser las emociones morales, las que son el verdadero centro de la vida moral”. Ver SCRUTON, Roger. *Modern Philosophy*, ob. cit., p. 271. Ver FINNIS, John. *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 87. Ver RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio. *Los Llamados Actos Intencionales*, ob. cit., p. 16.

<sup>1439</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 183.

Ciertamente que la continuidad o sucesión de las acciones no es un tema para Smith. Ello se produce por la “preeminencia” pasional en la generación de las mismas.

Al final Smith resume la interacción de la acción con las reglas generales validadas por los sentimientos concurrentes de la humanidad de la siguiente manera:

Cuando las reglas generales, ya lo creo, han sido formadas, cuando ellas han sido universalmente reconocidas y establecidas, por los sentimientos concurrentes de la humanidad, nosotros frecuentemente apelamos a ellos como los estándares de juicio, debatiendo lo relativo al grado de reconocimiento o culpa que es debido a ciertas acciones de dudosa y complicada naturaleza<sup>1440</sup>.

Lo anterior parece tener su reconocimiento total cuando se hace depender a la acción virtuosa de la propia aprobación<sup>1441</sup>. Creo que Maritain puntualiza de forma clara la acción como acto exterior cuando se refiere al mismo así:

El objeto del acto exterior, es una determinada cosa que será hecha, cierto acontecimiento que habrá de ser introducido en la existencia, ya sea en la existencia del mundo, ya sea en mi propia existencia; es una cosa o un acontecimiento que ha de ser producido por la voluntad humana. Semejante objeto es consonante o no con la regla de la libertad humana, con la razón<sup>1442</sup>.

Pero sería incompleto nuestro comentario a Maritain sin referirnos al acto interior en el cual predomina (primacía dice Maritain) la intención voluntaria. En tal sentido señala el filósofo francés: “Tenemos aquí la primacía de la intención “la especie moral de la acción humana (su valor) recibe su carácter formal (y el más importante) del fin a que se apunta (o de la intención); y su carácter material del objeto del acto exterior<sup>1443</sup>.

<sup>1440</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 185.

<sup>1441</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 185.

<sup>1442</sup> MARITAIN, Jacques. *Lecciones Fundamentales...*, ob. cit., p. 53.

<sup>1443</sup> MARITAIN, Jacques. *Lecciones Fundamentales...*, ob. cit., pp. 53 y 54. RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio. *Los Llamados Actos Intencionales*, ob. cit., pp. 125 y ss.

## SEGUNDA PARTE

### LA SIMPATÍA (SYMPATHY) COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR

Tal como decía Hume: “En general, es cierto que dondequiera que vayamos y cualesquiera que sean los objetos de nuestra reflexión o de nuestra conversación, todas las cosas nos ofrecen un panorama de felicidad o de miseria humana, y suscitan en nuestro corazón un movimiento simpático (Sympathetic movement) de placer o de disgusto”<sup>1444</sup>.

Tal como señala Kenny:

Si bien para Hume la simpatía es fundamentalmente compartir placer o pena con otro, para Smith simpatía tiene un campo más amplio y surge por el compartir cualquier pasión. Así nuestra preocupación por la justicia la provoca la simpatía con el resentimiento o daño de la víctima. Nuestra aprobación de la benevolencia se produce por simpatía tanto con el autor (benefactor) de la generosidad como con la gratitud del beneficiario. Por causa del rol de la simpatía en la generación del juicio moral, el motivo de la acción cuenta más para nosotros que el resultado; en consecuencia si bien la utilidad juega un rol de primera importancia en la economía no es el último criterio para la moralidad<sup>1445</sup>.

Como señalan muchos de los comentaristas de la obra de Smith su teoría moral pretende distanciarse de las formas morales de asumir la vida en las cuales el egoísmo predomina. En tal sentido el distanciamiento con autores como Hobbes y Mandewille es notorio. Para Smith por más egoísta que podamos ser hay principios profundamente imbricados en la naturaleza humana que hacen que nos ocupemos de los demás o que nos afecten las alegrías y el dolor de los demás. No está distante nuestro filósofo escocés –aun en el análisis de las personas con

---

<sup>1444</sup> HUME, David. *Investigaciones sobre los Principios de la Moral*, ob. cit. p. 100.

<sup>1445</sup> KENNY, Anthony. *Western Philosophy*, ob. cit., p. 566.



bajos sentimientos como los peores rufianes— el sentimiento de simpatía por los demás. En este sentido su concepto del hombre es optimista y nos lleva a tratar de indagar en la fuente del mismo. No es distinto de otras pasiones humanas (pasiones originales) desde esta perspectiva la pasión de simpatía es un acompañante necesario del ser humano. Pero no tenemos por nuestros sentidos la capacidad de ponernos en el lugar de los demás. Se trata de experiencias tan personales que el pretender reproducirlas para “simpatizar” con ellos solo puede producirse mediante un proceso de imaginación. El gran recurso capaz de captar lo que no podemos mediante nuestras propias sensaciones gracias a la imaginación nos colocamos en la situación de los otros. Del que sufre o del que está alegre. En el fondo de la cuestión nos encontramos con lo que descubre de la siguiente forma: “así entrar en su particular concepción imaginativa de la simpatía, o lo que los estudiosos llaman hoy en día la teoría de la “simulación” de la simpatía” nos introduce en su forma de consentir esa relación con los otros<sup>1446</sup>. Si los conceptos anteriores adelantados por el autor que comentamos dan pie a “reconceptualizar” la naturaleza de la simpatía o a construir una teoría metaética del juicio moral es otro tema<sup>1447</sup>.

Lo cierto es que la simpatía con las pasiones de los demás logra determinar un punto común —no sin riesgos— de la manera en que nuestras pasiones determinan el “valor” de nuestro actuar desde el punto de vista moral (al final las pasiones son el objeto de nuestra conducta moral). Lo anterior no deja de crearle algunas dificultades al propio Smith, en efecto en la famosa “Endnotes” de la Parte Segunda, Sección I, Capítulo Quinto Smith se pregunta si la imaginación no nos lleva a excesos tales como tratar de a través de la imaginación reproducir (si vale la palabra que es nuestra) pasiones tan despreciables como la venganza. Al final luego de un largo análisis su construcción de hecho lo lleva a no negar algo tan común como el sentimiento de venganza. Lo trata de

<sup>1446</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 3. Los comentarios anteriores se producen en las primeras líneas de la *Theory of Moral Sentiments* donde probablemente el autor determina su punto de partida en la consideración moral.

Ver igualmente: DEBES, Remy. *Adam Smith and the Sympathetic Imagination* en *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, ob. cit., p. 194.

<sup>1447</sup> DEBES, Remy, ob. cit., p. 194.

dirimir de forma institucional con la función “restauradora del castigo” pero al final hay algo tan natural en nosotros como preservarnos frente a los riesgos de la vida. La misma discrepancia se le presenta a la hora de tratar de extraer conclusiones válidas de acuerdo a lo que podemos sentir al aprobar los sentimientos de cualquier persona de acuerdo a su objeto. Ello es relativamente evidente –constatación de hecho– porque supone una correspondencia total entre esos sentimientos y los nuestros (en el fondo hay una armonía de emociones). La dificultad radica en que cuando alguien le hace un bien a otro podemos identificarnos con los sentimientos de ese sujeto bondadoso pero el que recibe el acto de generosidad puede ser que no agradezca (por decirlo de alguna manera) la acción noble realizada hacia él. En este caso no podemos identificarnos con el que no agradeció suficientemente el bien hecho hacia él<sup>1448</sup>. En el fondo no podemos juzgar a Smith como si partiera de un concepto solidario o afectuoso con el hombre. De hecho marca una diferenciación existente en él (igual otros como Hutcheson y Hume) de tesis morales de naturaleza egoísta. Pero le falta un elemento que es el “amor” como parte de la noción más amplia o correlativa en Maritain del bien. Así señala:

La noción del bien es una noción que surge de golpe desde un determinado ángulo de visión, para revelar una nueva faz del ser, un nuevo misterio inteligible consustancial al ser. Esta perspectiva en las profundidades del ser se descubre con el amor al cual ella se ofrece y por relación al cual se define: de suerte que una inteligencia que, por imposible, no tuviera la noción del amor, tampoco tendría la noción del bien. Son correlativos. Por eso los antiguos pudieron describir el bien como “aquello que todas las cosas desean”<sup>1449</sup>.

De alguna manera escoger la causa del actuar de otros para aproximarnos a ellos marca un esfuerzo complicado por tratar de dar explicación a una situación particular en la que los juegos derivados de la libre voluntad determinan experiencias difíciles de asumir por otros. En lo que de alguna forma Debes llama “Corrupting effects” de la

<sup>1448</sup> SMITH, Adam, ob. cit., pp. 433 a 436.

<sup>1449</sup> MARITAIN, Jacques. *Lecciones Fundamentales...* ob. cit., p. 40.

imaginación. De cualquier forma usar la “simpatía” como un elemento socializador pudiera tener un atractivo a la hora de determinar nuestra manera de ser frente a los demás. En el mundo de hoy algunos biólogos se referían a un parámetro heredado de nuestros ancestros que permite la sobrevivencia de la especie. Pero el tema asume una dimensión moral especial al condicionar nuestro proceder a formas que permitan preocuparnos por los demás. Al final se trata de determinar si un “mecanismo” como la “simpatía” puede ser capaz de preservar a la sociedad de las tendencias autodestructivas que la amenazan. El tema es enormemente actual y marca una necesidad de referencia inmediata a los medios adecuados para lograr los objetivos deseados. El mismo Smith señalaba que la “Sociedad, sin embargo, no puede subsistir entre aquellos que siempre están dispuestos a dañar e injuriar a los demás”<sup>1450</sup>. Nadie duda de la fuerza de la argumentación de Smith al tratar de mostrar los sentimientos comunes entre los seres humanos, independientemente del nombre que le demos a los mismos. De alguna manera se deduce la revisión “permanente en la filosofía” de la dependencia social del hombre. Su debilidad requiere el apoyo de los demás y el punto común, para Smith, parece ser la comunidad en las pasiones. El énfasis de Smith en descartar el propio interés (egoísmo) de su teoría moral parece marcar un punto de inflexión con respecto a otras teorías morales y a lo que muchos piensan de él como precursor de la economía liberal<sup>1451</sup>.

Una prueba del origen que Smith parece atribuir al concepto de simpatía se relaciona con su idea de que la misma es más fácil de identificar con el dolor de las personas que con la alegría<sup>1452</sup>. Lo anterior no nos lleva sino a una necesidad de clasificar “pasiones” y ponerlas en el estante de la clasificación que a veces no es totalmente exitosa.

De cualquier manera cómo podemos rescatar el concepto si ello es posible. Al menos podemos dejar como punto a considerar la influencia que el juicio de los demás tiene sobre nosotros. ¿Es ello suficiente para construir un sistema moral que si no se nutre sobre raíces más profundas no puede subsistir? Bernard Williams ha puesto sobre el tapete el

<sup>1450</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 106.

<sup>1451</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 9.

<sup>1452</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 54.

rol de la “empatía” a la hora de generar sentimientos en las dos vías de hacer el bien o no. A fin de cuentas la simpatía o empatía puede ser para lo correcto o lo incorrecto. Ello no determina que el esfuerzo de Smith no tenga como objeto preciso la pasión, la cual por sus “motivos” determina su calificación moral. La simpatía parece ser un poder que Smith anuncia como solución que la propia mente reconoce. Los límites de la misma en su teoría moral no parecen alcanzar las aspiraciones creadas pero generan un enorme interés desde el punto de vista de la psicología social<sup>1453</sup>. El tema central es cómo independizar la moral “personal” de las ataduras ontológicas para vincularla con una moral social que nos reduce a una expresión más de lo que la sociedad quiere que seamos (si bien en muchas oportunidades no logra alcanzarlo). Este es el dilema de la Ética Moderna tal como lo señala Lisa Herzog: “La Ética Moderna puede inspirarse en Smith en este tema: tomar tanto la sociabilidad humana y la posibilidad de emancipación del contexto inmediato de forma seria, nosotros podemos ir más allá del foco tradicional de la moral individual y preguntarnos nuevas cuestiones acerca de las prácticas sociales y las estructuras sociales”<sup>1454</sup>. El manejar a las pasiones (llamémosla simpáticas) parece ponernos en un terreno complicado debido al cambio de las mismas en las personas y en los tiempos. Ya hemos comentado algo con respecto al relativismo moral que parece ganar algún espacio en la mezcla de Smith por pasiones, empatía, sociabilidad, etc. Si la moral no se funda sobre una base más profunda pareciera que la historicidad social se impusiera sobre lo absoluto de un concepto como el propuesto por Maritain que es el de una ética cósmica realista.

En el fondo de la teoría de Smith hay un intento por fundar nuestros juicios acerca de los demás alrededor del concepto de simpatía. No es accidental que el libro de moral de Smith empiece con la “simpatía”. Tal como señala Ian Simpson Ross:

Smith is extending the meaning of sympathy beyond the concept of sharing someone’s feelings to that of an individual awareness that he is sharing another person feelings. This extension permits Smith

---

<sup>1453</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 383.

<sup>1454</sup> HERZOG, Lisa. *Adam Smith his Life Thought an Legacy*, ob. cit., p. 351.

to account for the different kinds of moral judgement: first the “propriety of an action that it is the right or wrong; and second, that praise or blame is to be attached to it. For the first kind of judgement, Smith theorizes about sympathy with the motive of an agent, or antipathy: I switch roles with someone and consider such and such a thing to be the right thing to do, or the wrong thing for the second kind of judgement, I imagine I share the feeling of someone acted upon, either those of gratitude or resentment, within leads me to consider on action praiseworthy or blameworthy the concept of the sympathetic imagination was on attractive one to many of Smiths readers, on was part of development of the literature of sensibility of the time<sup>1455</sup>.

En realidad el texto anterior tomado en el idioma del autor citado nos plantea un ambicioso proyecto ético que se desarrolla en una forma amplia de considerar el concepto de simpatía. En efecto ya no se trata de un mero compartir de sentimientos sino de tomar conciencia de ese compartir. Lo anterior da pie a la elaboración de dos diferentes juicios morales: uno determina la corrección o no de la acción; el otro la atribución al autor de una alabanza o crítica por su acción (es lo que los juristas llaman imputación). En el análisis de la estructura interna del juicio a que se refiere el autor hay dos situaciones distintas. En el primer juicio se teoriza sobre los motivos (ya nos hemos referido anteriormente a esto) del agente. De acuerdo a ello puedo mostrar simpatía o antipatía por esos motivos. Esta consideración “motivacional” me lleva a ponerme en el lugar del otro sin evidentemente serlo. En el segundo tipo de juicio me imagino que estoy compartiendo un sentimiento de agradecimiento o de resentimiento con otro lo cual me lleva a considerar su acción como digna o no. Ya vimos en la larga “Endnote” del Capítulo V, Sección I, Parte II de la *Teoría de los Sentimientos Morales* las dudas que un juicio así puede generar.

Probablemente Smith intuyó que la “simpatía” constituía una veta enormemente rica para explicar la psicología social. En el siglo veinte la fenomenología descubrió lo mismo como forma de entender cómo nos

<sup>1455</sup> ROSS, Ian Simpson, ob. cit., p. 164.

relacionamos con los demás. En la tesis doctoral de Santa Edith Stein que mencionamos en otra parte se señala:

Un amigo me dijo que había perdido a su hermano y yo comencé a preocuparme por su pena. ¿Qué clase de preocupación es esta? Yo no estoy preocupado aquí con ir a las manifestaciones de las cuales yo infero su pena. Probablemente su rostro está pálido y congestionado, su voz está acallada y tensa. Probablemente él expresa su pena en palabras. Naturalmente, estas cosas pueden ser investigadas, pero ellas no me preocupan aquí. Yo quisiera conocer, no cómo llegué yo a tener conciencia de esto, sino más bien qué es esto<sup>1456</sup>.

Lo complicado del caso es tratar de derivar de un concepto como la simpatía la bisagra necesaria (usando la palabra de Hume al respecto) para construir un sistema moral. Un tema tan ligado a la psicología social no convierte a los actos en morales o no porque tengan o no la aprobación o desaprobación de los demás. Su verdadera esencia radica en razones más profundas difíciles de hacerse evidentes en muchas situaciones históricas<sup>1457</sup>.

Maritain cuando introduce “las inclinaciones enraizadas en la razón y los juicios de valor moral” (a través del ejemplo del hombre que paga a sus obreros el salario convenido lo cual es un hecho concreto percibido por los sentidos), expresa “el placer de la razón” frente a la conducta manifestada por el patrón. Como si fuera “irracional” no respetar los pactos y compromisos adquiridos. De lo anterior resulta que el compromiso de “dar a cada uno lo que es debido” si esa fuera la mejor manera de expresarlo no se deriva de una ley, al estilo kantiano, a priori. Se deriva de la propia esencia del ser humano que lo compromete con ese proceder. Maritain señala que “esta noción concreta” que puede permanecer implícita, inmersa, no aislada por sí misma envuelve dos cosas:

- 1) La percepción de que el hombre en cuestión (el patrón) al obrar como lo hace, trata a los demás como hombres...;
- 2) La percepción

<sup>1456</sup> STEIN, Edith, ob. cit. pos 479, 481 y 483.

<sup>1457</sup> Ian S. Ross realiza un completo estudio de las reacciones de la época frente a la Teoría Moral de Smith. ROSS, Ian S., ob. cit. pp. 177 y ss.

o el sentimiento de que en consecuencia semejante conducta está de acuerdo con algo verdadero que llevamos dentro de nosotros... Nada de todo esto se expresa conceptualmente, todo ello queda preconsciente y la noción de la razón de que hablamos, implícita, inmersa, inconsciente, encarnada en las imágenes e inseparable de la experiencia sensible, no funciona como el comienzo lógico de un desarrollo conceptual o de un razonamiento, sino que funciona como un modelo o patrón para las tendencias... Los juicios de valor, los juicios éticos tales como los encontramos en la conciencia común de la humanidad, no son fundamentalmente y por regla general juicios por modo de conocimiento, son primariamente y ante todo juicios por modo de inclinación<sup>1458</sup>.

Smith desarrolla una idea del sentimiento moral independiente del resto de los sentimientos dependientes de la percepción (para el sentimiento moral pudiera ser un poder particular de la percepción)<sup>1459</sup>. Más adelante aclara lo siguiente: “Este sentimiento, siendo de una naturaleza particular, distinto de los demás y siendo el efecto de un poder particular de percepción, ellos le dan un nombre particular, lo llaman sentido moral”<sup>1460</sup>.

Pero la clave de un pensamiento que produce sus propias dudas con respecto a las debilidades generadas por una característica de la psicología social (porque no como decía Anscombe de la filosofía de la psicología) como es la “simpatía” (sympathy) o empatía en el lenguaje de hoy es tratar de cerrar el círculo con una acumulación de conceptos que complementan o hacen más digerible su forma de ver la moralidad. Probablemente en este tema es clave el siguiente párrafo que en oportunidades nos acercó a extremos irreconciliables con la virtud aristotélica y el utilitarismo inglés. En todo caso dejemos las valoraciones para ustedes y señalemos lo dicho por Smith:

Cuando nosotros aprobamos cualquier carácter o acción, los sentimientos que sentimos son, de acuerdo con el sistema visto anteriormente. Primero, nosotros simpatizamos con los motivos del agente;

<sup>1458</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 67 a 69.

<sup>1459</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 318.

<sup>1460</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 383.

segundo, nosotros entramos dentro de la gratitud de aquellos que reciben el beneficio de sus acciones; tercero, nosotros observamos que su conducta haya sido agradable a las reglas generales de acuerdo a las cuales esas dos simpatías generalmente actúan; y, finalmente, cuando consideramos esas acciones, como parte del sistema que promueve la felicidad ya sea del individuo y de la sociedad, ellas aparecen como hermosas de acuerdo a esa utilidad, no diferentes a esa que nosotros adscribimos a cualquier máquina controlada<sup>1461</sup>.

En este texto anterior parecen contenerse los elementos que determinan la teoría moral de Smith. En primer lugar aprobamos “carácter” o “acción”. El acercamiento anterior pudiera explicar algunas críticas a la moral de Smith que opta por calificar como morales o no los “motivos” y no las acciones (algunos hablan de confusión entre acciones y motivos). Lo cierto es que simpatizamos con los motivos del agente<sup>1462</sup>. A continuación Smith habla de entrar –debe ser imaginariamente– en el sistema de gratitud del que recibe el beneficio. Por ejemplo si me das una beca para estudiar yo debo estar agradecido lo cual no necesariamente sucede dada la naturaleza humana pero yo, el que observa imparcialmente, debo reconocer esa gratitud (lo anterior es considerado no del todo claramente por los Endnotes a la que ya hemos hecho referencia de la Parte II, Sección I, Capítulo Cinco de la *Theory of Moral sentiments*<sup>1463</sup>.

<sup>1461</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 389.

<sup>1462</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 89. Si bien Smith no parece claramente diferenciar motivos de intención parece referirse a esta última cuando señala lo siguiente: “Sin importar que el reconocimiento o la culpa le corresponda a cualquier acción, debe pertenecer ya sea primero a la intención o afección del corazón, del cual produce; o segundo a la acción externa o al movimiento del cuerpo al que esta afección da ocasión; o últimamente a las buenas o malas consecuencias, que actualmente y de hecho proceden de él”. El párrafo anterior habla de la intención como algo interno y de la manifestación de la misma en una acción como acto externo. La concepción parece ser causalista en el sentido que la intención actúa como causa del acto externo o del movimiento el cuerpo. Pero no basta la acción debemos observar su resultado bueno o malo lo cual parece acercarnos a un cierto “consecuencialismo” para utilizar la frase de Gem Anscombe. La triada anterior de intención-acción-consecuencia constituye lo que Smith denomina las “circunstancias de la acción”. Ver SMITH, Adam, ob. cit., p. 115.

<sup>1463</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 436.



A continuación Smith nos habla de las reglas generales que rigen la manera en que la simpatía actúa (se refiere a la simpatía hacia el actor de la acción y a los motivos del agente) y a la simpatía con el que recibe el beneficio. Nos podemos preguntar cuál es la naturaleza de esas reglas. Sabemos que para Smith siguiendo a Hume las reglas se forman por experiencia<sup>1464</sup>.

En el siguiente párrafo Smith nos habla de un sistema de conducta que promueve tanto la felicidad del individuo como de la sociedad. Parece referirse al individuo que realiza la acción con el cual nos acerca al concepto de felicidad aristotélico y a la sociedad como tal. Lo anterior permite reflexionar acerca de la inconsistencia (o la llamada tal) desarrollada luego por Mills y analizada por filósofos morales como Sidgwick en función de la cual hay una inconsistencia entre el hedonismo psicológico (cada uno busca su propia felicidad) y el hedonismo ético (cada uno debe buscar la felicidad general)<sup>1465</sup>.

En el último párrafo se refiere a lo anterior como “bello” (es una expresión más allá de lo meramente estético) por útil con lo cual el criterio de utilidad vuelve a recordarse tal como se hace abundantemente en la obra de Hume. Pero es en las últimas líneas del párrafo citado que se refiere a la máquina que controlamos (well contrived machine). Si bien la expresión ha sido abundantemente recogida (incluso hasta hoy en día en el análisis de la inteligencia artificial) parece que Mills nos quiere recordar o bien la exactitud del mundo newtoniano o el orden de una naturaleza que actúa sola y en este caso debemos aceptarla como tal<sup>1466</sup>.

<sup>1464</sup> Al respecto Smith señala: “The general rules which determine what actions are, and what are not, the objects of each of these sentiments, can be formed no other way than by observing what actions actually and in fact excite them”. Ver SMITH, Adam, ob. cit., p. 185. En otro párrafo duda de la precisión de las reglas generales, al menos en materia de virtudes ya que las mismas son susceptibles de excepciones. Ver SMITH, Adam, ob. cit., pp. 202 y 203.

<sup>1465</sup> Ver KENNY, Anthony, ob. cit. pp. 764 y ss.

<sup>1466</sup> Hume decía: “Concuerda con las reglas de la filosofía, e incluso con la razón común, el que cuando se descubre que un principio tiene gran fuerza y energía en un caso, se le adscriba una energía semejante en todos los casos semejantes. Esta es, por cierto, la regla principal de la filosofía de Newton”. Ver HUME, David, ob. cit. p. 78. El propio Smith señala: “Los ancianos estoicos fueron de la opinión, que como el mundo es gobernado por todas las reglas de la providencia con la sabiduría, el poder y el bien de Dios, cada evento

El interés de la filosofía moral de Smith hoy en día está muy relacionada con su teoría de la simpatía (empatía) como medio eficiente para establecer una conducta moral regular dentro de la sociedad. Como ya hemos mencionado el campo de la investigación de la filosofía de la psicología puede producir resultados más fructíferos que el de la teoría aplicada a lo “estrictamente ético”. Es más, el concepto –en su aplicación moral– ha estado sujeto a importantes discusiones en la filosofía moral reciente. En tal sentido es ilustrativo el comentario de Bernard Williams:

La operación del entendimiento simpatético, o como se llama ahora, empatía ha sido muy discutido en la historia de la filosofía moral, y varias consideraciones se han hecho con respecto a tal tema. Pero una cosa que debe ser verdad es que el perspicaz entendimiento de la sensibilidad de los demás poseída por la persona simpatética es poseída en casi la misma forma por la persona sádica o cruel; esta es una vía a través de la cual el cruel es distinguido del brutal o el indiferente. Pero la persona cruel es aquella que no tiene preferencias por ayudar (él no es cualquiera que tiene preferencia por ayudar pero encuentra que para él es más importante la preferencia por hacer sufrir). Pero él ciertamente conoce. Hare dice acerca de la conexión que él hace, que es una verdad conceptual en el sentido de conocer lo que un pensamiento moral exige. Pero el pensamiento moral exige no tener sentido del conocer (know) excepto conocimiento, y es verdad, no lo es conceptualmente, que cualquier conocimiento usado puede voltearse en contra de él. Yo he seguido estas cuestiones porque la operación de simpatía y la del “role reversal test” (que no son necesariamente la misma cosa) son importantes para el pensamiento; y además, de manera más inmediata, ellas están envueltas en la influyente interpretación del Agente del Mundo (World Agent) del utilitarismo. Este no es el único modelo del utilitarismo y otras versiones escapan de esta crítica particular<sup>1467</sup>.

---

aislado debe ser considerado como haciendo parte del plan del universo y como tendiente a promover el orden general y la felicidad del todo...”. Ver SMITH, Adam, ob. cit., p. 41. En otra parte señala Smith: “El hombre, de acuerdo con los estoicos debe considerarse a sí mismo, no como algo separado y desligado, pero como ciudadano del mundo, miembro de la vasta comunidad de la naturaleza”. Ver SMITH, Adam, ob. cit., p. 165.

<sup>1467</sup> WILLIAMS, Bernard. *Ethics and The Limits of Philosophy*, ob. cit., pp. 91 y 92. El “role reversal test” se refiere a que alguien piensa por sí mismo en la posición de otro e imagina,

Para Maritain el mundo moral nos habla de lo bueno es decir de la noción de valor pero

no es verdad que la simple atracción del valor baste para hacernos poner en vigor aquello a lo cual estamos obligados. Un análisis más profundo, donde se debe distinguir el orden de especificación y el orden de ejercicio, nos hace percibir que la generosidad moral es hacer el bien, el vigor moral es rehusar el mal están implícitos en el dinamismo por el cual el hombre tiende hacia su bien moral; porque tan pronto como hay acción, ejercicio, el dinamismo de la finalidad entra en juego, y por consiguiente la consideración de los fines – consciente o inconsciente, pues puede estar en gran parte sepultada en el inconsciente vital del hombre– y con la consideración de los fines la consideración del fin supremo. Fue la ilusión de Kant creer que el valor basta por sí sólo como motivo de la acción moral<sup>1468</sup>.

El texto anterior de Maritain pretende descifrar el misterio de la acción humana tendiente al bien. Pero no se trata de una acción carente de libertad y sometida al rigor de la ley expresada en un valor. Todo lo contrario logra unir en un solo acto los conceptos de esencia y de existencia para permitirnos a fin de cuentas perseguir el “fin” de todos los fines o fin supremo<sup>1469</sup>.

---

cómo uno se vería afectado si estuviera en la posición del otro. Ver WILLIAMS, Bernard, ob. cit., pp. 82 y 83. El “World Agent” tiene relación con el “Ideal Observer” y se refiere a un omnisciente, imparcial y benevolente observador –él puede ser llamado “Agente del Mundo” (World Observer)– que adquiere las preferencias de todo el mundo y las pone juntas. Ver WILLIAMS, Bernard, ob. cit., pp. 83 y ss.

<sup>1468</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit. pp. 117 y 118.

<sup>1469</sup> Para Maritain lo que constituye al hombre como bueno hablando no ya relativamente sino en absoluto... “Es la acción en cuanto que emana de la libertad, la acción buena lo que constituye al hombre como bueno absolutamente hablando, la acción que es la suprema actualización del ser”. Ver MARITAIN, Jacques, ob. cit., p. 45. Para Maritain el bien moral tiene dos implicaciones:

- 1) la primera implicación es la de valor (en la línea moral). Se trata entonces del bien moral en la perspectiva de la causalidad formal, el bien como significando la cualidad intrínsecamente buena de un acto humano;
- 2) la otra implicación de la noción de Bien moral es la de fin (en la línea moral). Entonces el bien es considerado en la perspectiva de la causalidad final; se trata del bien al que el hombre tiende, y que toma como fin en su actividad moral; del bien con miras al cual se desencadena su actividad como agente libre... estas dos nociones de valor y

## TERCERA PARTE

### LA OBLIGACIÓN MORAL

Estudiar este tema comparando a los autores escogidos para este estudio es una labor que no deja de tener algún grado de dificultad. John Finnis en su *Ley Natural y Derechos Naturales* nos aporta un elemento útil para nuestra consideración, probablemente ello ayude a poner sobre el tapete las dos consideraciones morales en análisis. En efecto para Finnis tratando el “espinoso” tema de la relación entre el derecho y la moral señala: “El término moral, no obstante tiene una connotación algo incierta. De modo que es preferible formular nuestra conclusión en términos de la razonabilidad práctica”<sup>1470</sup>.

Pero Maritain asume el tema de la obligación moral desde un análisis que primero se refiere a sus elementos a saber: libertad de obrar; exclusión de toda coerción física externa o interna y una especie especial de coerción que es la que el intelecto ejerce sobre el libre arbitrio. Recordemos que en Hume no es el intelecto el que mueve el acto acorde con la moral sino la pasión. Recordemos su famosa afirmación: “La pasión, guía nuestros fines y la razón solo ayuda a explicarnos cómo acabarlos”<sup>1471</sup>.

La detallada explicación de Maritain pone la decisión (voluntad) del actor en dos planos:

---

de fin se refieren esencialmente a dos órdenes cuya distinción es clásica en filosofía: el orden de especificación y el orden de ejercicio. En el primer caso –orden de especificación– tenemos el valor; aun si se trata de fines, desde que son considerados en la perspectiva de la causalidad formal, son considerados como valores (causalidad formal, orden de especificación, valor son cosas que van juntas). En el segundo caso –orden de ejercicio– tenemos la finalidad, el bien como fin: aun si se trata de valores, desde que se les considera en la perspectiva del ejercicio, son considerados como fines (causalidad final, orden de ejercicio, bien como fin son cosas que van juntas)”. Ver MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 43 y 44. Maritain señala que con el valor estamos en el orden de la esencia con la finalidad en el de la existencia. Ver MARITAIN, Jacques, ob. cit. p. 104.

<sup>1470</sup> FINNIS, John, ob. cit., p. 48.

<sup>1471</sup> Tal como señala Teichman: “Para Hume la razón es necesariamente impotente tanto para producir como para justificar las acciones humanas”. TEICHMAN, Robert. *The Philosophy of Elizabeth Anscombe*, Oxford University Press, edición Kindle, p. 85.

uno especulativo práctico (visión abstracta y universal del valor moral) el acto es visto en su esencia moral pura y nuda: es un mal; no puedo quererlo. De ahí el sentimiento de obligación, el sentimiento de estar ligado en conciencia. En el plano práctico-práctico (visión concreta y enteramente individualizada de la acción a realizar), aun conociendo la cosa en cuestión como moralmente mala, yo la veo como buena (metafísicamente buena) bajo otros aspectos y así puedo quererla como buena. Pero aún en este plano, cuando elijo lo que conozco como moralmente malo, mi querer natural de ser bueno se encuentra contradicho: no puedo hacer este acto sin ser malo, y no puedo querer ser malo. Imposible por tanto escapar a la presión de la obligación moral, como no sea cesando libremente de ver en el instante mismo de la elección práctica... La visión en cuestión es la de un juicio especulativo práctico, en que el acto es considerado solamente en su esencia moral, si bien en mi juicio práctico-práctico mi querer de un bien (metafísico) que es moralmente malo puede sobreponerse a mi querer no ser malo. Pero entonces, para hacerlo debo apartar mi mirada, sabiendo perfectamente que el acto es malo (advertencia), pero no prestando atención a este conocimiento, “no considerando la regla” en el momento de la acción<sup>1472</sup>.

El párrafo anterior de Maritain expresa su profundidad filosófica y da respuesta a críticas como la de Hume que el conocimiento no es suficiente para dirigir moralmente nuestra acción. Maritain muestra que a fin de cuentas su juicio práctico-práctico es decisivo. Finnis llega a una solución fundada en la razonabilidad práctica pero evadiendo el tema del conocimiento que Maritain incluye en su fórmula. No es accidental que el filósofo francés piense que “la obligación moral se resuelve en lo ontológico”. Ella no es el “tú debes” puro y a priori de la ética kantiana, la forma vacía del deber que se impone por sí misma y sin razón, como un mandamiento bajado del Sinaí de la razón pura práctica sobre el yo empírico y fenomenal. Era esta una magnificación ilusoria de la obligación moral, que transformaba el temor del Señor en términos de pura filosofía<sup>1473</sup>. Pero para Maritain no se trata de una mera concepción “legalista” de la moral como la de Kant. Con Pascal señala: “La razón nos

<sup>1472</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 190 a 192.

<sup>1473</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., p. 197.

ordena mucho más imperiosamente que un amo, pues si desobedeciendo a aquel somos infelices, desobedeciendo a esta somos necios”<sup>1474</sup>.

Maritain trata de no perder lo que para él es la esencia de la obligación moral al señalar que la misma

es la forma de la razón que se impone como la regla (regla piloto) inmediata de nuestros actos, por el hecho mismo de que, siendo hombres, tenemos que obrar como hombres y la razón está naturalmente hecha para medir nuestras acciones. La primera expresión de la obligación moral es el primer principio “el bien ha de hacerse, el mal ha de evitarse”, pero bajo la forma de un precepto, el precepto fundamental: “haz el bien y evita el mal”...<sup>1475</sup>.

Nadie duda que el tema de la obligación sigue teniendo un valor a la hora de generar una forma de actuar que la mayoría de las personas supone que es moral. El que pensemos que lo hacemos por miedo a la sanción terrena o supraterrrenal; porque así lo exige la vida social; por costumbre; por temor a nuestra conciencia, etc., puede no responder a la pregunta que nos hacemos los seres humanos acerca de lo que es bueno para nosotros. Lo anterior se traduce en la pregunta Socrática de cómo uno debe vivir. En el caso de Smith podríamos preguntarnos cuál es la

<sup>1474</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 198. Gem Anscombe en su famoso ensayo de 1958 *Modern Moral Philosophy* criticó a las concepciones legalistas de la ética. Dentro de su crítica se refería a la obligación moral, en tal sentido señalaba: “El deseo de hablar de obligación permanece. Es como si la noción de criminal permaneciera cuando el derecho criminal y las cortes hayan sido olvidadas o abolidas”. Ver TEICHMAN, Roger, ob. cit., p. 107.

<sup>1475</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., p. 190. El tema de “El Modo Propio de la Filosofía Moral” está presente en el pensamiento de Maritain en obras como *Los Grados del Saber*. En ella cita un texto importante de Juan de Santo Tomás acerca de la naturaleza del conocimiento moral: “La ciencia moral puede considerarse de dos modos: primero, incluida en ella la prudencia; segundo excluida, ocupándose sólo de conocer las virtudes especulativamente. Si excluye la prudencia y sólo trata de la materia de las virtudes definiendo, dividiendo, etc., es especulativa, como en la Teología, en la *Prima Secundae* de la *Suma*. No usa entonces principios prácticos ni procede prácticamente, ponderando lo que la pueda mover e inclinar afectivamente, sino precisamente principios especulativos, en cuanto conocen la naturaleza de las virtudes y de la prudencia en la razón de la verdad, como se puede ver en los libros de la *Ética* y en toda la *Prima Secundae*; y así se explica cómo alguien puede ser insigne filósofo ético y teólogo, y a la vez, un imprudente, un pecador. Ver MARITAIN, Jacques, *Los Grados del Saber*, Club de Lectores, Buenos Aires, Argentina, 1983, p. 726.

conexión entre los sentimientos y la obligación. Su punto de partida es atractivo no porque sus raíces sean profundas sino más bien porque pretende aportar una fórmula sencilla para explicar la conducta moral pero más allá de ello para aportar una fórmula de socialización (no sabemos si es del todo ontológicamente moral) que pudiera ser alcanzada por una sociedad. En ello están presentes las costumbres, la familia, las instituciones (una clave son las religiosas) etc. No es que Smith piense que todo lo que los demás aprueben o reprueben de acuerdo con las reglas sea el determinante de la moralidad. Si eso fuera así no hubiera desarrollado una teoría de las virtudes que algunos han considerado como pilar fundamental tanto de su pensamiento jurídico (él lo llamaba jurisprudencia) como de su pensamiento económico<sup>1476</sup>. Lamentablemente por la naturaleza de este trabajo no podemos explorar el tema de las “virtudes” en Smith pero el mismo debería ser objeto de detallados estudios ya que constituye en nuestra manera de ver su obra el hilo conductor de *Lectures on Jurisprudence*, *Theory of Moral Sentiments* y *The Wealth of Nations*<sup>1477</sup>. Maritain estaba perfectamente claro con respecto a las críticas que podían hacerse a cualquier filosofía de orden normativo. Así señala:

La tragedia del pensamiento moderno a este respecto ha sido la confusión que se estableció entre toda moral de carácter normativo –digamos mejor de carácter “práctico” (que aspira a dirigir los actos humanos y justifica la prescripción de reglas que se imponen de una manera incondicionada) – y ese tipo extremadamente particular de la filosofía moral que es la moral normativa kantiana. Por el hecho de rechazar la moral kantiana, se han visto llevados a rechazar toda

<sup>1476</sup> Ver el interesante trabajo de Leonidas Montes *Adam Smith: Self Interest and the Virtues*. En dicha obra el profesor Montes señala: “...the emerging virtue ethics interpretation of Smith’s TMS is perhaps the most interesting contribution to recent Smith scholarship”. Ver MONTES, Leonidas. *Adam Smith: Self Interest and the Virtues* en *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, ob. cit., p. 139.

<sup>1477</sup> En su conocida obra de 1981 *After Virtue*, Alasdair Macintyre critica la filosofía moral de la ilustración escocesa por haber abandonado el concepto aristotélico de la teleología (la vida humana tiene su propio fin y carácter el cual no se puede alcanzar sin preparación). La crítica señalada puede ilustrarse, como pretendemos hacer aquí, poniendo sobre el tapete la filosofía moral de un Filósofo de la Ilustración (Smith) con un filósofo tomista (Maritain).

moral de carácter normativo, toda moral que atribuya o reconozca a los valores de conducta una significación absoluta, es decir en realidad toda filosofía propiamente moral o práctica<sup>1478</sup>.

Pero el tema central de la filosofía moral de Maritain es –siguiendo toda la tradición aristotélico-tomista– la orientación hacia un fin determinado por la búsqueda del bien. En tal sentido señala:

Es privilegio del hombre determinar sus propios fines. El deseo natural de la felicidad es una especie de marco vacío: llenar ese marco con un cuadro o una pintura determinada, depende de nuestra libre elección. Los animales no determinan sus fines, que están determinados por la naturaleza; son fines particulares; no tienen ellos la noción inteligible del bien. En el caso del hombre –y es lo que lo distingue del animal– tiene que determinar sus propios fines y determinar en qué consiste su felicidad<sup>1479</sup>.

Esa determinación teleológica presente en Aristóteles y Santo Tomás está ausente en una filosofía moral que se desentendió de la metafísica y con ello del concepto de bien, bien en la doble dimensión: búsqueda de lo que perfecciona al hombre y búsqueda del fin supremo de nuestra vida.

Comparar no es el objeto de este trabajo sino más bien explicitar diferencias de dos grandes pensadores como Smith y Maritain no por el mero recreo académico de mostrarlo sino más bien como forma de evidenciar las carencias que una filosofía particular puede sufrir al reducir su concepción del hombre y del universo por más atractivos prácticos que pueda tener. De alguna forma lo manifiesta Alasdair Macintyre's al referirse a la filosofía moral de la ilustración:

De ahí que la ciencia antiaristotélica estableció límites estrictos al poder de la razón. La Razón es calculativa; ella puede establecer la verdad de los hechos y de las relaciones matemáticas pero nada más. En el reino de la práctica sin embargo ella solo puede hablar de

---

<sup>1478</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 14 y 15.

<sup>1479</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 103 y 104.



medios. Acerca de los fines ella debe quedarse en silencio. La razón no puede incluso, como lo creía Descartes, refutar al escepticismo; de ahí un logro de la razón de acuerdo con Pascal es reconocer que nuestras creencias están finalmente fundadas en la naturaleza, las costumbres y el hábito. La asombrosa anticipación de Pascal –se anticipa a Hume– y desde ella nosotros sabemos que Hume conocía los escritos de Pascal y es plausible creer que en esta materia había una directa influencia de la manera en que el concepto de razón retenía su poder. Incluso Kant retiene sus características negativas; la razón para él al igual que para Hume no distingue esencias naturales y no tiene rasgos teleológicos en el universo objetivo disponible para el estudio de la física. Así sus desacuerdos con respecto a la naturaleza humana coexisten con sorprendentes e importantes acuerdos y lo que es verdad de ellos es también verdad de Diderot, de Smith y de Kierkegaard. Todos rechazan cualquier punto de vista teleológico de la naturaleza humana, cualquier visión del hombre teniendo una esencia que define su verdadero fin. Entender esto es entender por qué su proyecto de encontrar un fundamento para la moralidad falló<sup>1480</sup>.

Smith no se refiere específicamente a la obligación moral como para él “el sentimiento de la obligación moral” tiene una base distinta a la de Maritain como ya hemos visto. Para Smith algunas virtudes como la gratitud generan la obligación en el que recibe los beneficios de la beneficencia por ejemplo de ser agradecido. Para Smith la gratitud puede ser llamada una perfecta y completa “obligación”. Smith continúa señalando que la amistad, la generosidad, la caridad nos inclina a dar una aprobación universal, es sin embargo más libre y puede no obstante ser exigida con menor fuerza que la gratitud. Continuando su argumentación Smith señala que hay otra virtud de la que la observancia no puede dejarse a la libertad de la voluntad. Ella puede ser exigida por fuerza y su violación expone al autor al resentimiento del ofendido y consecuentemente al castigo<sup>1481</sup>.

<sup>1480</sup> MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue. A Study in Moral Theory*. Third Edition. University of Notre Dame. Indiana, 2007, p. 54. Edición Electrónica de Amazon. Kindle.

<sup>1481</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 98.

Realmente en Smith pareciera que no todas las virtudes generaran el mismo grado de obligación moral. De cualquier forma es evidente algún elemento de normatividad en algunas virtudes. Ello sin considerar a la justicia que es el límite entre lo exigido bajo la amenaza de una sanción y lo que no lo es como pretende diferenciarlo Smith. No podemos olvidar que su “jurisprudencia” es parte de la moral. Curiosamente Smith se refiere al tema de las promesas (las cuales podrían generar una obligación que en principio pudiera ser “moral” (no es claro en la historia de la filosofía jurídica que todas sean o tengan repercusiones legales pero eso es otro tema). Su manera de asumir el tema es la siguiente:

Pudiéramos decir en general que exactamente correcto requiere el cumplimiento de las primeras siempre que no sean inconsistentes con otras obligaciones que son más “sagradas” con respecto al interés público, a aquellas derivadas de la gratitud, del afecto natural o de las leyes de la propia beneficencia que nos exigen ocuparnos de ellas. Pero, como ya habíamos señalado, no tenemos reglas precisas para determinar qué acciones externas son debidas con respecto a tales motivos, tampoco, consecuentemente, cuando es que esas virtudes son inconsistentes con el cumplimiento de tales promesas<sup>1482</sup>.

<sup>1482</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 395. El tema de las promesas es importante para la filosofía. Tal como señala Roger Teichman, Anscombe se ocupa del mismo: “Anscombe se vuelve sobre la institución de la promesa para llegar a un entendimiento de la naturaleza de la obligación. Una vez más Hume proporciona su punto de partida. Tal como ella dice al comienzo de *Rules, Rights and Promises*. Hume tiene dos tesis acerca de las promesas: una que la promesa es naturalmente inentendible y la otra que si ella fuera (per impossibile) naturalmente inteligible ella no daría naturalmente origen a ninguna obligación. Hume opone “natural” con “convencional”. Ver TEICHMAN, Roger, ob. cit., p. 95. Sobre un análisis fenomenológico de “Pretensión, Obligación y Promesa” ha cobrado un enorme interés en los últimos años la obra de Adolf Reinach *Los Fundamentos a priori del Derecho Civil* en la cual se comenta el análisis de Hume citado por Anscombe. En tal sentido señala Reinach: “Si se quiere indicar la conexión existente entre promesa y deberes morales, se debe pensar más bien en otros deberes que son realmente inseparables de ésta, aunque, al mismo tiempo, hay que distinguirlos lo más estrictamente posible de la obligación. Cuando se promete, se tiene también el deber moral de cumplir la promesa. La obligación de cumplir la promesa al destinatario de la misma se da junto a, o, mejor constituye el fundamento y el presupuesto de aquel deber. Es moralmente justo cumplir las obligaciones”. Ver REINACH, Adolf. *Los Fundamentos a priori del Derecho Civil*. Edición, Traducción y Estudio Preliminar de Mariano Crespo, Editorial Comares, Granada, 2010, pp. 66 y ss. Ver RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio, *Los Llamados Actos Intencionales*, ob. cit., pp. 84 y ss. Ver FINNIS, John, ob. cit., pp. 326 y ss.

Pero para tener una cierta o moderada certeza de cuáles son las reglas generales de la moralidad Smith opta por comparar las virtudes llegando a la conclusión de que de ellas es la justicia la que aporta un mayor grado de determinación. Toda su forma de ver el tema se relaciona con la naturaleza de la “virtud” la cual admite que en algún aspecto es “conformidad con la razón”. Smith va un poco más allá cuando califica a la virtud, de alguna manera, como la fuente del principio de aprobación o desaprobación y de todos los juicios relativos a lo bueno y lo malo. Pero ratificando el tema referente a la génesis de las máximas morales generales señala que se forman al igual que otras máximas generales de la experiencia y la inducción. Pero es el siguiente párrafo quien define de forma más concisa el rol de la razón:

Pero aunque la razón es indudablemente la fuente de las reglas generales de la moralidad y de todos los juicios morales los cuales formamos por medio de ellos, es sin embargo absurdo e ininteligible suponer que las primeras percepciones de bueno y malo pueden derivarse de la razón, mismo en esos casos particulares sobre la experiencia en función de los cuales las reglas generales se forman. Esas primeras percepciones, así como otros experimentos sobre los que se fundan las reglas generales, no pueden ser objeto de la razón sino de un sentido inmediato y de sensibilidad (feeling)<sup>1483</sup>.

La anterior afirmación acerca a Smith a Hutcheson el cual aporta una posición “sentimentalista” pero reconociendo el rol de la razón. No es casual que Smith citando a Hutcheson señale: “el Dr. Hutcheson tuvo el mérito de ser el primero en distinguir, con ningún grado de precisión, en qué aspecto todas las distinciones morales podemos decir que provienen de la razón, y en qué aspecto ellas se fundamentan en el sentido inmediato y en la sensibilidad”<sup>1484</sup>.

Cuando Smith se refiere “a la manera en que diferentes autores han tratado las reglas prácticas de la moralidad” siempre hace referencia a la “precisión” de las mismas. Para unos lo importante es considerar los distintos tipos de virtudes que le dan sentido moral a nuestro actuar para

<sup>1483</sup> SMITH, Adam, ob. cit., pp. 380 y 381.

<sup>1484</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 382.

otros el tema es establecer preceptos o reglas en el entendimiento de que la precisión no es siempre posible de alcanzar<sup>1485</sup>.

Describir de manera general cómo debemos actuar para realizar las virtudes que conocemos, según Smith parece un camino fácil. Sin embargo no describe los sentimientos internos o las emociones que determinan ese actuar. Las modificaciones pasionales no son fácilmente describibles con los medios que el lenguaje permite. Para Smith seguir el camino de la ética como ciencia nos lleva a conocer “pequeñas reglas” acerca de deberes morales. Los mismos pueden a través de preceptos y exhortos animarlos a la práctica de la virtud<sup>1486</sup>.

Para Smith hay otra forma de regular el mundo moral (la expresión es nuestra) es la tendencia de la iglesia cristiana de los primeros tiempos y de la edad media. Lo es también de lo que él llama “jurisprudencia natural” que consiste en no sentirse satisfechos con caracterizar en líneas generales a la conducta para el que actúa de acuerdo con la moral, sino más bien establecer reglas exactas y precisas que dirijan cada circunstancia de nuestro actuar<sup>1487</sup>.

Más adelante comentaremos acerca de las “reglas naturales de la justicia”. Por los momentos señalemos que para Smith el tema referente al conocimiento práctico no tiene el desarrollo de Maritain para quien “los valores morales son específicamente buenos o malos porque son objeto de conocimiento práctico”<sup>1488</sup>.

En Maritain el concepto de norma adquiere una visión particular – relacionada con el tomismo– que permite un alcance mayor del sentido normal con el que lo utilizamos. Para el filósofo francés con el concepto de norma volvemos a la causalidad formal. Maritain precisa que el fin está en el orden de la causalidad final. El valor en el de la causalidad formal intrínseca, es la calidad moral, la forma o determinación ética de un acto humano. Ahora ¿qué le da valor a un acto de la voluntad humana? ¿Qué lo hace moralmente bueno o malo? Evidentemente, para Maritain, es algo diferente del acto por el cual ejercemos nuestra libertad, es una forma extrínseca que determina su cualidad, forma con la cual se

<sup>1485</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 390.

<sup>1486</sup> SMITH, Adam, ob. cit., pp. 390 a 391.

<sup>1487</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 392.

<sup>1488</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 48.

puede adecuar o no. Para Maritain pertenece a la línea de la causalidad formal extrínseca.

Pero su profundidad filosófica se manifiesta a la hora de diferenciar los distintos tipos de normas y profundizar su análisis diferenciador al exponer con claridad la diferenciación entre la “norma piloto” y la norma como precepto (mandamiento). Sin esa diferenciación no percibiríamos –en mi opinión– la riqueza derivada de la obligación moral. Efectivamente el núcleo diferenciador de Maritain es que en la “norma piloto” la palabra orden asume el significado de “orden disposición” mientras que en la “norma en el sentido de ley, precepto o mandamiento” el sentido de orden es mandamiento. En el primer significado de norma (piloto) nos referimos a la condición normal para que un acto sea bueno. La conformidad con la razón, su conformidad con la norma piloto, es lo que constituye formalmente a un acto humano como bueno. Para Maritain el segundo sentido de la norma es la norma precepto, norma-mandamiento, ley. Para el filósofo francés por más importante que sea su sentido es según la frase de él segundo ya que se deriva del primero. De lo anterior se deduce para Maritain que el primer sentido de regla constituye una condición necesaria para entender el segundo sentido de la norma (precepto). El siguiente párrafo de Maritain es significativo acerca del error en el que incurre una moral meramente socializada al olvidar el primer sentido de norma-piloto:

Una cierta insistencia en este segundo sentido, aun hasta el punto de darle la primacía absoluta, de hacerle absorber completamente el primero, esa insistencia es debida a la educación, a la sociedad y ante todo a la religión. Aquí vemos que parte ha tenido la influencia de la revelación judeo-cristiana en el desarrollo de la filosofía moral; porque esa revelación manifiesta la importancia esencial de la relación del acto moral con Dios y con la voluntad divina. En la perspectiva del conocimiento religioso judeo-cristiano, la noción de norma en el sentido de norma precepto, de norma mandamiento, ha adquirido un predominio absoluto en la conciencia común. Sería interesante estudiar aquí la diferencia entre la actividad griega y la actividad judeo-cristiana. Los griegos tenían sí la noción de norma, pero más bien en el sentido de norma artística (norma piloto), medida de lo que conviene, hacedora de armonía y de bondad; la

connotación de mandamiento divino sagrado, inviolable, era menos marcada entre ellos (pienso sobre todo en su filosofía moral) que en el mundo cristiano. Sin embargo, es con la norma en el sentido de norma-precepto, reforzada por coerciones sociales, y en una atmósfera religiosa de temor y de temblor como ha comenzado la humanidad. Solo trabajosamente se desprendió después la noción de norma piloto. Esta puesta en evidencia de la norma en el sentido de norma precepto, de norma imperativa, resulta en gran parte de factores extrafilosóficos, ya sea de orden social, ya de orden religioso. Cuidémonos empero de creer por ello que este aspecto de la noción de norma no desempeña un papel esencial en la misma moral natural: nuestra conciencia nos exhorta, nos hace reproches, nos ordena; y ese papel que desempeña la norma precepto depende del primer principio de la sindéresis: hay que evitar el mal, hay que hacer el bien; debes hacer el bien, debes evitar el mal<sup>1489</sup>.

Es evidente que Maritain trata de poner de relieve el rol de la filosofía y su orden propio. En tal sentido no puede dejar de lado la causalidad formal extrínseca o de la norma. No obstante no podría dejar de lado el “dinamismo teológico de la vida moral” (el fin por la ley natural y por la conciencia moral)<sup>1490</sup>. En Maritain pareciera que la razón descubre una norma moral y la voluntad se sujeta o no a la norma precepto.

<sup>1489</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 165 a 171. El sentido de la diferenciación de Maritain nos hace pensar en el párrafo de Grocio (De Jure Belli ac Pacis, Prolegomena) tan comentado y que es objeto de la consideración de John Finnis. El texto es el siguiente: “El derecho de la naturaleza es un precepto de la recta razón, que indica (indicans) que un acto, según si es conveniente o inconveniente (ex ejus convenientia aut inconvenientia) respecto de la naturaleza racional, posee en sí mismo una cualidad de torpeza moral o de necesidad moral: y que, en consecuencia, tal acto está prohibido o bien prescrito por el autor de la naturaleza, Dios. Los actos respecto de los cuales existe un precepto son en sí mismos debiti o bien illiciti, y así se comprenden como necesariamente prescritos o prohibidos por Dios”. El análisis de Finnis se ocupa en este punto de interpretar el “etiamsi daremus” de Grocio. Ver FINNIS, John, ob. cit., pp. 76 y 77.

<sup>1490</sup> “La part jouée par la causalité efficiente, jointe en quelque façon à la causalité formelle extrinsèque, apparaît mieux encore quand il s’agit de normes inconditionnelles de la moralité; nous avons affaire alors à l’application de la norme comme commandée par la loi naturelle et par la conscience morale, et de fait cette norme-precepte agira de une manière efficiente en vertu du dynamisme téléologique de la vie morale (la fin est la raison de l’action de l’agent) c’est-à-dire en fonction du désir de la fin suprême, et de fins auxquelles un homme bon a suspendu sa vie”. MARITAIN, Jacques, *Neuf Leçons Sur les Notions. Premières de la Philosophie Morale*, ob. cit., p. 140.

Pero la finalidad última de la vida humana las complementa para hacerlas eficientes. Para añadirles un elemento que solo un deseo por el fin supremo puede aportar.

Con la consideración de la finalidad se completa la consideración integral del ser humano como sujeto moral. Tal como señala Alasdair Macintyre:

Yo he aprendido ahora de Santo Tomás de Aquino que su intento por proporcionar una relación del bien humano sólo en términos sociales, en términos de prácticas, tradiciones y la narrativa de la unidad de la vida humana era limitada hasta que yo aportara a ella una base metafísica. Es solamente porque los seres humanos tienen un fin hacia el que ellos se dirigen en razón de su naturaleza específica, que prácticas, tradiciones y todo lo parecido son capaces de funcionar como lo hacen<sup>1491</sup>.

Pero el tema de la obligación moral que pareciera derivarse de algún tipo de regla general reconocida por todo el mundo parece generar en Smith al igual que en Hume la necesidad de un fundamento que no puede ser tan etéreo como lo es la “simpatía”.

Pensando en el tema recuerdo un comentario de Alasdair Macintyre en el cual señalaba que el recurso de Hume a la simpatía (*sympathy*) es una invención tendiente a cubrir el abismo (*gap*) existente entre un grupo de razones que pueden ayudar a soportar una adherencia incondicional a reglas generales e incondicionales y un grupo de razones para la acción o para el juicio que se deriven —en su opinión— de nuestras circunstancias particulares (las cuales evidentemente son fluctuantes). Esas circunstancias dominan deseos, emociones e intereses. Para Macintyre Smith sigue el mismo camino que Hume en su teoría de la simpatía (en todo caso lo hace con el mismo propósito). Macintyre concluye terminantemente que ni Hume ni Smith logran su objetivo por un impedimento lógico lo cual hace que el uso que hacen de la simpatía Hume y Smith no sea más que “el nombre de una ficción filosófica”<sup>1492</sup>.

<sup>1491</sup> MACINTYRE, Alasdair, ob. cit., pos. 85, 87 y 88.

<sup>1492</sup> MACINTYRE, Alasdair, ob. cit., pos. p. 49.

## CUARTA PARTE

## EL DERECHO Y LA MORAL

En Smith se resume una forma de ver la moral relacionada con el derecho. En el mundo de hoy se ha tratado de independizar las esferas de la moralidad y el derecho. Aun en el tema más complejo de la justificación. La autonomía pretendida no deja de generar dudas relativas a lo que Carlos Nino llamaba “la superfluidad del derecho”. Lo cierto es que en Smith nunca se pretendió elaborar un sistema en el cual la ética, el derecho y el gobierno estuviesen separados. No podría entenderse su forma de ver la realidad sin contemplar lo señalado. Probablemente la complejidad de ver su posición abarca temas tan complicados como tratar de englobar en sus *Lecturas de Jurisprudencia* lo que Argenson le prometió a Luis XIV: Limpieza; Seguridad y Bienes que puedan estar al alcance de todos. Ahora bien, qué tiene que ver eso con el derecho. Tiene y no tiene. Tiene en el sentido de que todo pasa por una regulación legal y no tiene en el sentido de que supone una previa evaluación “política” (policy) como llaman los anglosajones<sup>1493</sup>. Lo anterior no supone en Smith el abandonar el concepto de justicia desarrollado en la *Teoría de los Sentimientos Morales*, recordemos que hablamos de una virtud esencial para la sobrevivencia social. ¿Qué otro objetivo podría tener el gobierno civil si no fuera ello?<sup>1494</sup> Indudablemente que su espíritu de jurista le impone al menos tratar de dar una definición, puede ser aproximativa, a lo cual señala que: “Justice is violated whenever one is deprived of what he had a right to and could justly demand from others”<sup>1495</sup>.

Pero su forma de definir lo contrario de ejercerla que debe ser lo normal es cómo se puede violar y ello se define en términos del objeto. Es decir nos violan la justicia como hombre, miembro de una familia y como miembro de un Estado<sup>1496</sup>. Lo anterior determina la forma jurídica sobre la cual se sustenta la relación del individuo con los ámbitos a ser

<sup>1493</sup> SMITH, Adam, *Lectures on Jurisprudence*, ob. cit., pp. 5 y 6.

<sup>1494</sup> SMITH, Adam, *Lectures on Jurisprudence*, ob. cit., p. 7.

<sup>1495</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 7.

<sup>1496</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 8.



protegidos entre los cuales está él como individuo; él como miembro de una familia y él como miembro de una comunidad política. De alguna manera coincide con lo que Hegel consideró como la “Idea Ética”<sup>1497</sup>.

Para Smith el hombre como hombre puede ser perjudicado en tres aspectos: en su persona; en su reputación y en sus bienes<sup>1498</sup>.

El nivel de perjuicio en contra del hombre de alguna manera puede definirse en término de la naturaleza de los derechos que tenemos en función del grado de presión que ejercemos hacia los demás para que cumplan su obligación para con nosotros. Siguiendo a Pufendorf hay “jura perfecta” e imperfecta. Los primeros son exigibles los segundos no. En los primeros tenemos un título que determina su exigibilidad en los segundos no. Lo interesante del tema es que para Smith los derechos derivados de la justicia conmutativa son perfectos pero no los derivados de la justicia distributiva. Para Smith los derechos derivados de la justicia conmutativa corresponden a la jurisprudencia los de la distributiva (los imperfectos) a la moral porque no caen bajo la consideración de la jurisprudencia<sup>1499</sup>. Notable conclusión que marca un límite interesante entre el derecho y la moral (establece que el ámbito de la moral se refiere a la distribución de bienes y beneficios de acuerdo a la definición clásica). Pero en lo que Smith realiza un análisis histórico exhaustivo e interesante es en la determinación de cómo la propiedad a través de los distintos sistemas económicos determina la forma de regulación jurídica. Es un esfuerzo que contribuye a sustentar su concepción de la economía que será expuesta magistralmente en *La Riqueza de las Naciones*.

Evidentemente que en toda esa forma de análisis la propiedad será tema clave en la determinación del sistema. Pero quizás donde su análisis adquiere elementos adicionales a la tenencia de bienes que determina una necesidad de regulación jurídica (propia de cada forma de propiedad) se refiere a los derechos del hombre relativos al hombre como miembro de una comunidad o sociedades de hombres<sup>1500</sup>.

<sup>1497</sup> HEGEL, Guillermo Federico. *Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1937, p. 163.

<sup>1498</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 8.

<sup>1499</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 9.

<sup>1500</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 200.

Esta parte de su trabajo genera ideas de gran impacto en la manera en que concebimos a las instituciones: el poder ejecutivo es el poder de hacer la paz o la guerra; el poder no se genera por el acuerdo de muchas personas de someterse a las regulaciones (teorías contractuales) sino más bien por el progreso que los hombres hacen en la sociedad; la propiedad hace necesario al gobierno; el arte y el comercio acaban con el poder militar, etc.<sup>1501</sup>

En Smith (el de las lecciones que venimos comentando) la obligación moral se deriva de algo de lo cual los hombres son conscientes. La determinación de lo mismo debe ser precisada de acuerdo con la aprobación o la desaprobación de lo que hacemos de tal forma que para todos deben estar claras las premisas de lo exigido. Ello constituye una idea central recogida luego en la teoría moral de Smith<sup>1502</sup>.

Es indudable como en las *Lectures on Jurisprudence* aparece el tema central de las funciones del gobierno (Limpieza; Seguridad y Manejo adecuado de los mercados). No obstante el hincapié fundamental no deja de centrarse en el derecho. De hecho Smith señala que el derecho y el gobierno son el principal asunto público<sup>1503</sup>.

En Smith el concepto de jurisprudencia está cercano a Grocio y alejado de una concepción local del derecho. En tal sentido señala que la jurisprudencia es la teoría de los principios generales del derecho y del gobierno<sup>1504</sup>.

En toda su concepción acerca del derecho Smith insiste en el tema de utilidad tan presente en su obra moral. Así para él no es el contrato de Hobbes el que crea la obediencia hacia el gobierno sino más bien la autoridad y la utilidad<sup>1505</sup>.

Pero volviendo nuestra atención al derecho y la moral vemos como en Smith hay un esfuerzo integrador de la moral con la política y el

<sup>1501</sup> SMITH, Adam, ob. cit., pp. 207, 208 y 231.

<sup>1502</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 321.

<sup>1503</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 338. No podemos comentar por la naturaleza de este trabajo la cantidad de ideas económicas contenidas en las "Lectures" y que encuentran su pleno desarrollo en *The Wealth of Nations*: división del trabajo; manejo de los precios; producción agrícola; crítica a los monopolios; condena de la esclavitud; núcleo de la riqueza nacional; moneda; balanza de pago, etc.

<sup>1504</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 398.

<sup>1505</sup> SMITH, Adam, ob. cit., pp. 401 a 404.

derecho que desapareció en las consideraciones jurídicas provenientes del positivismo. En todo caso es en la Parte Séptima de *La Teoría de los Sentimientos Morales* donde Smith despliega sus consideraciones más importantes con respecto al derecho<sup>1506</sup>. En las últimas páginas del capítulo que citamos Smith luego de criticar a los “casuísticos”, se concentra en el derecho. Al referirse al derecho positivo señala que el mismo (o el sistema) es una aproximación más o menos imperfecta hacia un sistema natural de jurisprudencia o hacia una enumeración de las reglas particulares de la justicia. Es bien sabido que a lo largo de *La Teoría de los Sentimientos Morales* Smith dedica innumerables consideraciones a la justicia como una de las virtudes más perfectas. De alguna manera estamos más obligados a practicar esa virtud que otras<sup>1507</sup>. Es función del magistrado utilizar la fuerza para imponer esa virtud. Si no se hiciera así la sociedad civil correría el riesgo de verse envuelta en un baño de sangre en desórdenes graves. Pero en los estados bien gobernados el magistrado debe estar sujeto a leyes que guían su actividad, dichos instrumentos positivos deben o tratar al menos de coincidir con los mandatos de la “justicia natural”. El propio Smith reconoce que lo anterior no siempre sucede. Recordemos que una filosofía como la de Smith siempre tiene que tener la referencia a las pasiones. Materia prima sobre la cual se construyen los controles sociales que a veces no resultan ser tan eficientes. Smith con absoluto realismo usa a lo que él llama “natural justice” como medio de control de la ley positiva si

<sup>1506</sup> Knud Haakonssen en un interesante estudio sobre *The Lectures on Jurisprudence* de Smith toma las llamadas “Anderson Notes” para señalar que en la concepción de la “jurisprudencia” de Smith hay dos principios básicos: 1- To deprive a man of life or limbs or to give him pain is shocking to the rudest of our species when no enmity or grudge subsists, ie., where no punishment is due or danger apprehended. 2- We acquire a liking for those creatures or things which we are much conversant with and thus to deprive us of them must give us pain (Anderson Notes, Page 467). Para Haakonssen el primer principio se refiere a la integridad de la persona individual que debe ser reconocida por los demás. El segundo principio está relacionado con la “extensión” de la persona individual la cual en la búsqueda de satisfacer sus deseos lleva a una personalidad más compleja y en consecuencia a un rango más amplio de violaciones que puede sufrir. Lo anterior se refiere a la adquisición de posesiones y propiedades a través de relaciones contractuales con los demás. Para el autor que venimos citando aquí parece aplicarse la teoría de la asociación de Hume. Ver HAAKONSEEN, Knud. *The Lectures on Jurisprudence en Adam Smith, His Life, Thought and Legacy*, ob. cit., p. 53.

<sup>1507</sup> SMITH, Adam. *Theory of Moral...*, p. 99.

podemos decirlo así. El propio Smith añade que tanto el gobierno como los particulares pueden torcer las leyes positivas del país y alejarlas de lo que prescribe la justicia natural. En la idea de la justicia de Smith está presente esa compleja necesidad de dar a los “sentimientos de justicia” mayor certeza y precisión. Ello se logra en los países civilizados pero no en las sociedades donde predomina “la rudeza y el barbarismo”. Lo interesante de Smith es que parece anunciar lo que después más elaboradamente desarrollaría en el siglo veinte autores como Hart. Smith admite que en las sociedades poco desarrolladas las leyes son como sus maneras: “gruesas” y “rudas”. Lo anterior se traduce en algunos sistemas judiciales que no responden a lo que debería ser un sistema regular de jurisprudencia. Probablemente Smith pensaba en el sistema inglés –cuya evolución histórica conocía bien– como un modelo –perfectible por supuesto– digno de seguir. Pero ciertamente se trata de un ideal difícil de alcanzar: “En ningún país las decisiones que para cada caso da el derecho positivo coinciden exactamente con las reglas que el sentido natural de justicia puede dictar. Los sistemas de derecho positivo aunque merecen la mayor autoridad, como el compendio de los sentimientos de la humanidad en diferentes épocas y naciones, nunca pueden ser considerados como un preciso sistema de reglas de justicia natural”. A continuación Smith en uno de los párrafos más interesantes del tema que considera se ocupa de tratar de responder a la pregunta que nos hacemos: ¿Cuáles son las reglas naturales de la justicia? Para tratar de responder a la pregunta anterior recurre a la experiencia en este caso al razonamiento de los abogados (juristas). El esfuerzo a realizar debe ser independiente de todas las instituciones positivas. El razonamiento anterior debe llevar a establecer un sistema de jurisprudencia natural o una teoría de los principios generales que sirva de fundamento al derecho de todas las naciones. Para Smith –antes de la filosofía jurídica de Hegel en 1820– “la filosofía jurídica debe ser tratada por ella misma independientemente de las instituciones particulares de cada país”.

El reto futuro de Smith pareciera ser el que no lograron los ancianos moralistas, es decir, la enumeración de las reglas de la justicia. Para él tanto Aristóteles en su *Ética* como Cicerón tratan a la justicia de la forma general en que tratan otras virtudes. En opinión de Smith es Grocio el primero en tratar de aportarnos un sistema de esos principios que

deben funcionar o ser el fundamento del derecho de todas las naciones. Pero para Smith la labor de elaborar o hacer un recuento (es más preciso) de los principios generales es una actividad por hacer posterior a su filosofía moral, el tiempo (o la suerte) jugó en contra de él por lo cual no nos pudo aportar lo que pretendidamente podía haber sido su proyecto más importante con el perdón de los economistas<sup>1508</sup>.

Para Maritain la consideración jurídica y la moral se separan al menos desde el punto de vista de la idea del “derecho”.

El núcleo central del análisis de Maritain se concentra alrededor del concepto de “debitum”, lo que es debido, noción que es tan “primera” como la de deber y la de obligación. Noción clave en el concepto de moralidad ya que supone lo que se me debe no por lo que Smith llamaba los derechos producto de la “extensión” sino por lo que es debido en función de nuestra personalidad como hijos de Dios. Maritain busca las raíces de ese “debitum” en el campo ontológico. No es simplemente algo, debido como situación fáctica sino más bien un “deber ser” lo cual extiende sus raíces en lo más profundo del hombre como persona y ser moral. En este último sentido pasamos a un plano distinto del meramente ontológico para entrar en el reino de lo moral. No se trata de respetar el orden natural que aboga por la preservación material del ser y que coincide con la protección de la integridad física a lo cual se refería

<sup>1508</sup> En realidad las últimas líneas de la filosofía moral de Smith señalan: “I shall in another discourse, endeavour to give an account of the general principles of law and government, and of the different revolutions they have undergone in the different ages and periods of society, not only in what concerns justice, but in what concerns police, revenue, and arms, and whatever else is the object of law. I shall not, therefore, at present enter into any further detail concerning the history of jurisprudence”. Ver SMITH, Adam. *Theorie of Moral Sentiments*, ob. cit., pp. 404 y 405. Smith no se refiere al derecho natural. Los comentaristas de su obra señalan que trato de alejarse tanto de la teoría casuística de la escolástica, como de la teoría del derecho natural pero en todo caso nos recuerda al “contenido mínimo del derecho natural” comentado por Hart y nosotros en una obra anterior. Ver: HART, H.L.A. *El Concepto del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 239 y ss. Ver RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio. *Caminos de la Filosofía Jurídica Actual*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011, pp. 86 y ss. *La Filosofía del Derecho* de Hegel es de 1820 y según su autor “La ciencia filosófica del derecho tiene por objeto la idea del derecho o sea el concepto del Derecho y su realización”. No cabe duda que el concepto aunque se escriba igual tiene en Smith un contenido pragmático y en Hegel uno “ideal”. Ver HEGEL, Guillermo Federico, *Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho*. Introducción de Carlos Marx, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1937, p. 37.

Smith. Estamos frente a un orden en el cual lo propiamente moral se asume como una exigencia de conciencia de los demás hombres con respecto al bien debido a tal o cual ser humano. Ya no hablamos de lo que la naturaleza exige con respecto a los demás que bien podría ser una exigencia de exigencia mínima de la ley natural. Más bien Maritain se refiere a algo que refuerza lo anterior, lo natural, y surge de una profunda conciencia vinculada con el sentido de la obligación moral. Como señala Maritain “tengo derecho a existir, a vivir, y eso implica que los demás hombres están obligados respecto a mi existencia, obligados en conciencia a no privarme de ella”.

Pero sería imposible construir lo que Maritain pretende hacer si no existiera el concepto de bien. No podemos pretender desde el punto de vista ontológico y moral privar a alguien del “bien”. No solo por razones de la naturaleza sino por un profundo sentido de la moralidad que se nutre en sus raíces más profundas. Como señala Maritain: “El bien en cuestión me es debido porque soy un mí un yo. El bien moralmente debido es debido a un sí, y no solamente a una naturaleza. El animal no tiene un sí, un mundo interior que se presenta como su posesión. El advenimiento del sí, de la persona, hace trasponer a la noción de “debido” el umbral de dominio ético”. La apropiación del hombre de su sí mismo como dice Maritain tiene una doble perspectiva frente a mí, mi libertad, mi posibilidad de ir más allá de los determinismos para declarar ante mí y los demás que soy capaz de un último acto de libertad; y mi exigencia moral frente a los demás que respeten lo que como persona soy independientemente de que la sociedad en circunstancias históricas particulares pueda decir con respecto a ello.

Maritain lo expresa hermosamente de la siguiente manera: “La noción de lo debido se encuentra aquí transfigurada: significa ahora algo que es debido a mi yo, a mi persona como su débito. El bien debido es mío antes de que lo tenga y aun si nunca llego a tenerlo. Pertenece a la esfera de mi posesión de mi por mí mismo, a la esfera de lo que él sí posee; diría que es preposeído por mí”. Las anteriores caracterizaciones llevan a Maritain a definir a un derecho como “una exigencia que emana de un yo respecto a alguna cosa. Como su débito, lo que le es debido, lo que le es debido de modo tal que los otros agentes morales están obligados en conciencia a no frustrarlo”. De lo anterior se deriva

que la justicia se encuentra definida por medio del derecho: dar a cada uno lo suyo lo que le es debido<sup>1509</sup>.

No podemos dejar de señalar que en la concepción del derecho de Smith están presentes algunas líneas de pensamiento características. Una de ellas es la influencia de Grocio en la necesidad de establecer principios que sirvan para “fundar” el derecho (laws) de todas las naciones<sup>1510</sup>. Por otra parte, igualmente en esta materia, el utilitarismo de Hume se hace presente en la idea de la justicia. Para Hume: “la utilidad pública es el único origen de la justicia y que las reflexiones acerca de las consecuencias beneficiosas de esta virtud constituyen el único fundamento de su mérito es una proposición que, como despierta mayor curiosidad y es más importante, merece nuestro examen y estudio”<sup>1511</sup>.

El otro tema importante en Smith es que no parece haber un derecho natural ni en el sentido de la escolástica ni en el de los autores de la ilustración. En sus comentarios acerca de “aquellos sistemas que hacen de la razón el principio de aprobación” comentando a Hobbes señala: “Las leyes del magistrado civil, entonces, deben ser consideradas como el único y último estándar de lo que es justo e injusto, de lo que es correcto e incorrecto. Fue la intención de Hobbes cuando divulgó estas nociones, sujetar la conciencia de los hombres inmediatamente al poder civil y no al eclesiástico, cuya turbulencia y ambición, él había podido observar en su tiempo. El mismo (poder eclesiástico) podía ser visto como una fuente de desórdenes en la sociedad”. Esta doctrina en opinión de Smith era ofensiva para los teólogos. Era igualmente ofensiva para los moralistas porque eliminaba la distinción natural entre lo correcto e incorrecto y lo dejaba al mero arbitrio de funcionario. Citando al Dr. Cudworth, Smith señalaba que la ley no podía ser fuente de distinción ya que para ella era indiferente que una cosa fuera correcta o incorrecta. Lo anterior daba pie a Smith para citar el argumento de que era la razón. Es decir que habiéndose descartado la opinión de Hobbes la doctrina popular sostenía que la esencia de la virtud y el vicio no

<sup>1509</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 201 a 206. HUME, David, ob. cit., p. 51.

<sup>1510</sup> Ver SMITH, Adam, ob. cit., p. 405.

<sup>1511</sup> Hume somete las reglas de la equidad y de la justicia al “estado y condición particular” en que los hombres están situados. Ver HUME, David, ob. cit., p. 57. Ver SMITH, Adam, ob. cit., p. 107.

consiste en la conformidad o inconformidad de la acción humana con la ley de un superior sino más bien su conformidad o inconformidad con la razón que era considerada como la fuente original del principio de aprobación y desaprobación<sup>1512</sup>. Ya sabemos por lo visto antes en este trabajo que Smith siguiendo a Hume se inclina por el juicio del espectador imparcial relativo a los motivos de nuestros sentimientos.

En todo caso no parece –tal como ha sido señalado por algunos estudiosos de la obra de Smith– que haya en su obra jurídica y moral soporte alguno por la idea del derecho natural. De hecho quisiera reproducir los comentarios de Knud Haakonssen que dan algunas luces sobre el tema que estamos analizando y es el siguiente:

Smith discutió lo que él consideraba las dos principales líneas de pensamiento relativas a la moral, incluyendo las reglas jurídicas: la casuística que llegó a ser una parte importante de la teología escolástica (fue dejada de lado por la teología moral protestante) y el derecho natural que floreció con el despertar de Hugo Grocio. Smith fue crítico de ambos. Él rechazó el intento por los casuísticos de dirigir por reglas precisas lo que solo puede ser juzgado por los sentimientos. Ellos no son suficientemente casuísticos en el estricto sentido del término. Adicionalmente esos teólogos morales piensan que ellos pueden formular esas reglas dentro de un sistema que cubre todos los aspectos morales, no solo obligaciones para evitar el daño, sino también mandatos para hacer el bien. Lo último fue inútil, como reconocieron los juristas del derecho natural. Los juristas separaron lo justo de lo bueno pero no se adhirieron a la distinción y frecuentemente se confundieron con sus implicaciones. Smith frecuentemente se refería a tres de los más importantes juristas, Jean Barbeyrac, Samuel Puffendorf y Hutcheson, como casuísticos. Él continuaba su crítica en la introducción de las “lectures” de jurisprudencia, donde criticaba a Pufferdorf por no ser mejor que los “divinos” en su respuesta a Hobbes. El inglés mantenía que solamente con la creación contractual de la soberanía civil era posible la moralidad, mientras que los juristas del derecho natural cristiano, incluyendo a Puffendorf, mantenían que la ley y los derechos son

---

<sup>1512</sup> Ver SMITH, Adam, ob. cit., pp. 379 y 380. Ver HOBBS, Thomas. *Del Ciudadano*. Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966, pp. 73 y ss.



característicos de la humanidad incluso en su estado natural... Todo derecho en sentido propio es derecho positivo, pero los sistemas de derecho positivo nunca pueden ser considerados como sistemas precisos de las reglas de la justicia natural...<sup>1513</sup>

En términos extremadamente sencillos podríamos afirmar citando el ejemplo de Smith de un hombre en un lugar deshabitado que hay derecho natural aunque el niegue (con razón dentro de su concepción) la existencia de sentimientos morales.

Para Maritain (al menos en su perspectiva ética) el bien moral está fundado en la realidad extramental: Dios, la naturaleza de las cosas y especialmente la naturaleza humana, la ley natural...<sup>1514</sup> La cita que Maritain hace de la Antígona de Sófocles es más descriptiva que cualquier explicación:

Ni creí  
que tus bandos habían de tener tanto fuerza  
que habías, tu, mortal, de prevalecer por encima  
de las leyes no escritas e inmutables del Cielo;  
que no son de hoy ni son de ayer,  
sino que viven en todos los tiempos  
y nadie sabe cuándo aparecieron  
No iba yo a incurrir en la ira del cielo,  
violando esa ley  
por temor a los caprichos de hombre alguno<sup>1515</sup>.

Para Smith su proyecto de “historia de la jurisprudencia no llegó a ser realizado”. Tal como hemos señalado mando destruir sus notas de jurisprudencia por no ser suficientemente elaboradas como para

<sup>1513</sup> HAAKONSSSEN, Knud, ob. cit., pp. 51 y 52. SMITH, Adam, ob. cit., pp. 390 y ss. Parte de la crítica de Smith a los casuísticos se concentra en la “confesión católica” que para él es “una superstición católica”. Su dimensión de análisis se limita a la determinación por parte del sacerdote de la infracción causada y de la penitencia para absolver la misma, pero olvida la dimensión profunda de la reconciliación que el sacramento supone. Ver SMITH, ob. cit., p. 396.

<sup>1514</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., p. 8.

<sup>1515</sup> MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado*, Colección Vértice, Editorial Kraft, LTDA, Buenos Aires, Segunda Edición, 1952, p. 103.

publicarlas. Lo que conocemos son apuntes de clase. Los mismos se refieren a su curso de filosofía moral impartido en la Universidad de Glasgow (1752-1764). Dicho curso incluía Teología Natural, Ética y Jurisprudencia. Como ya indicamos al comienzo de este trabajo la *Riqueza de las Naciones* opacó durante bastante tiempo al Smith moralista y al jurista. Las cosas han ido cambiando poco a poco y su dimensión intelectual integral cada vez es más estudiada. Por ejemplo Peter Watson en *Ideas. Historia Intelectual de la Humanidad* señala: “Aunque terminaría siendo considerado el padre de la economía de libre mercado, el hecho es que, en realidad, Smith creía que la legislación era esencial en ciertas áreas de la vida con el fin de mantener la equidad y la transparencia, y él mismo dio clases de jurisprudencia”<sup>1516</sup>.

## QUINTA PARTE

### DIOS EN EL SISTEMA MORAL DE MARITAIN Y SMITH

Como hemos visto la ética de Maritain siguiendo la mejor tradición cristiana se constituye sobre el concepto de bien ontológicamente entendido. Pero para el cristiano el bien supremo de su vida sigue siendo su bien pero de forma secundaria. Ante todo es el bien de la Fuente trascendental del ser de sí mismo. Es decir quiere el bien de Dios más que el suyo. El suyo es subordinado al bien de Dios porque “ama a Dios con amor” El fin supremo es el objeto de un amor de amistad, lo cual según la doctrina cristiana, es propio de la caridad. Pero ¿Cómo se relaciona eso con la ética...? Qué es lo que define a la ética cristiana frente a otras por ejemplo la de Smith, o la aristotélica de la felicidad o la el deber de Kant. Es como dice Maritain “la ética del bien honesto, ética de lo bueno en sí mismo y de lo que está racionalmente fundado y que conocemos a través del conocimiento práctico. Dicha ética tiene sus raíces en el Bien Trascendente soberanamente amado. Aquí no hay ambages del lenguaje es una realidad que se nos impone”<sup>1517</sup>.

<sup>1516</sup> WATSON, Peter. *Ideas. Historia Intelectual de la Humanidad*. Crítica, Barcelona, Cuarta Impresión, 2011, p. 860.

<sup>1517</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 30 y 31.

El problema de depender de los sentidos, como en Smith por más perfecto y diferente de los otros que sea el sentido moral es que el mismo nos relativiza la forma de conocer las cosas. En la filosofía de hoy el “gap” entre la realidad y lo que percibimos nos coloca frente a un laberinto difícil de descifrar. No es fácil sin un acto supremo de humildad aceptar que el universo de lo moral es autónomo e irreductible. El descubrir –intelectualmente– lo bueno y lo malo es para Dios y para el hombre algo muy distinto de lo bello y feo estéticos que dependen de los sentidos. Por más perfecto que sea nuestro conocimiento la distinción entre el bien y el mal no se desvanece. Lo que decimos pudiera parecer una comparación intelectual desigual evidentemente supone grados de entendimiento. Como señala Maritain “En la cima, la manera como las acciones de los hombres son vistas por el Intelecto Primero es sin duda extraordinariamente diferente de la manera como nosotros las vemos y juzgamos. Pero sin embargo la distinción se mantiene, y las normas objetivas de lo que está bien o está mal permanecen sin cambio”<sup>1518</sup>.

Pareciera que en lo actual la palabra “norma objetiva” nos increpa como algo difícil de aceptar frente a las imposiciones del relativismo presente. Pero el relativismo siempre existirá frente a una moral que se construye sobre la base de un consenso y no sobre el fin supremo del hombre. En la balanza siempre vamos a tener por un lado la regla de la razón y por el otro la causa suprema para usar la terminología de Maritain. Que nuestros errores de apreciación infundadamente mezclen las cosas para contraponer lo físico producto de la naturaleza interior y exterior a nosotros con lo moral es una fuente inagotable de confusión. Confusión que genera dudas con respecto al amor de Dios por el hombre que no tiene límites.

Maritain decía con respecto a los que concebían el mal moral sobre el modelo del mal físico:

Esta manera de justificar la existencia del mal y de responder al problema del mal, físico y moral, diciendo que todos los sufrimientos soportados por los agentes libres, por las personas, y también las faltas morales de esos mismos agentes libres son necesarios para el bien y la gloria del cosmos, y para que la máquina del mundo

<sup>1518</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 87 y 88.

marche a la perfección, es la manera de defender la sabiduría divina practicada por los amigos de Job... La falta moral no será jamás, bajo ningún aspecto un bien con respecto a un orden superior cualquiera que este sea, sino que seguirá siendo eternamente un mal...<sup>1519</sup>

Para Maritain el orden moral que es un orden particular y autónomo, cuyo jefe y cabeza es Dios, nos pone en contacto con él. Ello se produce por encima de toda la máquina del universo. Ello no deja de ser complejo para el filósofo que conoce la causa por sus efectos pero no directamente<sup>1520</sup>. Lo anterior supone un grado de confianza con la divinidad que algunos podrían no aceptar a pesar de lo que señala Maritain con respecto a que “la filosofía moral no tiene posibilidad de ser adecuada a su objeto si ella no se vincula a una cualquiera de las tradiciones, religiosas de la humanidad”<sup>1521</sup>. No obstante la vinculación (en nuestra opinión) podría ser meramente instrumental como un recurso social más para soportar un control sobre la sociedad. Pudiera ese recurso estar en Smith. Pero lo verdaderamente central de la idea de Maritain es la relación del orden moral con Dios. Para ello no basta como probablemente también lo hizo Smith y algunos otros después “infinetizar” la naturaleza<sup>1522</sup>.

Ciertamente que ese orden no puede entenderse sin tener claro (para Maritain) dos elementos fundamentales: por un lado la gracia y la fe y por el otro lo que Maritain llama la sociología del fin último. Pero lo anterior no determina el obrar mecánico del ser humano, existe “el fin último y la dialéctica inmanente del primer acto de libertad”<sup>1523</sup>.

Maritain gráficamente trata de explicarnos dos casos: en el primero la voluntad nos lleva a un acto explícito de elección de Dios como fin último y por consiguiente del bien honesto como valor universal; adicionalmente a otros actos morales particulares puestos en virtud de esta

<sup>1519</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 90 y 91.

<sup>1520</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., p. 121.

<sup>1521</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., p. 127.

<sup>1522</sup> Ver RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio. *Integración y Orientación de 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, Caracas, 2015, pp. 12 y ss.

<sup>1523</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 132, 133 y 147.

primera elección. En el segundo la voluntad nos lleva a la elección explícita del bien honesto y a un acto de elección implícito de Dios como fin último y por consiguiente a otros actos morales particulares puestos en virtud de esa primera elección<sup>1524</sup>.

De cualquier manera para él Dios está explícitamente o implícitamente en la elección del bien honesto. Como puede observarse la explicación de Maritain “de la elección del bien moral” va más allá de la actuación del que “explícitamente” lo hace por la consideración de Dios como fin último. La argumentación anterior hace surgir la pregunta con respecto al “no creyente” que quiere tener una regla de conducta moral. La respuesta pudiera ser ese conocimiento implícito del que habla Maritain.

En todo caso el propio filósofo francés pretende dar algunas respuestas en el siguiente párrafo que define más claramente la relación moral-bien-Dios:

He dicho obligación hacia el bien. En último análisis, esta misma obligación culmina en la obligación para con el Bien subsistente, que es una Persona. Este aspecto más profundo ha sido manifestado a la razón filosófica por la revelación judeo-cristiana. Para la filosofía griega, el deber era solamente lo que convenía, officium. Es como ligado a la religión, al Decálogo, como el sentido sagrado del deber se ha desarrollado en nuestra civilización. Se constata también que la moral, en las condiciones existenciales de la humanidad, se ve reforzada, de hecho, o bien por la coerción social que la endurece, o bien por la fe religiosa en el Dios transcendente, que la sublimiza<sup>1525</sup>.

Es evidente que en Maritain esa relación Bien-Dios o Dios-Bien y sus implicaciones morales siempre va a generar dudas al no creyente. De alguna manera pareciera que en Smith y luego recientemente en autores como Dworkin es posible hablar de “religión sin Dios” por más contradictorio que pudiera parecer. Maritain profundiza su análisis filosófico moral con lo que él denomina “un problema especial”:

<sup>1524</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 153 y 154.

<sup>1525</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., p. 189.

¿estamos obligados hacia Dios porque estamos obligados hacia el bien, o estamos obligados para con el bien porque estamos obligados para con Dios? Creo que para responder a esta pregunta conviene distinguir por una parte el orden del movimiento del conocimiento, o del encadenamiento de los actos humanos, y por otra parte el orden de las causaciones y condicionamientos en el ser. En el orden gnoseológico, conozco al ser antes de conocer al Ser subsistente, y sin embargo, en el orden ontológico, no conocería yo al ser si Dios no existiera. Lo mismo en el orden del movimiento de la conciencia, y por consiguiente del encadenamiento de los actos humanos, ya por consiguiente de la lógica interna de la moralidad, mi obligación para con Dios síguese de mi obligación para con el bien. En la vía essendi, en el orden ontológico, en el orden de los condicionamientos del ser, mi obligación hacia el bien está fundada sobre mi obligación hacia Dios, en razón de Su derecho primordial a ser amado y obedecido por mí<sup>1526</sup>.

No puede entenderse la Moral en Maritain sino en referencia al fin último. De tal forma que la moral para él está situada en el orden de los medios para el fin último. Su soporte básico (si lo podemos llamar así) es la razón y la ley natural. El autor francés insiste en que lo anterior se encuentra complementado por todo el equipamiento sobrenatural proporcionado a un fin que de hecho es sobrenatural. En las últimas líneas de las “lecciones” que hemos venido comentando señala con respecto a la moral y su relación con lo supra moral:

...“diremos que la supra moral está situada en el dominio del fin último mismo en el cual el hombre es introducido ya desde ahora. Supone necesaria y absolutamente la moral, pero la perfecciona desde arriba; supone las virtudes morales y todas las regulaciones de la moral, supone la ley hasta la menor iota y es la plenitud de la ley, pero está centrada sobre el amor y sobre la unión a la voluntad

---

<sup>1526</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 129 y 130. Para Maritain el bien y el ser son coextensivos. Así señala Maritain: “El principio de Arquímedes metafísico gobierna la relación entre el gran todo y el todo particular, El bien de la acción moral que brota de las fuentes de la libertad acrecienta el bien del todo universal; y revierte sobre el agente libre bajo la forma de un bien ontológico, a fin de que este agente esté en su lugar, en línea con el todo”. Ver MARITAIN, Jacques, ob. cit., p. 233.

de Aquel que es amado, de suerte que entonces todo se simplifica: sicut oculi servorum. Su Código es el Sermón de la Montaña<sup>1527</sup>.

Dios es clave en la ética de origen tomista. Desde el punto de vista filosófico Maritain estableció una lección a seguir: no se puede responder a las grandes preguntas éticas de la humanidad desde la perspectiva de la filosofía sin afectarla integralmente. Si observamos lo que para Maritain supone la moral de acuerdo con el texto anterior vemos que trata de abarcar todos los aspectos de una realidad compleja. No obstante no duda en poner cada cosa en su sitio sin perder de vista la naturaleza orientada a líneas de la vida humana.

Probablemente debemos pensar mucho acerca de características de “nuestro ser en el mundo”. Comportándonos con finitud, contingencia y dependencia. La gran pregunta es si lo que los demás piensan de nuestros sentimientos y nosotros de los de ellos basta para llevar dignamente, en el sentido moral, la vida que tenemos por delante.

Adolf Reinach en sus *Anotaciones sobre Filosofía de la Religión* señalaba:

Una ética científica es enteramente incapaz de establecer ciertas verdades últimas; por ejemplo, que en este mundo pecador es mejor perdonar que castigar. Pero tal vez hay en la ética “puertas abierta” hacia la religión. ¡Piénsese en el concepto del castigo! o tal vez también en el problema de la justicia. En todo ello se realiza el tránsito al mundo real que la ética como tal apenas puede realizar<sup>1528</sup>.

El tema de la concepción teológica de Smith tanto en la *Teoría de los Sentimientos Morales* como en *La Riqueza de las Naciones* ha sido objeto de estudios recientes<sup>1529</sup>. Las discusiones con respecto a la

<sup>1527</sup> MARITAIN, Jacques, ob. cit., p. 236. Ver igualmente: DAUJAT, Jean, Maritain un maître pour notre temps, Tequí, París, 1978, p. 151.

<sup>1528</sup> REINACH, Adolf. *Anotaciones Sobre Filosofía de la Religión*, Ediciones Encuentro C.A. Ediciones Encuentro, C.A., Madrid, 2004, p. 17. Maritain se ocupa con lujo de detalles de la noción de sanción en la *Novena Lección de la Filosofía Moral*. Lamentablemente por las limitaciones que este trabajo impone podemos analizar este tema que por su interés debería ser parte de un estudio profundo. Ver MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 217 y ss.

<sup>1529</sup> Ver el documentado trabajo de Gordon Graham *Adam Smith and Religion*. Ver GRAHAM, Gordon en *Adam Smith. His Life, Thought and Legacy*, ob. cit., pp. 305 y ss.

religiosidad en la obra de Smith han generado todo tipo de polémica. Desde su religiosidad personal hasta la trascendencia o no de lo religioso en su obra filosófica. Evidentemente que en él hay todo un lenguaje que algunos asocian con la piedad de la época<sup>1530</sup>. No es cuestionable por sus biógrafos el hecho de que a diferencia de Hume en Smith existía una religiosidad al menos respetuosa del estatus religioso predominantemente presbiteriano de la Escocia del siglo XVIII. Recordemos que para la fecha todos los profesores de Glasgow debían firmar (como lo hizo Hutcheson antes que él) la “Westminster Confession”. Él la firmó sin mayor duda pero trató de solicitar que sus clases no comenzaran con una oración lo cual no le fue concedido<sup>1531</sup>. En todo caso lo que nos interesa seguir no es si el sentido del deber le da a Smith razones para creer en Dios y en la otra vida sino si su sistema moral le da entrada a estas creencias en él. Es obvio que para Smith hay una “religión natural” y que la misma contribuye al carácter moral de la sociedad. No es para él ajeno como para muchos filósofos morales que la religión es la primera escuela moral de la humanidad.

En el Capítulo Quinto de la Parte Tercera de la *Teoría de los Sentimientos Morales* Smith se adentra dentro del origen de las religiones. Al principio, en la época de ignorancia y oscuridad de las supersticiones paganas, los hombres le atribuyeron a los dioses todas las pasiones humanas. No tardaron mucho los humanos en relacionar con la “divina perfección” atributos dignos de admiración como la virtud y la beneficencia a la vez que también se les atribuía el poder de castigar por el vicio y la injusticia. Los hombres empezaron a recurrir a la divinidad por premios y castigos. Para Smith estas esperanzas naturales, miedos, dudas, fueron propagadas por “simpatía” y confirmadas por la educación; y los dioses fueron universalmente representados y creídos como los que premiaban la humanidad y la misericordia y castigaban la perfidia y la injusticia. Para el filósofo escocés la religión, aun en su forma más primitiva, servía para sancionar las reglas de la moralidad<sup>1532</sup>. Si seguimos el texto de Smith podemos fácilmente darnos cuenta que la

---

<sup>1530</sup> Ver GRAHAM, Gordon, ob. cit., p. 308.

<sup>1531</sup> Ver GRAHAM, Gordon, ob. cit., p. 307.

<sup>1532</sup> SMITH, Adam, ob. cit., pp. 190 y 191.



religión soporta a las reglas de la moralidad incluso antes de lo que él llama “el razonamiento artificial de la filosofía”. Ese uso “instrumental” de la religión parece llevarnos a dos importantes conclusiones: Sigue siendo el sentido moral quien determina por la simpatía que debemos hacer y segundo no parece en todo este proceso que la religión (no se habla expresamente de Dios) cumpla un rol fundador de la moral como aparece en Maritain<sup>1533</sup>.

Continuando con el desarrollo de la parte de la *Teoría de los Sentimientos Morales* que venimos comentando Smith agrupa un conjunto de palabras con contenido moral (correcto, incorrecto, propio, impropio, grácil e indecoroso) a las cuales le da el sentido que satisface o no a las facultades morales. Lo curioso es que cuando trata de pasar a describir los “principios de la naturaleza humana” y las reglas que los determinan se refiere a estas últimas como “los mandamientos de la Deidad promulgados por los “vicegerentes” que tienen la posibilidad de establecerlos”. Esas reglas generales –comunes con otras reglas generales como las del movimiento– que nuestras facultades morales observan aprobando o condenando cualquier sentimiento o acción que sea sometido a su examen puede ser calificada una ley (por su semejanza con lo que normalmente consideramos como ley que no es otra cosa que las reglas generales que el soberano dicta para dirigir la conducta de los sujetos). Como las leyes en sentido estricto, dichas leyes morales son reglas que dirigen las acciones de los hombres: ellas son dictadas casi seguramente por un legislador superior (lawfull) y su observación o no acarrea un premio o un castigo. Esos vicegerentes de Dios dentro de nosotros nunca fallan a la hora de castigar la violación de las leyes con los tormentos de la vergüenza interna y la propia condenación; y lo contrario siempre recompensan la obediencia con tranquilidad mental,

---

<sup>1533</sup> En esta parte del trabajo donde Smith parece anunciar lo que desarrollará con más detalle sobre los sentimientos morales y la relación de la religión y la razón con ellos incluye un texto que pretende no ser excluyente para no anticiparse a las conclusiones. Así señala: “Cualquiera que sea la suposición que hagamos sobre los fundamentos de nuestras facultades morales, ya sea sobre ciertas modificaciones de la razón, sobre un instinto original llamado sentido moral o sobre cualquier otro principio de nuestra naturaleza no cabe ninguna duda que ellos nos fueron dados para dirigir nuestra conducta en la vida”. Ver SMITH, Adam, ob. cit., p. 191.

con alegría y satisfacción propia<sup>1534</sup>. El texto anterior que reviste algún grado de complejidad es decisivo para entender la relación existente entre Dios y los sentimientos morales.

Como vemos el tema, pareciera que existen unas facultades morales que aprueban o no sentimientos dependiendo de la naturaleza de los mismos (me refiero a las cualidades que los hacen agradables o no desde el punto de vista moral). Lo anterior podemos aceptarlo sin mayores objeciones como algo propio de la naturaleza humana. Lo importante no es haberse dado cuenta de esa cualidad –que como otras– son establecidas para satisfacer el sentido al cual se dirige. Lo importante, insisto, es el paso de la anterior constatación a una ley que tiene algún parecido con las que dicta el soberano. Pero esa ley, propia de la naturaleza humana, es dictada por el “vicegerente” que tenemos dentro de nosotros mismos siguiendo las órdenes y leyes de la “Deidad”. Pareciera, en su opinión, aunque Smith no lo diga, que hay una forma de “conciencia” que se ajusta a lo querido por la deidad. Pareciera haber un plan del “autor de la naturaleza”. Smith lo expresa así: “La felicidad de la humanidad, al igual que otras criaturas racionales, parece haber sido el propósito original pretendido por a Autor de la Naturaleza cuando le dio la existencia”<sup>1535</sup>. Lo anteriormente señalado se corrobora cuando menciona que actuar de acuerdo con los requerimientos de nuestras facultades morales no solo promueve la felicidad de la humanidad sino también nos hace “colaboradores con la Deidad para avanzar, de acuerdo con nuestras posibilidades, el plan de la providencia”<sup>1536</sup>. Sabemos que en Smith el sistema moral se soporta por las leyes de un ser poderoso que vigila nuestra conducta y que en la vida por venir nos va a premiar o a castigar. Más adelante trata de afianzar el concepto señalado: “Que nuestra consideración de la voluntad de la deidad debe ser la regla suprema de nuestra conducta, no puede ser dudado por nadie que crea en su existencia”.

En Smith no reconocer el hecho anterior es chocantemente impropio, vano, contrario a nuestros propios intereses aunque no haya castigo

<sup>1534</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 192.

<sup>1535</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 192.

<sup>1536</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 193.

por su violación. Podemos escapar de la observación del hombre o estar por encima del castigo humano, pero siempre estaremos expuestos al castigo de Dios, el gran vengador de la injusticia<sup>1537</sup>. Mucho se ha discutido sobre una teología implícita en Smith. Evidentemente no era un teólogo aunque tenía una formación básica, recordemos que alguno de sus cursos incluía teología. La gran pregunta sigue siendo si la religión es un recurso más para soportar los “sentimientos morales” o constituye un elemento esencial de su concepción moral. Pareciera que la teoría puede funcionar sin el recurso a Dios como centro de él. Ello no puede llevarnos a concluir acerca de la religiosidad de Smith. Tampoco a decir que prescindiera de la misma en su teoría moral como algunos han tratado de adelantar. Es ciertamente evidente, como para algunos autores de la ilustración, que la religión era solo un recurso más para apoyar lo moral. Podemos especular incluso que el recurso a ella no era sino una forma de evitar presiones como las que tuvo que enfrentar Hume por su manifiesta antirreligiosidad; todo ello es mera especulación. El siguiente texto que da alguna luz sobre el tema es interesante y parece diferenciar al moralista no creyente, para colocarnos en los extremos, del que es:

... religion enforces de natural sense of duty: and hence it is that mankind are generally disposed to place great confidence in the probity of those who seem deeply impressed with religious sentiments. Such persons, they imagine, act under an additional tie, besides those which regulate the conduct of other men. The regard to the propriety of action, as well as to reputation, the regard to the applause of his own breast, as well as to that of others; are motives which, they suppose, have the same influence over the religious man as over the man of the world. But the former lies under another restraint, and never acts deliberately but in the presence of the great Superior who is finally to recompense him according to his deeds. A greater trust is disposed, upon this account, in the regularity and exactness of his conduct<sup>1538</sup>.

<sup>1537</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 197.

<sup>1538</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 197. Ver también pp. 108, 146, 148, 205, 207, 300, 329, 330, 331, 356, 361, 392 y 436.

En un punto donde Smith y Maritain se encuentran es frente a la futilidad de la vida humana. Para Smith es el concepto de filosofía esplenética (*Splenetic philosophy*) en el cual ilustra la condición de los seres humanos los cuales “en tiempos de enfermedad o espíritu debilitado, es familiar a todo hombre, el cual desprecia enteramente los grandes objetos del deseo humano, cuando con mejor salud y mejor humor, nunca fallamos en considerarlos bajo mejor aspecto” Maritain en uno de los pasajes más hermosos de las *Lecciones* de las que hemos venido hablando se refiere a la temporalidad del *Eclesiastés*. La diferencia para Maritain es Dios fin de toda la vida humana:

El *Eclesiastés* sabe que la felicidad es el fin de la vida terrestre, pero también sabe que la felicidad no existe, que esa felicidad para la cual estoy hecho es una impostura un sueño engañoso. (Cuando mucho, lo que queda es el vientre; es ahí donde todo acaba “todo el trabajo del hombre es para su boca. Pero sus deseos jamás se satisface (VI, 7).

¿Cuál es el sentido de este libro?. Si tuviéramos una existencia puramente terrestre, el *Eclesiastés* tendría razón. Esta visión puramente terrestre, aparentemente naturalista, proviene en realidad de una especie de noche oscura, de una intuición ardiente del don de ciencia, y la fe en Dios no solamente permanece viva, sino que está en el centro de este pensamiento desolado. Por eso concluye declarando: “Teme a Dios y observa sus mandamientos, pues en eso consiste todo el hombre”<sup>1539</sup>.

## REFLEXIONES FINALES

Adam Smith fue filósofo moral antes de emprender el trabajo de “economía” por el cual es conocido. Su importancia como filósofo moral se encuadra en la época de la ilustración escocesa. Ella coincidió con todo un desarrollo en Europa en la cual se derribaron muchas de las creencias filosófico-morales tradicionales. Posteriormente ese esfuerzo de la ilustración europea precedida por Kant fue considerado como un

<sup>1539</sup> SMITH, Adam, ob. cit., p. 215. MARITAIN, Jacques, ob. cit., pp. 109 y 110. Sobre la relación entre la Filosofía Moral y la Teología, ver MACYTIRE, ob. cit., pp. 264. y ss.

fracaso frente a radicalismos como el de Nietzsche<sup>1540</sup>. Si bien Smith discute derivar la moralidad de la psicología su esfuerzo marca un paso importante para entender cómo funcionan los mecanismos de control social. Ello no deja de suponer riesgos a la hora de manipular la conducta de los individuos y eso es un tema a reflexionar de sus planteamientos. Si bien olvida un fundamento metafísico de la moral su teoría pretende asumir una forma práctica de entender la forma por la cual actuamos. Eso a pesar de su deficiencia ontológica pudiera haberla hecho atractiva.

A fin de cuentas su manera de asumir el problema pareciera (a diferencia de Maritain) prescindir de la esencia (integral) del análisis filosófico. Insisto el tema psicológico es clave para descifrar cómo socialmente podemos manipular la forma de actuar de las personas y ello de por sí genera un problema “ético” diferente. Es como habla la filosofía moral de hoy de temas relativos al “carácter” de las personas, lo cual al final pareciera desplazar el análisis filosófico por la efectividad psicológica. Lo anterior supone reducir la integralidad de la vida humana (religiosa, estética, final, etc.) a una forma racional de entender la complejidad que envuelve al actuar humano. No se puede simplificar hasta los extremos de mostrar una simplicidad tan fácil de debatir como las explicaciones reductivas. Eso dará pie a las “elecciones radicales” de Kierkegaard.

Al final no podemos menospreciar el esfuerzo de la ilustración por fundar y justificar la moralidad. Al renunciar de manera radical a la virtud –Smith no lo hizo– pareciera reducir las alternativas relacionadas con la moral vinculada con las decisiones individuales. Por ello el

---

<sup>1540</sup> Bernard Williams señala: “No es una paradoja que en estas nuevas circunstancias las filosofías del pasado tienen mucho más que ofrecer que las nuevas, y la historia del relato debe señalarse para mostrar por qué esto es así. Eso envuelve el comienzo y el final del Cristianismo (que ayuda a explicar por qué el mundo anciano está más cerca de lo que parece), y los fallos de la Ilustración (que hace sus características filosóficas poco útiles). Algunos, probablemente la mayoría que llegaron a esta conclusión –notablemente Nietzsche, en la medida que él asumió esa descripción– lo tomaron como una manera de destruir los valores de la ilustración, y si no, interpretaron esos valores de una manera conservadora, como muchos Hegelianos. Yo no pienso que debemos unirnos a ellos. El respeto por la libertad y la justicia social y la crítica de las instituciones opresivas y decepcionantes puede no ser fácil como tampoco lo fue en el pasado, puede ser difícil, pero necesitamos suponer que no tenemos ideas para alcanzarlos”. Ver WILLIAMS, Bernard, ob. cit., p. 198.

aristotelismo inherente a la “virtud” nos toca la puerta cada momento que hablamos de la moral como la mejor forma de vivir. Si bien la “alegría” o la “felicidad” aristotélica no nos cuenta sino una parte de la explicación no deja de ser atractiva al menos como lo que alcanzamos terrenalmente. Las limitaciones de lo anterior le dan sentido a las tesis de Santo Tomás fundadas en lo más profundo del fin último no perceptible en una forma temporal de ver la moralidad. No es despreciable tampoco el esfuerzo de Smith que tiene sus fundamentos en Hume de convertir a la “simpatía” en el puente existente entre nuestros deseos, emociones e intereses y las reglas generales que sirvan para determinar cómo debemos actuar.

Relacionar el tema moral con la filosofía parece crearle a esta última un reto clave como es explicar el por qué debemos actuar de una manera determinada. No sabemos si el título de la obra de Bernard Williams *Ethics and the Limits of Philosophy* es una manera de reconocer los límites existentes para fijar, por parte de la filosofía, pautas de actuación que no suponen un reconocimiento general por parte de los destinatarios de la regulación. Tal como señala Alasdair Macintyre en *After Virtue*: el fallo de la filosofía en no aportar un fundamento del discurso moral es una importante causa de que la filosofía pierda su rol cultural central y se transforme en un sujeto estrecho académicamente marginal<sup>1541</sup>. No podemos olvidar que Smith es un producto del siglo XVIII que venía siendo influido por el concepto empirista de experiencia.

El tema recurrente de la crítica a Smith se refiere –tal como lo planteó Reid– que no hay un estándar de virtud en Smith ya que no depende de nuestras acciones sino del tono o intensidad de nuestras pasiones las cuales dependen de la constitución de cada hombre. Reid continúa criticando a Smith de la misma manera que lo hizo Cicerón de los Epicúreos. En tal sentido señala: “Entonces su escuela indudablemente predica la pretensión de justicia en lugar de lo real y lo genuino. Sus lecciones se refieren a esto –nosotros tenemos que despreciar la confiable voz de nuestra propia conciencia y correr detrás de la falible imaginación de otros hombres”<sup>1542</sup>.

<sup>1541</sup> Ver MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue*, ob. cit., pos 1239 y 1242.

<sup>1542</sup> Ver SIMPSON ROSS, Ian. *The Life of Adam Smith*, ob. cit., p. 193.

No cabe duda que la obra moral de Smith tuvo importante repercusión en países Europeos como Alemania y Francia. Lo leyeron y comentaron Lessing, Herder y Kant entre otros. El concepto de “sympathetic imagination” fue atractivo para los hombres de letras y probablemente ayudó a dar forma al nuevo drama de la época como el “Nathan der Weise” de Lessing.

Para Voltaire en Francia “no tenían nada igual a Smith con el perdón de sus queridos compatriotas”<sup>1543</sup>. El sentido “moral” adquiría en Smith los caracteres de una época. De alguna manera pretendió guardar algunos elementos de la virtud de orden aristotélico más que tomarla pero sujetando todo a lo que el sentido moral podía percibir<sup>1544</sup>. Probablemente la siguiente anécdota refleje la forma de percibir la moral de Smith:

En la preparación de la cuarta reunión de la “Literary class” el 16 de febrero de 1784 se le pidió a Smith que leyera un trabajo preparado por John Maclaurin, hijo de Colin Maclaurin el matemático, en el cual se trataba de demostrar (siguiendo el discurso de Dio Chrijsostam) que la ciudad de Troya no había sido tomada por los griegos. Smith aceptó con aire despreocupado leer el trabajo. Es más, reconoció no conocer las fuentes de Maclaurin, sin embargo aceptaba en dudar de la historicidad de cualquier hecho relacionado con la guerra de Troya. Pero con lo que no podía ir adelante era con el señalamiento de que era probable que Helena fuera una mujer honesta y lo demás<sup>1545</sup>.

En *La Riqueza de las Naciones* Smith habla de dos sistemas morales “el estricto o austero y el liberal u holgado. El primero es favorecido por la gente común, el segundo por la gente que está de moda”<sup>1546</sup>. En realidad el austero Smith se inclina por el sistema estricto.

Mucho se ha dicho de Smith el economista y no han faltado oportunidades en que se le ha malinterpretado. Por ejemplo se cita el siguiente pasaje: “No es por la benevolencia del carnicero, el cervecero

<sup>1543</sup> SIMPSON ROSS, Ian, ob. cit., pp. 193 y 194.

<sup>1544</sup> SMITH, Adam, ob. cit., pp. 311 y 312.

<sup>1545</sup> SIMPSON ROSS, Ian, ob. cit., p. 370.

<sup>1546</sup> SMITH, Adam. *An Inquiry Into The Nature and Causes of The Wealth of Nations*. The Modern Library Randon House, New York, 1937, p. 746.

o el panadero que nosotros esperamos nuestra cena, sino por la consideración de sus propios intereses. Nos referimos nosotros no a su humanidad sino a su amor a ellos mismos y nunca hablamos a ellos de nuestras propias necesidades sino de sus ventajas”. El siguiente texto citado por Putnam es interpretado en su correcto sentido señalando los comentarios de Amartya Sen:

Mientras que muchos admiradores de Smith parecen no ir más allá de este fragmento acerca del carnicero y el cervecero, la lectura misma de este pasaje puede indicar que lo que Smith está haciendo aquí es especificar por qué y cómo las transacciones normales del mercado son llevadas, y por qué y cómo la división del trabajo opera, lo cual es el sujeto del capítulo en el cual el parágrafo citado se produce. Pero el hecho de que Smith señale las mutuas ventajas del comercio es algo común y no indica de ninguna manera que su pensamiento se refiera a los propios intereses (self love). Realmente él sostiene lo contrario. Él no deja la salvación económica en una única motivación<sup>1547</sup>.

Amartya Sen en *La Idea de La Justicia* señala:

Comprender el mundo no es nunca una simple cuestión de registrar nuestras percepciones inmediatas. Comprender entraña inevitablemente razonar. Tenemos que leer lo que sentimos y lo que parece que vemos, y preguntar qué indican esas percepciones y cómo podemos tenerlas en cuenta sin sentirnos abrumados por ellas. Una cuestión se refiere a la confiabilidad de nuestros sentimientos e impresiones. Un sentimiento de injusticia podría servir como señal para movernos, pero una señal exige examen crítico y tiene que haber cierto escrutinio de una conclusión basada en señales. La convicción de Adam Smith sobre la importancia de los sentimientos morales no lo disuadió de buscar una teoría de “los sentimientos morales” ni de insistir en que un sentimiento de injusticia sea críticamente examinado a través de un escrutinio de la razón para determinar si puede ser la base de una condena sostenible<sup>1548</sup>.

---

<sup>1547</sup> PUTNAM, Hilary. *The Collapse of the Fact Value. Dichotomy and other Essays*, Harvard University Press, 2002, pp. 48 y 49.

<sup>1548</sup> SEN, Amartya. *La Idea de la Justicia*, Taurus Pensamiento, 2009, p. 12.



Que tengamos que acudir a criterios distintos de lo planteado por Smith para juzgarlo no parece una forma adecuada de referirse a una teoría moral que pudiera pretender explicar la naturaleza de nuestro actuar.

Maritain sostiene la forma permanente de esta moral referida a los valores permanentes presentes en el actuar. Su verticalidad nos sorprende con lo referido a lo absoluto. Su crítica de Bergson parece recordarnos el sitio de la razón en la búsqueda de lo inmanente del actuar humano. Que Bergson no se haya referido a lo racional parece descubrir una parte importante de la teoría moral frente al mundo pero a la vez pone de relieve la trascendentalidad de la naturaleza del actuar libre determinado por una finalidad que se nos superpone. Él lo sabía y supo con gran modestia reconocer que en el mundo la moral reposa sobre un Dios difícil de revelar. Al final el tema moral se relaciona con la pregunta relativa a ¿para qué nacimos sobre la tierra? Maritain estableció una manera de ver la moral imbricada en los valores permanentes del hombre. Su forma de relacionarnos con él se refiere a una concepción integral del mismo en la cual Dios juega un rol de primer orden. El tiempo transcurrido entre él y Smith no supone otra cosa que una forma diferente de ver la moral. En el último la necesidad de una explicación sometida a corroboración empírica parece limitarse a algo no totalmente completo. Smith lo entendió y desarrolló una teoría en la cual la relación a los valores y al último valor no estaban ausentes. Puede que la novedad impuesta por su forma económica de visualizar la realidad creara alguna perspectiva novedosa pero ello no puede minimizar una concepción moral en la cual se pretende buscar unas reglas de cómo vivir mejor en sociedad. Desde el punto de vista de la perspectiva de Maritain con respecto a la búsqueda del bien trascendental, no como complemento de lo social, sino como requisito básico de nuestra forma de estar en la vida, puede haberle faltado a Smith una consideración de lo moral no fundamentada sobre la necesidad de consensos sociales acerca de lo que es moral o no. El no entendimiento del amor de amistad que el cristianismo relaciona con la caridad es una fuente inagotable de reducción de la moral a lo convencional. Tal como señalaba Bernard Williams lo clásico, relacionado con la teleología, nos increpa acerca de la eterna pregunta con respecto a cómo debemos vivir.

El tema no deja de tener características de urgencia en un país como el nuestro. No se trata de una abstracción filosófica más que ilustra un trabajo que pudiera ser uno más en el conjunto de la filosofía moral. Es una necesidad en la sociedad venezolana actual de explicar o calificar nuestra relación frente a los demás. Pudiera ser difícil de entender el por qué no existe un acuerdo “ético” que explique tal nivel de actuación difícil de entender frente a valores que en el pasado estuvieron presentes. De alguna forma buscamos explicaciones que abarcan conductas de tan distinta naturaleza como la de los ciudadanos que con violencia se alejan de las reglas de convivencia social hasta la de los niveles más altos de la sociedad como los políticos y empresarios. Es tan moralmente condenable hacerle daño a alguien para satisfacer una necesidad inmediata como valerse de la posición empresarial o política para extraer a la sociedad recursos necesarios para su desarrollo. La reconstitución del mundo moral nos llama con inminente urgencia y esa reflexión no puede ser dejada de lado y en ese sentido la filosofía de lo moral pudiera aportar elementos para empezar a reconstruir nuestra forma de entendernos éticamente. No se trata de reducirlo a un conjunto de reglas sino más bien a tratar de dar explicaciones que se conviertan en líneas de conducta que determinen la necesidad de fijar nuestro comportamiento moral.

Al final es establecer formas de actuar acordes con un proyecto social en el cual la solidaridad y caridad cristiana estén presentes. Ello no es ajeno a Smith y Maritain. Cada uno lo expresó en sistemas morales diferentes. En uno la integralidad de lo “personal” estaba presente en su relación con un todo filosófico-humano. En el otro la necesidad de dar explicaciones prácticas no se reducirá a lo simplemente evidente. Sin embargo en el fondo de los dos estaba presente la necesidad de entender cómo debemos conducirnos frente a los demás. Las fuentes de esa motivación son diferentes y pueden explicar la necesidad de dar pautas que sirvan como forma de condicionar nuestro comportamiento social, lo anterior se debe necesariamente complementar con una justificación de nuestro actuar moral necesario para darle sentido a nuestro proceder.

En la filosofía de hoy cuando vemos tendencias como la de la ética reconstructiva que con herramientas de la filosofía hegeliana pretende combinar elementos de análisis como el destino; la lucha a muerte por

el reconocimiento y el amor y el perdón nos damos cuenta que muchos elementos de Maritain y Smith deberían ser considerados<sup>1549</sup>. No se trata de pensar en soluciones únicas. Cada paso que da la filosofía no es despreciable, supone un esfuerzo común de la humanidad por aproximarse a la verdad.

El propio Maritain lo dijo cuando señaló: “Es preciso, pues, que el filósofo deje obrar al tiempo, el gran barrendero”<sup>1550</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

BERGSON, Henry: *Les Deux Sources de la Morale et de la Religion* (1932).

Edición de las obras completas. Amazon Kindle.

DEBES, Remy: “Adam Smith and the Sympathetic Imagination” en *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, Patrick Ryan, ed., Hanley, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2016. Edición Electrónica de Amazon Kindle.

FERRY, Jean Marc: *Le Dictionnaire Des Sciences Humaines*, Puf, París, 2006.

<sup>1549</sup> Jean-Marc Ferry ha explicado cómo la ética reconstructiva puede ayudar a solucionar conflictos como los políticos. De hecho, el tema del destino está vinculado con las crisis. El de la lucha por el reconocimiento por la necesidad de reforzar el “soi pur”. Al final la única solución es el amor y el perdón. Ver FERRY, Jean Marc. *Le Dictionnaire Des Sciences Humaines*. Puf, París, 2006, pp. 40 y ss.

<sup>1550</sup> RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio, *El Campesino de la Garona. Breve Introducción al Pensamiento de Jacques Maritain*, ob. cit., p. 141. Por su parte Smith en *La Teoría de los Sentimientos Morales* escribió: “In the end, time, the great universal comforter, gradually composes the weak man to the same degree of tranquillity which a regard to his own dignity and manhood teaches the wise, man to assume in the beginning”. SMITH, Adam, ob. cit., p. 175. En el fondo en el mundo de hoy está siempre presente la discusión entre la ética teórica y la práctica. Por ejemplo Tony Judt señalaba: Para ser franco, prefiero la ética escéptica de la generación de Rawls y un poco posteriores: la de aquellos para quienes el propio proyecto de identificar y fundamentar una ética universal llega a parecerles imposible, y en última instancia, inútil. Es mejor decir que existen normas de comportamiento humano que han emergido como atractivas y universalizables; y que son, dentro de unas circunstancias razonables, ejecutables. Esto no es lo mismo que el neorrelativismo de los pragmáticos de la última generación: los principios éticos que uno puede aplicar son reales, y son mejores y más aceptables que los que uno no desea aplicar. Pero en parte son atractivos porque la gente los encuentra aceptables; y, en todo caso, probablemente son los mejores a los que podemos aspirar si apostamos más por una ética práctica que por una moral teórica”. Ver JUDT, Tony con Timothy Snyder. *Pensar en el Siglo XX*, Taurus Historia, Caracas, 2012, p. 283.

- FINNIS, John: *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- GRAHAM, Gordon: “Adam Smith and Religion” en *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, Patrick Ryan, ed., Hanley, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2016. Edición Electrónica de Amazon Kindle.
- HAAKONSEN, Knud: “The Lectures on Jurisprudence” en *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, Patrick Ryan, ed., Hanley, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2016. Edición Electrónica de Amazon Kindle.
- HART, H.L.A.: *El Concepto del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.
- HEGEL, Guillermo Federico: *Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1937.
- HERZOG, Lisa: “Adam Smith and Modern Ethic” en *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, Patrick Ryan, ed., Hanley, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2016. Edición Electrónica de Amazon Kindle.
- HUME, David: *Investigación sobre los Principios de la Moral*. Filosofía, Alianza Editorial, Traducción, Prólogo y Notas de Carlos Mellizo, Madrid, 2006.
- JUDT, Tony con Timothy Snyder: *Pensar en el Siglo XX*, Taurus Historia, Caracas, 2012.
- KENNY, Anthony: *Western Philosophy (A New History of)* Clarendon Press, Oxford, 2010.
- LERNER, Max: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* by Adam Smith. The Modern Library, New York Random House, 1937.
- MACINTYRE, Alasdair: *After Virtue. A Study in Moral Theory*. Third Edition, University of Notre Dame, Indiana, 2007. Edición Electrónica de Amazon Kindle.
- MARITAIN, Jacques: *Humanismo Integral*, Biblioteca Palabra, Madrid 1999.
- MARITAIN, Jacques: *Los Grados del Saber*, Club de Lectores, Buenos Aires, Argentina, 1983.
- MARITAIN, Jacques: *De Bergson a Santo Tomás de Aquino*. Traducción de Gilberte Moteau de Buedo, Club de Lectores, Buenos Aires, 1967.
- MARITAIN, Jacques: *Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1966.

- MARITAIN, Jacques: *Neuf Lecons Sur Les Notions Premieres de la Philosophie Morale* publicada por Pierre Téqui en París, 1965.
- MARITAIN, Jacques: *El hombre y el Estado*, Colección Vértice, Editorial Kraft, LTDA, Buenos Aires, Segunda Edición, 1952.
- MOLONEY, Pat: “Introducción” en Adam Smith: *The Theory of Moral Sentiments*, Barnes and Noble, New York, 2004.
- MONTES, Leonidas: “Adam Smith: Self Interest and the Virtues” en *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, Patrick Ryan, ed., Hanley, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2016. Edición Electrónica de Amazon Kindle.
- MOUGEL, René: *Review de Sciences Religieuses. Le Payson de la Garonne genèse et lignes de fond*, 2007. <https://philpapers.org/rec/moulp>.
- PUTNAM, Hilary: *The Collapse of the Fact Value. Dichotomy and other Essays*, Harvard University Press, 2002.
- REINACH, Adolf: *Los Fundamentos a priori del Derecho Civil*. Traducción de Mariano Crespo, Editorial Comares, Granada, 2010.
- REINACH, Adolf: *Anotaciones Sobre Filosofía de la Religión*, Ediciones Encuentro C.A. Ediciones Encuentro, C.A., Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio: *Los Llamados Actos Intencionales en la Consideración del Filósofo de Hoy*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Tecni-Ciencia Libros, Caracas, 2017.
- RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio: *Integración y Orientación de 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, Caracas, 2015.
- RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio: *El Campesino de la Garona. Breve Introducción al Pensamiento de Jacques Maritain*. Zuma 07, C.A., Caracas, 2009.
- ROSS, Ian Simpson: *The Life of Adam Smith*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1995. Edición Electrónica de Amazon Kindle.
- RYAN, Patrick, ed. *Adam Smith His Life, Thought, and Legacy*, Hanley, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2016. Edición Electrónica de Amazon Kindle.
- SEN, Amartya: *La Idea de la Justicia*, Taurus Pensamiento, 2009.
- SCHLIESSER, Eric: *The Theory of Moral Sentiments en Adam Smith His Life, Thought, and Legacy* Edited by Ryan Patrick Hanley. Princeton, University Press. Princeton, New Jersey, 2016.
- SCRUTON, Roger: *Modern Philosophy*, Penguin Books, New York, 1994.

- SMITH, Adam: *The Theory of Moral Sentiments*. Introduction by Pat Moloney. Barnes and Noble, New York, 2004.
- SMITH, Adam: *Lectures on Jurisprudence*, Liberty Fund, Indianápolis, 1982.
- SMITH, Adam: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, The Modern Library, New York Randon House, 1937.
- STEIN, Edith en: *The collected works of Edith Stein*. Sister Teresa Benedicta of the Cross. Discalced Carmelite, Volumen Three On the Problem of Empathy Third Revised Edition. Traslated by Waltraut Stein, Washington, 1989. Edición Electrónica de Amazon Kindle.
- TEICHMAN, Robert: *The Philosophy of Elizabeth Anscombe*, Oxford University Press, edición Kindle.
- WILLIAMS, Bernard: *Ethics and the Limits of Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985.

# 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 intitulado "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”<sup>1551</sup>. Esta jerarquía, en palabras del mismo autor —siguiendo a PIZA—<sup>1552</sup>, puede ser de cuatro niveles: (i) supraconstitucional, (ii) constitucional, (iii) supralegal y (iv) legal<sup>1553</sup>; 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.

<sup>1551</sup> 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.

<sup>1552</sup> *Ídem*, parafraseando a PIZA, Rodolfo, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, San José, 1989, pp. 86 y ss.

<sup>1553</sup> 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”<sup>1554</sup>. 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, respectivamente<sup>1555</sup>. 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”<sup>1556</sup>, o a

<sup>1554</sup> AYALA CORAO, Carlos M., «La jerarquía constitucional...» *cit.*, p. 50.

<sup>1555</sup> Cf. GALVIS ORTIZ, Ligia, *Comprensión de los derechos humanos. Una visión para el siglo XXI*, Ediciones Aurora, Bogotá, 2005, p. 94.

<sup>1556</sup> NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1987, p. 262.

decir de GALVIS ORTIZ, en “[r]ecomendaciones de política sobre un tema determinado para que los Estados puedan orientar su gestión pública, pero no son de obligatorio cumplimiento”<sup>1557</sup>. 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*<sup>1558</sup>.

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*<sup>1559</sup> (para poder entenderse como un *instrumento internacional de derechos humanos*), que a los efectos de este trabajo —y ante la conocida discusión sobre su noción<sup>1560</sup>, 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*”<sup>1561</sup>, en cuyo concepto, como se observa, pone de relieve el llamado “fundamento” de los derechos humanos, cual es la *dignidad personal*<sup>1562</sup>.

<sup>1557</sup> GALVIS ORTIZ, Ligia, *op. cit.*, p. 94.

<sup>1558</sup> 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.

<sup>1559</sup> Cf. AYALA CORAO, Carlos M., «La jerarquía constitucional...» *cit.*, p. 50.

<sup>1560</sup> 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.

<sup>1561</sup> 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.

<sup>1562</sup> En palabras de Javier BARRACA MAIRAL: «[l]a raíz de estos derechos se ha situado en la “dignidad personal” del ser humano. Esta dignidad arranca de la noción misma de per-

## 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 23<sup>1563</sup> en cuestión, cuya disposición no es otra cosa que el resultado de una

---

*sona, 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 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.*

<sup>1563</sup> 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

progresiva recepción y cristalización en el orden interno venezolano del principio *pro homine*<sup>1564</sup>, 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*<sup>1565</sup>. 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 *supraconstitucional*<sup>1566</sup>.

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 funda-

---

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”.

<sup>1564</sup> 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.

<sup>1565</sup> 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.

<sup>1566</sup> 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.

mento 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 a los mismos<sup>1567</sup>, 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 CORAO<sup>1568</sup>, 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*<sup>1569</sup>. 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*”<sup>1570</sup>. En este

<sup>1567</sup> 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.

<sup>1568</sup> Cf. AYALA CORAO, Carlos M., «La jerarquía constitucional...» *cit.*, pp. 53 y ss.

<sup>1569</sup> En general sobre este tema, *vid.* AA.VV., *Anais Das XX Jornadas Do Iladt. Ano 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.

<sup>1570</sup> PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, «Derechos Humanos y Tributación», *Anais Das XX Jornadas Do Iladt. Ano 2000 – Salvador – Bahía*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, ABDF, Salvador-Bahía, 2000, pp. 491 y ss.

sentido, comenta PALACIOS MÁRQUEZ<sup>1571</sup> —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 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 aquella (plano *supra-constitucional*) 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 contribuyente<sup>1572</sup>. 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

<sup>1571</sup> Cf. *Ibíd.*, p. 475.

<sup>1572</sup> 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.

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”<sup>1573</sup>.

#### 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)<sup>1574</sup> 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 verificación<sup>1575</sup>.

<sup>1573</sup> *Ibíd.*, p. 3194.

<sup>1574</sup> Ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial N° 31.256, 14 de junio de 1977.

<sup>1575</sup> 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

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”<sup>1576</sup>, siendo una palpable distinción sin fundamento racional, contraria, 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 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; ya BACHE 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.

<sup>1576</sup> En este mismo sentido, *vid.* BERTAZZA, Humberto J., «Derechos humanos y tributación», *Anais Das XX Jornadas Do Iladt. Ano 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. Ano 2000 – Salvador – Bahía*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, ABDF, Salvador-Bahía, 2000, pp. 414-415; y MONTERO TRAIHEL, José Pedro, «Observación a los derechos humanos a través de la tributación», *Anais Das XX Jornadas Do Iladt. Ano 2000 – Salvador – Bahía*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, ABDF, Salvador-Bahía, 2000, pp. 1114-1115.



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 de la personalidad jurídica de los entes morales lo que busca es, precisamente, resguardar situaciones jurídicas de las personas naturales<sup>1577</sup>.

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 iudice, la Argentina afirma que las personas jurídicas no están incluidas en la Convención Americana y, por lo

<sup>1577</sup> 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 tantos 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. 4°), a la integridad personal (art. 5°) o a la libertad personal (arts. 6° y 7°); pero no es menos cierto que cuando habla de garantizar judicialmente derechos de orden civil, laboral y fiscal (art. 8°, párr. 1°), **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.

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 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**<sup>1578</sup>. (Resaltado y subrayado agregados)<sup>1579</sup>.

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 jurídicos<sup>1580</sup>.

<sup>1578</sup> Consultada en <http://www.corteidh.or.cr/>, 21 de julio de 2017.

<sup>1579</sup> 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*.

<sup>1580</sup> 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

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1581</sup> 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 civil<sup>1582</sup>.

## II. CERTEZA, LIQUIDEZ Y EXIGIBILIDAD DETERMINATIVA DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Partiendo de que el procedimiento de determinación<sup>1583</sup> de la obligación tributaria es *declarativo*, criterio que rige en nuestro orden

---

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, pp. 324-326.

<sup>1581</sup> Ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial N° 2.146Extraordinario, 28 de enero de 1978.

<sup>1582</sup> 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.

<sup>1583</sup> 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.), *LiberAmicorum: Homenaje a Gabriel Ruan Santos*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2017.

tributario y según el cual, tal y como su denominación apunta, la determinación *declara* la existencia de la obligación tributaria nacida en el 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*<sup>1584</sup>, si se tiene en cuenta que en la determinación tributaria se encuentran los dos momentos fundamentales del tributo, esto es, su

---

<sup>1584</sup> 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.

*creación y aplicación*<sup>1585</sup>, cuyo enfoque también lo ha sostenido —en similar sentido y en un trabajo de reciente data—RUAN SANTOS, en relación con la tensión dialéctica entre lo material y formal del Derecho tributario<sup>1586</sup>.

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*<sup>1587</sup>. Son dos cosas e instantes *diferentes*.

<sup>1585</sup> 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.

<sup>1586</sup> 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.

<sup>1587</sup> 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.

En los procedimientos de determinación *constitutivos*, estos momentos lógicamente *coinciden*, en razón de que la obligación tributaria *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 imponible<sup>1588</sup> y, posteriormente, se hace *exigible* con su determinación<sup>1589</sup>, 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

<sup>1588</sup> 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.

<sup>1589</sup> 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 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.

“obligación de pago” también inexigible —por inexistente— mientras que no haya autoliquidación de la obligación tributaria o hasta que esté concluido el procedimiento de determinación oficiosa de la existencia y cuantía de dicha obligación<sup>1590</sup>.

En esa línea de pensamiento, VALDÉS COSTA<sup>1591</sup> también consideraba que el proceso de ejecución de la voluntad administrativa debe en todo caso realizarse *con posterioridad* a que haya sido dictada la

<sup>1590</sup> 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.

<sup>1591</sup> 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.*

decisión judicial del control de legalidad del acto, expresando al respecto que “ [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”<sup>1592</sup>.

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)<sup>1593</sup>, 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 controversia<sup>1594</sup>.

<sup>1592</sup> 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.

<sup>1593</sup> Sobre la *dimensión epistémica* del proceso, vid. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 155 y ss.

<sup>1594</sup> 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



### 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*<sup>1595</sup>— 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 conlleva<sup>1596</sup>) para pagar

---

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, pp. 205-234.

<sup>1595</sup> 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*.

<sup>1596</sup> 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 decrete 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

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 repetición<sup>1597</sup>.

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:

---

*y prolongados que prácticamente hacen nugatoria la posibilidad de obtener dicho rescarcimiento*". (Resaltado y subrayado agregados). 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, p. 152.

<sup>1597</sup> 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 subjuice, 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 *ibíd.*, pp. 150-151, respectivamente.

*“Se revela, en efecto, el principio (solve et repete) como una indebida restricción legal al derecho constitucional de la defensa, 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<sup>1598</sup>. (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 SPISSO<sup>1599</sup> 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<sup>1600</sup> 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<sup>1601</sup>. 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

<sup>1598</sup> 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.

<sup>1599</sup> Cf. SPISSO, Rodolfo, *Tutela judicial efectiva en materia tributaria*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 57 y ss.

<sup>1600</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>1601</sup> *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 exigible<sup>1602</sup>. 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 independiente<sup>1603</sup>.

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. BERTAZZASOBRE 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”*”<sup>1604</sup>.

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*

<sup>1602</sup> Cf. *Ídem*, apoyándose en las ideas de MOSCHETTI, Francesco, *El principio de capacidad contributiva*, Madrid, 1980, p. 388, nota al pie N° 319.

<sup>1603</sup> Cfr. *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.

<sup>1604</sup> 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 Constitución<sup>1605</sup>, 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 emisión<sup>1606</sup>, 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 conocido<sup>1607</sup> 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 voluntad<sup>1608</sup>.

<sup>1605</sup> 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).

<sup>1606</sup> 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.

<sup>1607</sup> 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 forced’ inertie, la aurore de réputation y la confiancelégitime 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 fumusmaliacti*». (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.

<sup>1608</sup> 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

#### 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.

Caracas, agosto 2017

---

**interpretación 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-Bahia, 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 los 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, 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.
- 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 los derechos humanos. Una visión para el siglo XXI*, Ediciones Aurora, Bogotá, 2005.
- 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.
- 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, *Simplemente 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 REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 2016. PRINCIPALES INNOVACIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS. DR. LUCIANO LUPINI\*

## SUMARIO

I. Introducción. I.1. Alcance general de la reforma. I.2. Necesidad de las innovaciones introducidas. I.3. Antecedentes. I.4. La Ordenanza como instrumento de reforma. La Exposición de Motivos (Rapport au Président de la République). II. Las fuentes de las obligaciones. Actos jurídicos y hechos jurídicos. III. El contrato. Definiciones y tipos. III.1. Definición del contrato. III.2. Principios generales. El principio de la libertad contractual y la expansión del principio de la buena fe (calificado como de orden público). III.3. Clasificación de los contratos. IV. La formación del contrato. IV.1. Regulación expresa de la fase de las negociaciones preliminares (pourparlers). Ratificación de la aplicación del principio de la buena fe a la fase precontractual. Naturaleza extracontractual de la responsabilidad por ruptura de las tratativas y limitación expresa del resarcimiento. IV.2. Consagración del deber de información precontractual. IV.3. El deber de confidencialidad en la fase precontractual. IV.4. La integración del consentimiento. Principales innovaciones acerca de la oferta y de la aceptación. El caso de las condiciones generales de contratación. IV.5. La oferta. El problema de la revocación de la oferta firme. Diferencias con la solución acogida por el legislador italiano y el venezolano. IV.6. La aceptación. IV.7. Regulación de las condiciones generales de contratación. IV.8. Momento y lugar de formación del contrato. IV.9. Disposiciones propias de los contratos concluidos por vía electrónica. V. Contratos preparatorios o antecontratos. V.1. Una oportunidad perdida: El caso de las promesas sinalagmáticas o contratos preliminares bilaterales. V.2. El pacto de preferencia o prelación convencional. V.3. La promesa unilateral. V.3.1. La innovación en Francia. V.3.2. El contrato de opción en Italia. V.3.3. El contrato de opción en España. V.3.4. El contrato de opción en Venezuela.

---

\* Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Privado.

## I. INTRODUCCIÓN

Por el interés que reviste la materia para los estudiosos del derecho de obligaciones, hemos considerado útil elaborar una síntesis acerca de las innovaciones que introdujo el año pasado el legislador francés en el Código Civil, por la Ordenanza 2016-131 de fecha 10 de febrero de 2016, relativa a los contratos, a las obligaciones y a las pruebas<sup>1609</sup>. Por la extensión y trascendencia de la reforma, en esta oportunidad nos limitaremos a comentar el proceso de la reforma y las modificaciones relativas al proceso de formación del contrato y a la fase precontractual, dejando de lado las otras innovaciones en materia de representación, vicios del consentimiento, el objeto del contrato, teoría de la imprevisión, así como las que se introdujeron en materia de ejecución de las obligaciones y de pruebas. En la medida de lo posible, haremos nuestros comentarios comparando las soluciones adoptadas en la materia por el legislador francés, con las de otras legislaciones, como la italiana, la española y la nuestra.

---

<sup>1609</sup> Para la elaboración de estas reflexiones, acerca de la reforma reciente, hemos tomado en cuenta, principalmente, los siguientes textos: *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*, en: [www.legifrance.gouv.fr/affichTexte-do?cidTexte=JORFTEXT000032004539](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte-do?cidTexte=JORFTEXT000032004539) (que en loadelantedenominaremosExposición de Motivos); *La réforme du droit des contrats en pratique*, AAVV, bajo la dirección de Mathias Latina, París, Dalloz, 2017; F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, París, Dalloz, 2016; J.J. DAIGRE y G. GOETZ-CHARLIER, *Code comparé et annoté de la réforme du droits des contrats*, (s.l.), Ginestie Magellan Paley Vincent, 2016; *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, AAVV, París. Lexis Nexis, 2016; *La réforme du régime général des obligations*, AAVV, dirigidapor Lionel Andreu, París, Dalloz, 2011; *Pour une réforme du régime général des obligations*, AAVV, obradirigida-por François Terré, París, Dalloz, 2013.

## **I.1. Alcance general de la reforma.**

La Ordenanza modifica el Título III (De los contratos o de las obligaciones convencionales en general) del Libro 3° del Código civil francés de 1804. Ahora, este Título es bautizado con el mote de “De las fuentes de las obligaciones”. A su vez, el mismo ahora comprende cinco sub títulos: El I relativo a “el contrato”; el II sobre la responsabilidad extracontractual; el III que versa sobre “las otras fuentes de las obligaciones”; el IV titulado “régimen general de las obligaciones”; el IV bis titulado “de la prueba de las obligaciones”. Esta novedosa distribución de la materia resulta más clara y sencilla que la tradicional, dado que el legislador ahora distingue entre las fuentes de las obligaciones, el régimen general de las mismas y su prueba<sup>1610</sup>.

## **I.2. Necesidad de las innovaciones introducidas.**

La inmutabilidad de las normas del Código civil francés de 1804 en materia de obligaciones y de contratos, es un fenómeno que ha contrastado con las numerosas modificaciones que el mismo ha experimentado 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 negocial, produjeron la revolución industrial y las nuevas invenciones en materia de comunicaciones durante estos 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.

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

<sup>1610</sup> Cfr. J.J. DAIGRE y G. GOETZ-CHARLIER, *Code comparé et annoté de la réforme du droit des contrats*, cit., p. 7. Para una reflexión crítica sobre la distribución original de esta materia: C. BRENNER, “Source des obligations dans le code civil rénové: passage à l’acte ou acte manqué?”, en *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, AAVV, cit., p.21.

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”.

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 hartamente 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)<sup>1611</sup>, las que procuraron emplear la noción de la causa para resolver diversos problemas (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)<sup>1612</sup> y resolver problemas suscitados en la fase de la ejecución 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, 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<sup>1613</sup>.

<sup>1611</sup> Sobre la sentencia del 11 de junio de 1896 de la Casación francesa, en materia de la responsabilidad autónoma por hecho de las cosas, véase: F. CHABAS, *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, traducida al español por Mauricio Tapia, París, Van Dieren ed., 2004, p. 17. Consagra este fallo la denominada teoría del riesgo, proveniente de Italia, pero difundida en Francia por Saleilles y Josserand.

<sup>1612</sup> Cfr: CHÉNEDÉ, *Le Nouveau droit des obligations et des contrats*, cit., pp.1-2.

<sup>1613</sup> Véase, en este sentido: N. MOLFESSIS, “Droit des contrats: que vive la réforme”, en *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, AAVV, cit., p. 1.

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<sup>1614</sup>. 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<sup>1615</sup>.

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 dificultad de conciliar los

<sup>1614</sup> Sobre estas iniciativas, a nivel europeo, cfr.: L.LUPINI BIANCHI, *La responsabilidad precontractual en el derecho comparado moderno y en Venezuela*, Trabajo de Incorporación, Serie discursos, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2014, pp. 119-121.

<sup>1615</sup> Cfr. M. LATINA, “Rapport introductif: physionomie et mise en ouvre pratique de la réforme du droit des contrats” en *La réforme du droit des contrats en pratique*, cit., pp. 2-3. Entre las incompatibilidades, la alusión a la teoría de la causa parece evidente.



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”.

Por otro lado, se reflexionó sobre el carácter prioritario de la unificación supranacional del derecho de los contratos, por la necesidad de simplificar las relaciones económicas y el tráfico comercial<sup>1616</sup>, estableciendo para ello reglas claras y uniformes, con miras a reforzar la seguridad jurídica.

Todo ello explica los principales motivos que propulsaron esta reforma. Con ella, en palabras del mismo profesor Latina:

...el derecho de las obligaciones ha vuelto a ser un derecho escrito. ¿Quién prestaba todavía atención a la formulación de los textos del Código de 1804 en materia contractual? ¿Quién habría osado sostener que el error en la sustancia debe entenderse, literalmente, como un error sobre la materia de la cosa objeto de la prestación, y no sobre sus cualidades esenciales? Para intentar encontrar una defensa o sugerir una nueva redacción de una cláusula era necesario, no ya interpretar los textos, sino buscar la jurisprudencia que les atribuyere su sentido contemporáneo, o explotar las sutiles variaciones, por no decir las divergencias, entre las cámaras de la Corte de Casación. Ahora, durante numerosos años, el centro de gravedad de la atención de los operadores jurídicos se tendrá que desplazar. Tendrá que pasar de las decisiones jurisprudenciales, a los textos del código<sup>1617</sup>.

### **I.3. Antecedentes.**

La innovación en materia de obligaciones y de los contratos se produce, como se ha dicho, más de dos siglos después de la promulgación del Código civil francés.

<sup>1616</sup> Véanse, al respecto, las consideraciones de la presidenta de la Sección Honoraria del Consejo de Estado francés, Mme. Marie-Aimée Latournerie en *Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du code civil*, vol. 2, Le Conseil d'État et le Code civil, París, editado por Journaux Officiels, 2005, p. 336.

<sup>1617</sup> LATINA, “Rapport introductif: physionomie et mise en oeuvre pratique de la réforme du droit des contrats”, cit., p. 10.

Sin embargo, ya en 1904 se había nombrado una Comisión encargada del estudio de las reformas a ser introducidas al Código civil, sin que se produjeran resultados concretos.

En lo que se refiere al llamado Proyecto ítalo-francés (o franco-italiano) de Código de las Obligaciones y de los Contratos de 1927 (al cual nos referiremos en lo adelante, en forma abreviada, como Proyecto franco-italiano de las obligaciones), cabe destacar que, a diferencia del caso de Venezuela<sup>1618</sup>, careció de influencia en Francia, durante el siglo pasado<sup>1619</sup>.

Luego, se nombró otra Comisión de reforma del Código civil después de la segunda guerra mundial, presidida por el decano Julliot de la Morandière.

A comienzos de la década de 1960 se reformó el Código en la materia de personas y familia, bajo el impulso de Jean Foyer y de Jean Carbonnier, pero el derecho de obligaciones no fue objeto de la atención del legislador. Según la explicación del propio Carbonnier, ello se debió al hecho de que se pensó que, en un futuro próximo, esta materia podría ser objeto de una unificación a nivel europeo<sup>1620</sup>.

Precisamente a raíz de la publicación de los diversos proyectos europeos a los cuales hemos hecho referencia, se despierta finalmente 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

<sup>1618</sup> Cfr. L. LUPINI BIANCHI “La influencia del Código Napoleón en la codificación civil y en la doctrina venezolana” (escrito con la colaboración de Ana Irene Vidal) en *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 77. Para su historia y un completo inventario de las disposiciones de este Proyecto que fueron adoptadas por el legislador venezolano en la reforma del Código civil de 1942, véase la interesante monografía de: O. OCHOA, *Los 80 años del proyecto ítalo-francés de Código de las obligaciones y de los contratos (1927-2007)* Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Privado, 2008, pp. 122-138.

<sup>1619</sup> Cfr. OCHOA, op.cit., p. 141. Sin embargo, puede notarse la influencia de algunas de las normas del Proyecto franco-italiano de las Obligaciones en los recientes proyectos de unificación europeos, a los cuales hicimos referencia anteriormente. Véase lo que afirma: G. ALPA, “Dalcode civil al codice civile italiano del 1942”, en *Il progetto italo-francese delle obbligazioni* (1927), edición coordinada por Guido Alpa y Giovanni Chiodi, Milán, Giuffré, 2007, p. 29.

<sup>1620</sup> Cfr. CHÉNEDÉ, *Le Nouveau droit des obligations et des contrats*, cit., p.3.

era modernizar el sistema en el derecho francés, preservando algunas instituciones clásicas (como la causa), con el propósito de influenciar el derecho europeo de los contratos<sup>1621</sup>. 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 el de Catalá. Sin embargo, ya en este instrumento se proponía el abandono de la causa y su sustitución con la noción del interés<sup>1622</sup>.

Finalmente, 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), todos publicados por la editorial Dalloz de París<sup>1623</sup>. Si bien el llamado Proyecto Terré se apoya en el de Catalá en algunas disposiciones, introduce innovaciones

<sup>1621</sup> El Proyecto Catalá, en materia de reforma del derecho de los contratos, obligaciones y pruebas, puede verse en: *Revue des contrats*, 2006/1, París, L.G.D.J., pp. 199-264. En lo relativo a la reforma de la responsabilidad extracontractual, el Proyecto fue publicado en: *Revue des contrats*, 2007/1, París, L.G.D.J., pp. 187-204.

<sup>1622</sup> Cfr. CHENEDÉ, op.cit., p. 4. Sobre este anteproyecto y la discusión acerca de la efectiva eliminación de la causa del contrato y su sustitución por otros remedios basados en el interés de la parte en el contrato y el contenido de éste, véase, *ampliter*: M. GIROLAMI, *L'artificiodellacausa contractus*, Padua, Cedam, 2012, n° 20 de la serie *I Cuadernidella-Rivista di dirittocivile*, pp. 32-39.

<sup>1623</sup> Cfr. al respecto: F. TERRÉ, "Avant-propos", en *Pour une réforme du régime général des obligations*, AAVV, obra dirigida por François Terré, cit., pp. VII-VIII.

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 existencia del contrato y la eliminación de la categoría de los cuasicontratos, como tal. También, en comparación con el Proyecto Catalá, el Proyecto Terré otorga al juez mayores prerrogativas en tema de revisión de los contratos.

#### **I.4. La Ordenanza como instrumento de reforma.**

##### **La Exposición de Motivos**

##### **(*Rapport au Président de la République*)**

A finales del año 2013, fue introducido en el Senado 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 (art. 3 de la ley).

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<sup>1624</sup>, 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 n°2015-177). 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<sup>1625</sup>.

Después de un proceso de consulta del proyecto de reforma, impulsado por el Ministerio de Justicia, a comienzos del año 2015, la Ordenanza de reforma fue publicada el 11 de febrero de 2016.

<sup>1624</sup> Una reflexión más realista sobre los resultados positivos que produjo el haber recurrido al mecanismo de la ordenanza, para adelantar la reforma, la encontramos en: MOLFESSIS, “Droit des contrats: que vive la réforme”, cit., p. 3.

<sup>1625</sup> Cfr: CHÉNEDÉ, *Le Nouveau droit ...*, cit., p. 5.

Por la naturaleza del procedimiento adoptado para la reforma y, al carecer la misma 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<sup>1626</sup>.

En ella, se señalan los motivos principales de la reforma para la materia de los contratos, los cuales resumiremos del modo siguiente:

1. Establecer los principios generales rectores de los contratos tales como la buena fe y la libertad contractual; definir mejor la clasificación de los contratos; precisar mejor las reglas que rigen el proceso de formación de los contratos (v.gr. su negociación, la oferta, aceptación) y regular la promesa de contrato y el pacto de preferencia;
2. 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 alude a la expresa consagración del deber precontractual de información, al concepto de cláusula abusiva y al establecimiento de una norma sancionatoria de la conducta de la parte que abusa de la situación de debilidad de la otra;
3. Reforzar el principio del consensualismo y sus excepciones;
4. Esclarecer las reglas relativas a la nulidad y a la caducidad, en caso de incumplimiento de las condiciones de validez del contrato;
5. Esclarecer las normas en materia de interpretación del contrato, especificando las propias del contrato de adhesión;
6. 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);

---

<sup>1626</sup> Cfr. *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*, en: [www.legifrance.gouv.fr/affichTexte-do?cidTexte=JORFTEXT000032004539](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte-do?cidTexte=JORFTEXT000032004539).

7. Aclarar las reglas relativas a la duración de los contratos;
8. Sistematizar las normas en materia de inexecución del contrato y consagrar la posibilidad de la resolución unilateral previa notificación

Conforme al artículo 9 de la Ordenanza ella entró en vigor el 1º de octubre de 2016<sup>1627</sup>. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que la misma 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 contiene un solo artículo que prevé la ratificación, sin enmiendas, de la Ordenanza. Ello todavía permitió pensar en la posibilidad de que se le hicieran algunas modificaciones, a raíz del debate parlamentario correspondiente a la aprobación de la ley de ratificación, tal como se lo había prometido el Gobierno a la Asamblea Nacional<sup>1628</sup>.

Sentadas estas premisas y observaciones introductorias, pasaremos de seguidas al análisis concreto de las principales innovaciones introducidas por el legislador francés, en materia de formación del contrato en general y obligaciones precontractuales.

<sup>1627</sup> El artículo 9 establece que las disposiciones de la misma entran en vigor el 1º de octubre de 2016 y que los contratos celebrados antes de esta fecha serán 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.

<sup>1628</sup> Así: CHÉNEDÉ, *Le Nouveau droit ...*, cit., pp. 405-406. Según este autor, de producirse alguna reforma ulterior, ello daría lugar a la coexistencia de tres regímenes jurídicos aplicables: el derecho anterior, para los contratos celebrados antes de la vigencia de la ordenanza; el de la ordenanza, para los contratos concluidos después del 1º de octubre de 2016 y; el de la ordenanza enmendada o modificada por la Asamblea Nacional para aquellos contratos celebrados después de la entrada en vigencia de la ley de ratificación. En el mismo sentido: S. GAUDEMET, “Dits en non-dits sur l’application dans les temps de l’ordonnance du 10 février 2016” en *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, cit., p. 5. Otras reflexiones sobre la aplicación en el tiempo de la Ordenanza a los contratos en: DAIGRE y G. GOETZ-CHARLIER, *Code comparé et annoté de la réforme du droits des contrats*, cit., pp.8-9.

## II. LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. DEFINICIÓN DE ACTOS JURÍDICOS Y HECHOS JURÍDICOS.

El legislador francés define las fuentes de las obligaciones y acoge en ellas la consagración jurisprudencial de las obligaciones naturales, en el art. 1100 del vigente Código civil francés, así: “*las obligaciones nacen de los actos jurídicos, de los hechos jurídicos o por la autoridad de la ley. Ellas pueden nacer de la ejecución voluntaria, o de la promesa de ejecución, de un deber de conciencia para con otro*”.

Con relación a la obligación natural, la norma citada no hace referencia a la característica típica de estas obligaciones; la imposibilidad de su ejecución forzosa. Al decir de la doctrina, se ha acogido, siguiendo lo predicado en el Proyecto Catalá y en la jurisprudencia francesa moderna, la concepción moderna de la obligación natural entendida como un “deber de conciencia” y descartando la concepción clásica de la misma como una obligación civil imperfecta<sup>1629</sup>.

El artículo 1302, mantiene la solución del antiguo artículo 1235 del Código Napoleón en materia de pago de lo indebido, vale decir, que la *restitución* (la norma original antes decía *repetición*) de lo pagado indebidamente no se admite respecto a las obligaciones naturales pagadas espontáneamente. En Venezuela no existe una norma que haga alusión, en términos generales, a las fuentes de las obligaciones, pero encontramos igualmente una mención expresa de las obligaciones naturales en el art. 1178 de nuestro Código civil cuando, al regular la figura del pago de lo indebido, el legislador establece que: “*la repetición no se admite respecto de las obligaciones naturales que se han pagado espontáneamente*” (esta disposición constituye una copia que hizo el legislador venezolano en el Código civil de 1873, del artículo 1237 del Código civil italiano de 1865. A su vez, el italiano de 1865 copió el artículo 1235 del Código Napoleón antes comentado, en su versión original).

En cuanto a la diferenciación entre actos (o negocios) jurídicos, el artículo 1100-1<sup>1630</sup> señala que: “*los actos jurídicos son manifestaciones*

<sup>1629</sup> Así: CHÉNEDÉ, *Le Nouveau droit ...*, cit., pp.10-11.

<sup>1630</sup> En lo adelante, toda cita de artículos, sin atribución expresa, se refiere a los del vigente Código civil francés.

*de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos. Ellos pueden ser convencionales o unilaterales*". A estos actos jurídicos, dispone la misma norma, le son aplicables, en cuanto a su validez y a sus efectos, las reglas que gobiernan a los contratos.

A su vez, el artículo 1110-2 define a los hechos jurídicos como: "*actuaciones o eventos a los cuales la ley le atribuye efectos jurídicos*". En este caso, establece la norma que las obligaciones que nacen de ellos se rigen bien por el subtítulo relativo a la responsabilidad civil extracontractual o bien por el subtítulo relativo a las otras fuentes de las obligaciones, según sea el caso.

### III. EL CONTRATO. DEFINICIONES Y TIPOS.

#### III.1. Definición del contrato.

El legislador francés acoge una definición más precisa del contrato, en el artículo 1101: "*el contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas destinado a crear, modificar, transferir o extinguir unas obligaciones*". Queda eliminada la mención clásica del tríptico (obligaciones de dar, hacer o no hacer) como posible objeto del contrato, así como la referencia a que el contrato es una convención, lo cual dio lugar a conocidas disputas en este terreno. Esta definición es similar a la contenida en el art. 1321 del Código civil italiano de 1942, pero éste expresamente hace referencia al *carácter patrimonial* de la relación jurídica regulada por el contrato. A su vez, en el artículo 1133 del Código civil venezolano, después de la reforma de 1942, se señala que el contrato es una "*convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico*".

Con distinta redacción, establece el artículo 1254 del Código civil español que: "*el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*".



### III.2. Principios generales. El principio de la libertad contractual y la expansión del principio de la buena fe (calificado como de orden público).

El legislador consagra expresamente el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en una norma novedosa, que reza así: (art. 1102) “*Cualquiera es libre de contratar o de no contratar, de escoger a su cocontratante y de determinar el contenido y la forma del contrato dentro de los límites fijados por la ley. La libertad contractual no permite derogar las normas que conciernen el orden público*”.

Al mismo tiempo, dispone la aplicación del principio de la buena fe en la fase precontractual, tal como lo venían predicando la doctrina y la jurisprudencia francesas. Ahora, el artículo 1104 establece expresamente lo siguiente: “*los contratos deben ser negociados, formados y ejecutados conforme a la buena fe. Esta disposición es de orden público*”.

Por contraste, cabe recordar que el principio de que los contratos deben ser *ejecutados* de buena fe (v.g. buena fe *in executivis*) es de vieja data. Se encuentra expresado, inicialmente, en el artículo 1134 del Código Napoleón. Luego, en los códigos tributarios del francés. Así, en el art. 1124 del Código civil italiano de 1865; art. 1258 del Código civil español de 1889; art. 1160 de nuestro Código civil de 1942.

Bajo el imperio del dogma de la autonomía de la voluntad de las partes y para preservar la libertad de negociación en los tratos preliminares, la extensión o aplicación del principio de la buena fe a la fase precontractual, no se encontraba expresado en los citados códigos. Cabe recordar aquí que el proyecto original de la norma plasmada en el mencionado artículo 1134 del Código Napoleón disponía que: “*las convenciones deben ser contratadas y ejecutadas de buena fe*”. Vale decir, contemplaba su aplicación a la fase de las negociaciones, pero Portalis consideró superflua la mención “*contratadas*” lo cual condujo a su supresión<sup>1631</sup>.

El principio de que las partes deben conducirse conforme a la buena fe en la fase de las negociaciones preliminares y la formación del

<sup>1631</sup> Cfr. LUPINI BIANCHI, *La responsabilidad precontractual en el derecho comparado moderno y en Venezuela*, cit., p. 49.

contrato, se abrió paso muy lentamente. Fue expresamente acogido por el legislador italiano en la reforma del Código civil de 1942, en el artículo 1337, según el cual: “*las partes, en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, deben comportarse conforme a la buena fe*”.

En España, aún en ausencia de norma expresa para la fase precontractual, la doctrina acogió este principio, apoyada sobre una sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1965, conforme a la cual: “en los tratos preliminares ha de actuarse de buena fe y comportarse como exigen las convicciones éticas imperantes en la comunidad”<sup>1632</sup>.

En Venezuela, el mismo fue acogido por la doctrina<sup>1633</sup>, aun en falta de texto legal expreso y, más recientemente, en forma clara por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. En sentencia de la Sala Constitucional de 20 de julio de 2015 (Expediente N° 14-0662: caso Panadería la Cesta de los Panes C.A., con ponencia del Magistrado Marcos Tulio Dugarte) se expresa claramente lo siguiente:

Los contratos preparatorios en general, se distinguen de los tratos previos o tratativas, en cuanto a que éstas últimas no vinculan a las partes, salvo el caso de ruptura abusiva, que podría dar lugar a la resarcibilidad del daño a favor del contratante inocente que confió de buena fe en la seriedad de la negociación. En efecto, aún en la fase precontractual las personas que están negociando se encuentran obligadas a obrar conforme a los parámetros de la buena fe en sentido objetivo, entendida como regla de conducta y como principio general del derecho (subrayado nuestro)<sup>1634</sup>.

Cabe destacar que el legislador francés, al acoger la extensión del principio de la aplicación de la buena fe a la fase precontractual, sigue la tendencia manifestada al respecto por los Principios UNIDROIT

<sup>1632</sup> Citada por: J.L. DE LOS MOZOS, “Responsabilidad en los ‘tratos preparatorios’ del contrato”, en *Estudios de responsabilidad civil*, Coordinadores Ricardo De Ángel Yáñez y Mariano YzquierdoTolsada, Madrid, Ed. Ciudad Argentina y Dykinson S.L., 2001, p. 170.

<sup>1633</sup> Para la historia detallada de la evolución del desarrollo de la doctrina venezolana acerca de la aplicación del principio de la buena fe a la fase precontractual remitimos nuevamente a nuestro libro: *La responsabilidad precontractual en el derecho comparado moderno y en Venezuela*, cit., pp.192-199.

<sup>1634</sup> Consultada en original. Disponible en la página: [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve)

y por proyectos de unificación europeos, tales como los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), el Draft Common Frame of Reference (DCFR) y el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de Pavia (Gandolfi)<sup>1635</sup>.

### III.3. Clasificación de los contratos.

La reforma incluyó diversas normas novedosas, para definir algunas categorías de contratos, distintas a las tradicionalmente incluidas en el Código Napoleón, a saber:

1. Contratos consensuales, solemnes y reales: el artículo 1109, consagra expresamente la tradicional distinción doctrinal entre estos contratos.
2. Contratos paritarios (*de grè a grè*) y de adhesión: El artículo 1110 consagra las diferencias entre estas categorías, del modo siguiente: “*el contrato paritario es aquel en el cual las estipulaciones son libremente negociadas entre las partes. El contrato de adhesión es aquel en el cual las condiciones generales, no sujetas a negociación, son determinadas con antelación por una de las partes*”.
3. Contratos normativos o marco: Son definidos por el artículo 1111 de la siguiente manera: “*el contrato marco es un acuerdo por el cual las partes convienen unas características generales de sus relaciones futuras. Los contratos de aplicación precisan las modalidades de su ejecución*”<sup>1636</sup>.

<sup>1635</sup> Para el detalle de estos proyectos de *softlaw*, en materia de la buena fe precontractual y su aplicación cfr. LUPINI BIANCHI, op. ult. cit., pp. 121-141.

<sup>1636</sup> Esta norma recoge la figura de este contrato en términos similares a lo que sobre él tuvimos ocasión de comentar en Venezuela: “La doctrina suele incluir al contrato preliminar dentro de la categoría general de los contratos preparatorios, al igual que acontece con el *contrato normativo*. Sin embargo, las diferencias entre contrato normativo y preliminar resultan claras. Mientras que el contrato preliminar obliga a celebrar el contrato definitivo al cual se refiere, el contrato normativo contempla la disciplina (o parte del clausulado) de futuros contratos –de naturaleza homogénea– que hayan de ser estipulados por los mismos sujetos que suscribieron el normativo (o inclusive con terceros). El contrato normativo se limita a obligar a las partes, en caso de que celebren esos contratos futuros (i.e. individuales) a atenerse al esquema previamente convenido en el normativo, en las materias

4. Contratos de ejecución instantánea y de tracto sucesivo: Son ahora definidos por el art. 1111-1 así: “*El contrato de ejecución instantánea es aquel en el cual las obligaciones pueden cumplirse en una única prestación. El contrato de ejecución sucesiva es aquel en el cual las obligaciones de al menos una de las partes se ejecutan en múltiples prestaciones escalonadas en el tiempo*”.

## IV. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

### **IV.1. Regulación expresa de la fase de las negociaciones preliminares (pourparlers). Ratificación de la aplicación del principio de la buena fe a la fase precontractual. Naturaleza extracontractual de la responsabilidad por ruptura de las tratativas y limitación del resarcimiento.**

En la parte relativa a la conclusión del contrato (Sección I del Capítulo II, Formación del Contrato, del Libro Tercero del Código civil francés) el legislador ratifica el principio de la aplicación de la buena fe, para las negociaciones preliminares, en la subsección 1 relativa a las negociaciones. El art. 1112 del Código Civil francés ahora establece lo siguiente:

*El comienzo, el desarrollo y la ruptura de las negociaciones precontractuales son libres. Ellas deben imperativamente satisfacer las exigencias de la buena fe.*

*En caso de falta cometida durante las negociaciones, la reparación del perjuicio ocasionado no puede tener por objeto compensar la pérdida de las ventajas esperadas del contrato no concluido.*

---

por él reguladas” Cfr. LUPINI BIANCHI, “El contrato preliminar de compraventa, su autonomía, función y ejecución forzosa” en *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, AAVV, ed. Irene de Valera, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Privado, 2007, reproducido luego en mis *Estudios de derecho civil*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010. El fragmento transcrito se encuentra en la página 271 de este último libro, al cual se referirán las posteriores citaciones de esta monografía.

Resulta claro que la buena fe a la cual se hace referencia en esta norma es la buena fe en sentido objetivo, un modelo de conducta o comportamiento que no tiene que ver con la buena fe en sentido subjetivo<sup>1637</sup>. No volveremos a repetir aquí lo ya expuesto anteriormente sobre la paulatina extensión del principio de la buena fe a la fase precontractual, en Italia, España y Venezuela.

Parece claro que la responsabilidad consiguiente a la ruptura de los tratos preliminares no fue concebida por el legislador francés como una hipótesis de aplicación de la teoría del abuso del derecho, sino como la consecuencia de una conducta precontractual violatoria del deber de conducir los tratos preliminares conforme a la buena fe, en línea con la doctrina francesa más reciente en la materia<sup>1638</sup>. Queda, en todo caso, confirmada la naturaleza extracontractual de esta responsabilidad<sup>1639</sup>.

En otra vertiente, el legislador francés establece una limitación expresa al daño indemnizable por ruptura de las negociaciones preliminares, al decir que el mismo no puede compensar las ventajas esperadas del contrato concluido. La indemnización comprenderá, por

---

<sup>1637</sup> A la distinción entre estas categorías hicimos referencia en Venezuela, hace ya casi treinta años, del modo siguiente: “Parece necesario señalar, en efecto, la diferencia neta que corre entre las hipótesis en las cuales a un sujeto se le impone la obligación de comportarse de buena fe, o un contrato debe interpretarse de buena fe o un derecho debe ser ejercido conforme a la buena fe; y aquellas situaciones en las cuales el ordenamiento hace referencia a un estado psicológico o creencia particular de un sujeto para decir que obra de buena fe. En el primer caso se trata de la *buena fe en sentido objetivo*, mientras que en el segundo estamos en presencia de la *buena fe en sentido subjetivo*. En el sentido objetivo, la buena fe se nos manifiesta como una regla de conducta (o de valoración de una conducta o acto jurídico); se refiere a un modo de proceder, a la expresión de un comportamiento honesto, leal, correcto. En el otro sentido, el subjetivo, la buena fe consiste en la concreta convicción que tiene un sujeto de obrar bien o conforme a derecho, *v.gr.* la excusable ignorancia de una determinada situación” Cfr.: LUPINI BIANCHI, “La responsabilidad precontractual en Venezuela”, en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, n° 149, tercera etapa, julio-diciembre 1991, p. 39.

<sup>1638</sup> Cfr. S. TYSSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires D’Aix-Marseilles-Puam, 2012, p. 83.

<sup>1639</sup> Tal calificación se desprende de la propia Exposición de Motivos de la Ordenanza, al señalar que “*esta responsabilidad será en principio de naturaleza extracontractual, salvo regulación convencional de esta fase de negociaciones y de su ruptura*”. Cfr. también: CHÉNEDÉ, *Le Nouveaudroit...*, cit., p. 401. En Venezuela sostuve la naturaleza extracontractual de la responsabilidad por ruptura de los tratos preliminares en mi citado trabajo: “La responsabilidad precontractual en Venezuela”, *passim*.

el contrario, los gastos en que la parte inocente incurrió durante las negociaciones y, si se comprueba el vínculo de causalidad con la falta cometida, la pérdida de la oportunidad de celebrar el contrato con un tercero<sup>1640</sup>.

En vista de esta limitación, según la moderna doctrina francesa, resulta clara la utilidad de enmarcar en el cuadro contractual, a través de acuerdos de negociación, de confidencialidad y de exclusividad, la conducta de las partes en la fase precontractual, si se quieren reforzar las posibilidades de cerrar una negociación o trasladar al plano de la regulación convencional lo relativo a la responsabilidad derivada de la indebida ruptura de los tratos preliminares o de la violación de deberes que gravan sobre los tratantes por aplicación del principio de la buena fe<sup>1641</sup>.

Partiendo de la premisa de que muchas normas de la reforma que regulan la fase precontractual son dispositivas (no de orden público) se predica ahora que a través de la regulación convencional de la conducta de las partes en la fase precontractual, se pueden establecer sanciones que podrían garantizar a la parte inocente o víctima obtener como indemnización incluso las ventajas esperadas del contrato que no llegó a concluirse (v.gr. el llamado interés positivo) por una ruptura injustificada de las negociaciones<sup>1642</sup>. En efecto, en el caso de regulación convencional, ya se entraría en el terreno contractual, motivo por el cual carecería de sentido la limitación legal de la indemnización. Tal como tuvimos ocasión de destacarlo, para el caso de Venezuela, estas convenciones dirigidas a regular la conducta de las partes durante los tratos preliminares no son propiamente contratos que obligan a la suscripción de un contrato definitivo; no se trataría aquí de un *pactum de contrahendo* (contrato preliminar en sentido técnico) sino de un *pactum de tratando*<sup>1643</sup>.

<sup>1640</sup> Cfr. S. PELLET, “Negotiations et avant-contrat”, en *La réforme du droit des contrats en pratique*, bajo la dirección de Mathias Latina, cit., p. 28.

<sup>1641</sup> PELLET, op. cit., pp. 28-29.

<sup>1642</sup> En este sentido: D. MAZEAUD, “Rapport conclusif”, en *La réforme du droit des contrats en pratique*, cit., p. 115.

<sup>1643</sup> Así: LUPINI BIANCHI, “La responsabilidad precontractual en Venezuela”, cit., p. 66.

## IV.2. Consagración expresa del deber de información precontractual.

Al ocuparse de la fase precontractual, era lógico que el legislador dirigiera su atención al deber de información que grava sobre los tratantes y que es un derivado del deber de conducir las negociaciones conforme al parámetro de la buena fe. Este es uno de los deberes precontractuales más comúnmente aceptados por la doctrina y la jurisprudencia francesas antes de la reforma, al igual que acontece en el derecho comparado y en Venezuela.

En tal sentido, el legislador francés ahora obliga a la parte que posee información de importancia determinante para la formación del consentimiento de la otra parte, a transmitírsela, siempre que legítimamente ésta ignore dicha información o haya depositado su confianza en la contraparte (artículo 1112-1).

Aclara la norma que este deber de información no versa sobre la estimación del valor de la prestación (v.gr. el precio de una cosa) y que tienen importancia determinante aquellas informaciones que tienen un nexo directo y necesario con el contenido del contrato o la cualidad de las partes. En lo que concierne a la carga de la prueba, corresponde a quien alega que se le debía una cierta información probar que la otra parte estaba obligada a suministrársela y a ésta, probar que la transmitió.

Cabe resaltar que este deber es de orden público, supuesto que las partes no lo pueden limitar o excluir convencionalmente y que, al margen de los casos en que su violación da lugar al mero resarcimiento de daños y perjuicios<sup>1644</sup>, puede abrir la puerta a la anulación del contrato por vicios del consentimiento.

<sup>1644</sup> Resultan interesantes las reflexiones que hace la doctrina francesa reciente acerca del posible contenido del resarcimiento, en caso de violación del deber de información precontractual. En este sentido, hay casos en los cuales se trata de indemnizar la pérdida de la oportunidad, cuando la relación de causalidad resulta establecida, vale decir que el hecho del agente impidió a la víctima intentar la efectiva posibilidad de haber obtenido una ventaja o beneficio. En otras hipótesis, cuando un sujeto no ha recibido una información oportunamente, puede resultar directamente afectada o expuesta a un riesgo, en cuyo caso ella debe ser íntegramente indemnizada por el daño ocasionado por la realización del riesgo. Por ejemplo, según la Casación francesa, quien ha sido mal asesorado por su Banco en sus inversiones, debe ser indemnizado por sus pérdidas efectivas y no por la pérdida de la oportunidad de haber realizado mejores inversiones. Cfr. al respecto:

### **IV.3. El deber de confidencialidad en la fase precontractual.**

El artículo 1112-2 ahora reconoce este deber expresamente. Dispone el legislador que quien utilice o divulgue sin autorización una información confidencial obtenida durante las negociaciones, incurre en responsabilidad conforme a las reglas de derecho común. Sin embargo, resulta obvio que cuando las partes suscribieron un acuerdo de confidencialidad o una carta de intención para regir su conducta durante las negociaciones, la responsabilidad será contractual.

### **IV.4. La integración del consentimiento. Principales innovaciones acerca de la oferta y de la aceptación. El caso de las condiciones generales de contratación.**

Ya se sabe que las normas del Código Napoleón, en esta materia, eran prácticamente inexistentes. Ello dio lugar a serias discusiones a partir de la doctrina de la exégesis y luego, en la doctrina moderna, sobre temas como el momento de la formación del contrato, el posible valor vinculante de la oferta con plazo, el silencio frente a una oferta como posible aceptación o el valor obligatorio de una conducta (aceptación tácita). Más recientemente, se ha venido discutiendo sobre las condiciones generales de contratación y sus mecanismos de introducción en el clausulado del contrato.

En cambio, el legislador venezolano ya había introducido diversas normas sobre la materia de la oferta y de la aceptación en 1942, vertiendo el contenido del artículo 2 del Proyecto franco-italiano de las Obligaciones en el artículo 1137 del Código civil venezolano.

Ahora, el legislador francés se ocupa expresamente de estas cuestiones en la subsección 2 (titulada la oferta y la aceptación) del Capítulo II relativo a la formación del contrato.

Comienza esta subsección con el artículo 1113. Esta norma aclara que el contrato se forma por el encuentro de una oferta y una aceptación, por las cuales las partes manifiestan su voluntad de obligarse. Establece

---

M. FABRE-MAGNAN, “Le devoir d’information dans les contrats: essai de tableau général après la réforme” en *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, AAVV, París. LexisNexis, 2016, pp. 34-35.



también la norma que la voluntad de obligarse puede resultar de una declaración o *de un comportamiento inequívoco del autor*. Vale decir, se recoge la figura del comportamiento concluyente (oferta o aceptación tácita) de los italianos, como fórmula integradora del consentimiento.

#### **IV.5. La oferta. El problema de la revocación de la oferta firme. Diferencias con la solución acogida por el legislador italiano y el venezolano.**

A tenor del artículo 1114, la oferta hecha a personas determinadas o indeterminadas (oferta al público), debe comprender los elementos esenciales del contrato proyectado y expresar la voluntad del autor de la misma de quedar obligado, en caso de aceptación. Con ello se requiere el carácter firme de la oferta. En caso de no cumplir con estos requisitos, establece la norma que se estará en presencia de una invitación a contratar.

En cuanto a su valor vinculante, el artículo 1115 expresa que la oferta simple puede ser retractado mientras no haya llegado al destinatario.

Respecto al debatido problema del efecto vinculante de la oferta firme con plazo, establece el artículo 1116 que la oferta no puede ser retractada antes del vencimiento del plazo fijado por el autor (o, en defecto de plazo expreso, después un plazo razonable).

Sin embargo, de seguidas, esta norma señala expresamente que la violación de esta prohibición *impide la formación del contrato* y que su autor incurre en responsabilidad extracontractual, sin que quede obligado a indemnizar la pérdida de las ganancias esperadas del contrato, tal como vimos que se estableció en materia de ruptura de las tratativas o negociaciones preliminares.

Vale decir, el contrato no se forma y el autor de la oferta tan solo incurre en una responsabilidad extracontractual, de alcance limitado. La solución adoptada por el legislador francés para este problema, ya discutido en la doctrina y en la jurisprudencia francesas, aparece justificada en la Exposición de Motivos con el pretexto de “favorecer la flexibilidad y la libertad contractual en la formación del contrato...”.

Ella ha sido justamente criticada por la doctrina francesa más reciente, dado que, entre otras razones, disminuye o atenúa los efectos jurídicos de la oferta con plazo firme<sup>1645</sup>.

Cabe destacar que, en nuestra opinión, se trata de un error conceptual del legislador francés y que la solución adoptada por los franceses es completamente opuesta a la que acogieron el legislador italiano y el venezolano, bajo la influencia del artículo 2 del Proyecto franco-italiano de las Obligaciones.

Es sabido, en efecto, que nuestro legislador, en el artículo 1137 del Código civil<sup>1646</sup>, recoge el principio del valor vinculante de la oferta firme con plazo, al establecer que la revocación antes de la expiración del plazo no es obstáculo para la formación del contrato. Vale decir, la retractación de la oferta firme, pendiente el plazo de la misma, *no impide la formación del contrato*. Igual principio acogió el legislador italiano en el Código civil de 1942, en el artículo 1329.

El motivo por el cual esta solución contribuye mejor a la seguridad y estabilidad, en el tráfico comercial, es porque responde claramente a la verdadera naturaleza jurídica de la oferta firme con plazo de opción y a las expectativas creadas por ella, para el destinatario.

En efecto, esta oferta *constituye un verdadero negocio jurídico unilateral recepticio*, por virtud del cual, el oferente está vinculado a ella durante el término de la oferta, bastando que intervenga la

<sup>1645</sup> Cfr. CHÉNEDÉ, op. cit. p.44.

<sup>1646</sup> Cuyo texto es el siguiente: “*El contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte.*”

*La aceptación debe ser recibida por el autor de la oferta en el plazo fijado por esta o en el plazo normal exigido por la naturaleza del negocio.*

*El autor de la oferta puede tener por válida la aceptación tardía y considerar el contrato como perfecto siempre que él lo haga saber inmediatamente a la otra parte.*

*El autor de la oferta puede revocarla mientras la aceptación no haya llegado a su conocimiento. La aceptación puede ser revocada entre tanto que ella no haya llegado a conocimiento del autor de la oferta.*

*Si el autor de la oferta se ha obligado a mantenerla durante cierto plazo, o si esta obligación resulta de la naturaleza del negocio, la revocación antes de la expiración del plazo no es obstáculo para la formación del contrato.*

*La oferta, la aceptación o la revocación por una cualquiera de las partes, se presumen conocidas desde el instante en que ellas llegan a la dirección del destinatario, a menos queéste pruebe haberse hallado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.*

*Una aceptación que modifica la oferta, tendrá únicamente el valor de una nueva oferta”.*

aceptación del destinatario, para que se repute formado el contrato. De modo que, en este caso, ni siquiera se plantea el problema de su revocatoria y de la posible responsabilidad precontractual en la cual incurriría el proponente, dado que la revocatoria no surte efecto. El contrato se reputa formado y en rigor lógico no cabe plantearse en este caso el problema de la “ejecución forzosa” de la oferta<sup>1647</sup>.

Es precisamente la configuración de la oferta firme con plazo, como negocio jurídico, unilateral y recepticio<sup>1648</sup> la que permite concluir que la solución adoptada por el legislador francés no es la más adecuada, desde el punto de vista técnico. En efecto, desde el punto de vista sustantivo, si se trata de un negocio jurídico unilateral, irrevocable y recepticio, no tiene sentido asignarle a la retractación de esta oferta un efecto impositivo de la formación del contrato.

En cuanto a la caducidad de la oferta, establece el artículo 1117 lo siguiente: “*La oferta caduca a la expiración del término establecido por su autor o, en su defecto, después de un plazo razonable. Ella caduca igualmente en caso de incapacidad o de muerte del autor*”.

Nuestro legislador calla en cuanto al efecto que tiene la muerte o incapacidad sobrevenida del autor de la oferta. El legislador italiano, en cambio, adopta, en materia de oferta firme con plazo, una solución distinta a la de los franceses, precisamente en atención a la naturaleza jurídica de ésta. En el segundo párrafo del artículo 1329 del Código civil italiano de 1942 se estableció que, en el caso de la oferta firme con plazo, la muerte o sobrevenida incapacidad del oferente no priva de eficacia a la propuesta, a menos que la naturaleza del negocio u otras circunstancias excluyan tal eficacia.

#### **IV.6. La aceptación.**

El novedoso artículo 1118 del Código civil francés establece lo siguiente:

<sup>1647</sup> Así: LUPINI BIANCHI, “La responsabilidad precontractual en Venezuela”, cit., p. 74 (En cuanto a la doctrina italiana sobre el tema, véase la p. 42 de esta monografía).

<sup>1648</sup> Para las referencias concretas a la doctrina venezolana (Palacios Herrera, Maduro, Mélich Orsini, Bernad Mainar) que configura a la oferta firme con plazo como negocio jurídico unilateral, irrevocable y recepticio remitimos a: LUPINI BIANCHI, *La responsabilidad precontractual en el derecho comparado moderno...*, cit., pp. 182-183.

*La aceptación es la manifestación de la voluntad de su autor de quedar vinculado en los términos de la oferta.*

*Mientras que la aceptación no haya llegado al oferente, ella puede ser libremente revocada, siempre que la retractación llegue al oferente antes que la aceptación.*

*La aceptación no conforme a los términos de la oferta carece de efecto, salvo el de considerarse una oferta nueva.*

Estos principios coinciden con los del legislador venezolano (art. 1137 del C.C.) y el italiano (arts. 1326 y 1328 del C.C.).

En cuanto al valor del silencio y de la aceptación tácita, establece ahora el artículo 1120 del Código civil francés que el silencio no equivale a aceptación, a menos que ello se desprenda de la ley, de los usos, de las relaciones negociales o de circunstancias particulares.

#### **IV.7. Regulación de las condiciones generales de contratación.**

En un novedoso artículo incluido entre las normas referidas a la aceptación, el legislador francés regula de manera general ciertos requisitos relativos a las condiciones generales de contratación (c.g.c.)<sup>1649</sup>. El artículo 1119 del Código civil francés, establece que estas condiciones no surten efecto respecto de la parte que no las haya conocido y aceptado. En caso de discrepancia entre las c.g.c. invocadas por las partes, las cláusulas incompatibles carecerán de efectos. También establece que en caso de discrepancia entre las condiciones generales y el clausulado del contrato, prevalecerá éste. A su vez, define a los contratos de adhesión en el ya mencionado artículo 1110, como aquél cuyas condiciones generales son predeterminadas por una de las partes y excluidas de los tratos o negociación entre ambas partes.

Cabe advertir que la vía que escogió el legislador español para regular las c.g.c. es distinta, dado que las mismas se encuentran reguladas

---

<sup>1649</sup> Sobre el carácter general de esta norma insiste Chénéde (op. cit. p. 46). La tendencia tradicional en Venezuela, en materia de condiciones generales de contratación y de contratos de adhesión, ha sido la de tratarlas con detalle en la legislación especial o de protección al consumidor, precisamente por carecer nuestros códigos civiles y de comercio de normas al respecto.

por una Ley general de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998 de 13 de abril) que no hace más que adaptar a la legislación española la Directiva comunitaria 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores<sup>1650</sup>.

Mientras que nuestro Código civil calla al respecto, el legislador italiano de 1942 ya se había ocupado de las condiciones generales de contratación, para regular el llamado control de inclusión, en el artículo 1341 del Código civil italiano de 1942<sup>1651</sup>.

#### IV.8. Momento y lugar de formación del contrato.

En el artículo 1121, el legislador francés resuelve el problema del momento y lugar de la formación del contrato entre ausentes o personas distantes, estableciendo que el contrato queda concluido desde el momento en que la aceptación le llega al oferente. Establece también esta norma que se reputa celebrado en el lugar donde la aceptación ha llegado. Acoge así la llamada teoría de la recepción (o bien, sistema del conocimiento), al igual que lo hizo nuestro legislador en el artículo 1137 del Código civil venezolano. Esta teoría es la que prevalece en los principios UNIDROIT y era la recomendada en los proyectos Catalá y Terré<sup>1652</sup>.

En esta materia, es preciso recordar que *la solución adoptada en esta reforma contiene una verdadera innovación* en Francia, dado que no coincide con la que había acogido la jurisprudencia francesa. Sobre

<sup>1650</sup> Cfr. M. ALBALADEJO, *Derecho civil, II, Obligaciones*, 12 ed., Madrid, Edisofer, 2004, pp. 390-391. Sobre las c.g.c. y la directiva comunitaria, véase cuanto escribe quien consideramos el máximo experto, en la materia, en España: M.GARCIA AMIGO, *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, Mc Graw Hill, 1995, pp. 216-235.

<sup>1651</sup> Cuyo texto es el siguiente: “*Las condiciones generales del contrato establecidas por uno de los contratantes serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria. En todo caso no tendrán efecto, si no fuesen específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establezcan a favor del que las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución, o sancionen a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones con terceros, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusula compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial*”.

<sup>1652</sup> Cfr. CHÉNEDÉ, op. cit., p. 46.

la base de un conocido fallo de la cámara comercial de la Casación del 7 de enero de 1981, la doctrina mayoritaria parecía interpretar que el criterio a aplicar era el de la emisión de la aceptación, como momento de formación del contrato<sup>1653</sup>.

La novedosa solución del legislador francés coincide también con la de España, país en el cual la teoría de la recepción ya había sido acogida en el Código civil español de 1889. En efecto, a tenor del artículo 1262 de éste, la aceptación hecha por carta no obliga al autor de la oferta hasta que llegue a su conocimiento, en cuyo caso el contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

Para atenuar el rigor de la aplicación de la teoría de la recepción, nuestro legislador, al igual que el italiano (artículo 1335 del C.c. italiano) estableció una presunción de conocimiento, tal como tuvimos ocasión de señalarlo, en los siguientes términos:

Según el artículo 1137 del Código Civil Venezolano, el contrato se reputa perfeccionado tan pronto como el oferente tiene conocimiento de la aceptación que hizo la otra parte de la oferta.

Nuestro legislador soluciona el problema de la formación del contrato acogiendo el sistema de la *información efectiva o del conocimiento*, y descartando la teoría de la *concurrencia de voluntades*. Empero, introduce algunos matices al establecer una presunción *juris tantum* de cognoscibilidad, a partir del momento en que la aceptación llega a la dirección del oferente (al igual que acontece con la oferta): A los efectos de nuestro estudio, interesa señalar que conforme al art. 1138 del Código Civil, un contrato puede perfeccionarse todavía por virtud del inicio de su ejecución, aun cuando la otra parte no haya tenido conocimiento del mismo, subsistiendo a cargo de la parte que inicia el cumplimiento el deber de comunicar tal hecho a la otra: Esta norma que introduce una excepción al principio antes señalado, se encuentra también recogida en el art. 1327 del Código Civil Italiano de 1942, pero con la diferencia de que éste establece expresamente la sanción por no haber dado el aviso de ejecución a la otra parte, señalando que entonces el aceptante “quedará obligado al resarcimiento del daño”. Aún en ausencia de

<sup>1653</sup> Cfr. LATINA, “Rapport introductif: physionomie et mise en ouvre pratique de la réforme du droit des contrats”, cit. pp. 8 y 16.

disposición expresa al respecto, se admite que esta debe ser la solución en nuestro derecho<sup>1654</sup>.

A diferencia del sistema nuestro y el de los italianos, a los cuales se hizo referencia en el texto recién transcrito, la reciente reforma de los franceses carece de norma alguna relativa a la formación del contrato por el inicio anticipado de su ejecución.

Los autores franceses, a raíz de la entrada en vigencia de la Ordenanza el 1° de octubre de 2016, se han planteado el problema de la ley aplicable a un contrato cuya oferta fue enviada antes de esta fecha y cuya aceptación fue emitida antes, pero que llega al conocimiento del autor de la misma después de la entrada en vigencia de la reforma. *Quisjuris* en estos casos? La solución propuesta, conforme a la aplicación de los conflictos inter-temporales de leyes, pareciera ser la de la sujeción del contrato al nuevo régimen<sup>1655</sup>. También se ha considerado el caso de la prórroga, bajo el imperio de la ley nueva, de un contrato formado bajo la ley vieja. En esta hipótesis, se ha sugerido, sobre la base del texto del artículo 1213 del nuevo Código, la aplicación de la ley anterior, al contrato prorrogado. No así, en el caso de un contrato renegociado o reconducido respecto del cual se predica la aplicación de la ley nueva. Ello tiene base en el artículo 1214 que contempla la posibilidad de reconducción legal o voluntaria de un contrato de duración determinada, pero establece que en estos casos la renovación dará lugar a un nuevo contrato de contenido idéntico al precedente, pero de duración indeterminada<sup>1656</sup>.

#### **IV.9. Disposiciones propias de los contratos concluidos por vía electrónica.**

El Código civil francés, antes de la reciente reforma, contenía nueve normas en materia de formación del contrato por vía electrónica,

<sup>1654</sup> Así: LUPINI BIANCHI, “La responsabilidad precontractual en Venezuela”, cit., pp. 50-52. Cfr. ahora: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Curso de derecho civil III. Obligaciones*, Caracas, Revista venezolana de legislación y jurisprudencia, 2017, pp. 559-560.

<sup>1655</sup> Cfr.: GAUDEMET, “Dits en non-dits sur l’application dans les temps de l’ordonnance du 10 février 2016”, cit., p. 7; LATINA, “Rapport introductif: phisionomie et mise en ouvre pratique de la réforme du droit des contrats” cit., p. 16.

<sup>1656</sup> CHÉNEDÉ, op. cit., p. 388; GAUDEMET, op. loc. cit.

en los artículos 1369-1 al 1369-9. La introducción de esta normativa ocurrió como consecuencia de la absorción, en el Código civil francés, de la directiva comunitaria 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 tal como lo advierte expresamente la Exposición de Motivos de la Ordenanza. Precisamente por ello, ellas no fueron modificadas, en su contenido sustancial, motivo por el cual no haremos comentarios al respecto. Actualmente forman parte de la subsección 4 de la Sección I del Capítulo II (Formación del Contrato) del Libro Tercero del Código civil francés. Su numeración va del artículo 1125 al 1127-6 del vigente Código.

## **V. CONTRATOS PREPARATORIOS O ANTECONTRATOS.**

### **V.1. Una ausencia notable: Las promesas sinalagmáticas o contratos preliminares bilaterales.**

Frente a los problemas de aplicación en la práctica y a las confusiones conceptuales de la doctrina y de la jurisprudencia acerca de ciertas figuras que pertenecen al mundo precontractual, según se lo expresa en la propia Exposición de Motivos, el legislador francés pretendió aprovechar la reforma para regular expresamente algunas de las que usualmente se emplean para regular los intereses de las partes en la fase preparatoria del contrato. Ya hicimos referencia a la introducción de la definición de contrato normativo.

En la Exposición de Motivos se hace particular hincapié en la regulación del “pacto de preferencia” y del contrato llamado por los franceses “promesa unilateral de contrato” cuyo tratamiento está comprendido la subsección 3 de la Sección I del Capítulo II (Formación del Contrato) del Libro Tercero del Código civil francés.

Sin embargo, tal como lo ha señalado la doctrina francesa, el legislador francés desaprovechó la oportunidad para regular, de manera precisa, otras figuras de precontratos<sup>1657</sup>. En particular, el contrato preliminar de compraventa o lo que los franceses llaman promesa sinalagmática de compraventa.

<sup>1657</sup> Cfr. en este sentido: PELLET, op. cit., p. 27; LATINA, op.cit., pp. 47-48.



Para poder comprender mejor el sentido de la pérdida de esta oportunidad, es preciso resaltar que la categoría que nosotros (al igual que los italianos) denominamos propiamente como contratos preliminares bilaterales nunca ha sido claramente elaborada por la doctrina francesa. Particularmente, en el caso paradigmático de las promesas o contratos preliminares bilaterales de compraventa, de enorme utilidad en la práctica comercial. Ello por cuanto el Código Napoleón de 1804 incluyó una norma que lamentablemente aún sigue vigente, después de la reforma.

Se trata del artículo 1589, conforme al cual *“la promesa de venta equivale a venta, cuando existe consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio”*. La introducción de esta norma en 1804 respondió, en aquel momento, a la indebida percepción de la necesidad de reforzar el principio del efecto traslativo de la venta, por virtud del mero consentimiento manifestado. Debe recordarse que en el derecho intermedio tal principio no se aplicaba. No se reparó en que el principio del consensualismo estaba suficientemente expresado en los artículos 1138 (equivalente a nuestro actual artículo 1161), 1583 (en materia de compraventa) y 1703 (en materia de permuta) del Código Napoleón<sup>1658</sup>.

Sobre la base de esta controvertida norma, la doctrina y la jurisprudencia francesas clásicas se negaron a aceptar la posibilidad de concebir un contrato preliminar de compraventa (o promesa sinalagmática de compraventa) dado que la mayoría se limitaba a repetir que la promesa de venta equivale a venta.

---

<sup>1658</sup> Las normas equivalentes de nuestro Código civil de 1873, a su vez, expresaban: (art. 1070) *“En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado”*; (art. 1375) *“La venta es perfecta entre las partes, y el comprador adquiere la propiedad respecto del vendedor, desde que están convenidos en la cosa y en el precio, aunque la cosa no se haya entregado ni pagado el precio”*; (art. 1460) *“La permuta se perfecciona, como la venta, por el solo consentimiento”*. Estas normas permanecieron en nuestro ordenamiento hasta el Código Civil de 1922. En la Exposición de motivos del Código Civil de 1942 se señaló que la norma específica en materia de compraventa, que reproduce el principio general del *solo consensu* (contenido en el citado art. 1070 del C.C. de 1873; 1200 del C.C. de 1922 y 1161 de nuestro vigente Código) quedó eliminada por ser una reiteración innecesaria de dicho principio.

Frente a esta asimilación normativa y la impotencia en la que sumía a los operadores jurídicos franceses y a los comercializadores de inmuebles, se trató de atacar el problema en tres vertientes.

En el nivel doctrinario, concibiendo promesas bilaterales de compraventa sujetas al cumplimiento de una formalidad o un hecho esencial posterior, para evitar la equiparación<sup>1659</sup>. A nivel legal, concibiendo contratos preliminares bilaterales de compraventa mediante legislación especial dirigida a sectores particulares de la economía (v.gr. la construcción). En la práctica, recurriendo a promesas unilaterales de venta (o de compra), que son ahora expresamente reguladas por la reforma en cuanto a sus efectos, para evitar las discusiones e incertidumbres que ellas suscitaban. Por cierto, como lo veremos de seguidas, el camino que escogió el legislador es distinto al que la doctrina y jurisprudencia francesas habían venido transitando, en el plano de los efectos de estas promesas.

Precisamente atendiendo a los antecedentes históricos del artículo 1589 y las vicisitudes a que ha dado lugar su interpretación durante doscientos años, habría sido oportuna una intervención del legislador en la materia. Por lo menos, volviendo a un texto similar al que había sido originalmente propuesto en la fase preparatoria del Código Napoleón de 1804 y que fue descartado por el error de perspectiva señalado<sup>1660</sup>.

<sup>1659</sup> La primera monografía que intenta esta construcción de manera articulada, en Francia, es la de: L. BOYER, “Les promesses synallagmatiques de vente”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1949, p.19. Para una discusión detallada de la evolución de la doctrina francesa, desde 1804, respecto a las promesas bilaterales de compraventa, su concepción en el derecho intermedio (anterior) y las causas de la introducción del artículo 1589 del *Code*, remitimos a nuestro trabajo: “El contrato preliminar de compraventa, su autonomía, función y ejecución forzosa”, cit., pp. 201-226.

<sup>1660</sup> Escribimos al respecto (LUPINI BIANCHI, op. ult. cit., p. 211): “Cuando los tribunales fueron invitados a presentar sus observaciones sobre el proyecto del *Code Napoleon*, el Tribunal de Apelaciones de Lyon destacó, respecto al texto del artículo 1589, que: ‘Es una máxima constante que la promesa de venta no es una venta y que la misma obliga tan sólo al resarcimiento de los daños y perjuicios...’ Y luego de formular algunas explicaciones, concluía proponiendo el siguiente texto en sustitución del propuesto para el artículo 1589: ‘La promesa de venta no equivale a la venta; cada contratante es libre de separarse de ella. Aquel que se retire será condenado a resarcir los daños. Si hubo entrega de arras, ellas determinarán el daño; en su defecto, el resarcimiento será fijado por el tribunal competente’.

Los quebraderos de cabeza a los cuales ha dado lugar esta famosa norma no debieron tener cabida en la mente de los juristas italianos y venezolanos, dado que tanto en los Códigos civiles italianos de 1865 y 1942, como en los Códigos civiles venezolanos a partir de 1873, jamás esta regla fue admitida.

Sin embargo, la escuela de la exégesis italiana, bajo el influjo de la doctrina francesa, dudó al principio en admitir la autonomía de la figura del contrato preliminar bilateral de compraventa, hasta que a comienzos del siglo XX autores del calibre de Leonardo Coviello, Giovanni Carrara, Giuseppe Chiovenda y Piero Calamandrei contribuyeron a disipar las dudas al respecto<sup>1661</sup>. Francesco Degni resumía el tema en los siguientes términos:

...la distinción entre la promesa bilateral de venta y la venta debe establecerse atendiendo al contenido de las obligaciones asumidas: la primera tiene por objeto el *contrahere* futuro, esto es, los promitentes se obligan a prestar un consentimiento sucesivo dirigido a la transmisión del dominio, aunque estén de perfecto acuerdo sobre todos los elementos esenciales del contrato de venta; en la otra se obligan a transferir el dominio, aunque sea en un momento posterior. De ello deriva que, para decidir en el caso concreto si se trata de promesa de venta o de venta definitiva el Juez no puede limitarse al examen de las expresiones utilizadas por los contrayentes, sino que debe examinar el contenido real de la relación jurídica constituida entre las partes, el objeto real de sus comunes intenciones<sup>1662</sup>.

Es por ello por lo que el legislador italiano de 1942 introdujo una norma acerca de los requisitos formales del contrato preliminar, en el artículo 1351 del Código civil, al propio tiempo que contempló expresamente la regulación de su ejecución forzosa en el artículo 2932, acogiendo la teoría de las sentencias constitutivas de Chiovenda<sup>1663</sup>.

<sup>1661</sup> Puede verse en detalle esta evolución y la cita de las obras respectivas en: LUPINI BIANCHI, op. ult. cit., pp. 226-240.

<sup>1662</sup> F. DEGNI, *La compraventa*, traducida al castellano por Francisco Bonet Ramón (de la 3ª edición en italiano de 1939) Madrid, Revista de Derecho Privado, p. 18.

<sup>1663</sup> Las referencias específicas sobre esto en: LUPINI BIANCHI, “El contrato preliminar de compraventa, su autonomía, función y ejecución forzosa”, cit., pp. 242-261.

En lo que concierne a Venezuela, ya es sabido que el tema de la promesa bilateral de compraventa o contrato preliminar de compraventa fue discutido durante largo tiempo. Ello, a pesar de que el propio Anibal Dominici, a comienzos del siglo pasado, había demostrado la clara comprensión del fenómeno al escribir:

En nuestro Código la *promesa bilateral* de venta, es decir, la promesa recíproca de vender y de comprar una cosa, celebrada entre dos personas, no produce los efectos de la venta misma, porque en virtud de la promesa no se transfiere la propiedad, sino se ofrece transferirla. Las partes adquieren, únicamente, el derecho de obligarse mutuamente a llevar a cabo el contrato, que existe en estado de promesa; el uno a comprar, el otro a vender bajo pena de resarcimiento de daños y perjuicios. Un documento del vendedor a favor del comprador, sin que conste la voluntad de comprar expresada por éste, no valdría venta; pero como este contrato es consensual, basta que el comprador cumpla con el deber de pagar el precio, para que surta todos sus efectos en derecho, aunque no aparezca por escrito la aceptación. La promesa unilateral de vender o comprar una cosa da solamente a la parte, a quien se hizo la promesa, el derecho de exigir su cumplimiento, bajo la misma pena, sin estar obligado a nada respecto del promitente, mientras no se efectúe el contrato<sup>1664</sup>.

Las confusiones de nuestra jurisprudencia y doctrina acerca de la indebida equiparación de la promesa bilateral de compraventa y el contrato definitivo fueron denunciadas en 1970 por José Mélich Orsini en un importante trabajo en el cual incluso exhortaba a resolver el problema de la ejecución forzosa de dicha promesa mediante la introducción de una norma específica<sup>1665</sup>. Ello ocurrió en 1986 con la reforma de nuestro Código de Procedimiento Civil, en el cual se incluyó el artículo 531, al efecto.

---

<sup>1664</sup> Cfr. A. DOMINICI, *Comentarios al Código Civil venezolano (reformado en 1896)*, Caracas, 1904, T. 3°, p. 312.

<sup>1665</sup> Nos referimos a su monografía “La ejecución forzosa en especie de las obligaciones de hacer y de no hacer en el derecho venezolano”, en *Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, U.C.V., T. I, p. 481.

A pesar de que esta norma constituyó el reconocimiento expreso de la categoría de los contratos preliminares en nuestro ordenamiento<sup>1666</sup>, ello no impidió a nuestra Casación Civil seguir predicando la equivocada doctrina de la equiparación y utilizar términos como precontrato, opción, promesa de contratar de manera confusa, hasta que recientemente se pronunció, de manera clara y contundente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en una conocida sentencia.

Se trata del ya citado fallo de 20 de julio de 2015 (Expediente N° 14-0662: caso Panadería la Cesta de los Panes C.A.) que se produjo con motivo de una solicitud de revisión de una sentencia de instancia<sup>1667</sup>. En ella, el TSJ corrige la errada concepción que sobre la materia habían venido formulando, de manera contradictoria, tanto los Tribunales de Instancia y la Sala de Casación Civil, como un sector de nuestra doctrina. En resumen, este fallo:

- A) Aclara la diferencia entre contratos preliminares unilaterales y bilaterales. Se descarta la equiparación que venía haciendo la Sala de Casación Civil entre una promesa bilateral de compra-venta y la venta definitiva. Recuerda la Sala que no existe en nuestro Código Civil la norma contenida en el artículo 1589 del Código Napoleón de 1804, antes comentada.
- B) Comenta el artículo 531 del C.P.C., relativo a la ejecución forzosa en especie de la obligación de estipular un futuro contrato y explica la naturaleza y funcionamiento de esta figura. Analiza la Sala la naturaleza de esta sentencia de condena y los requisitos de la misma.
- C) Diferencia correctamente los tratos preliminares o tratativas, de los contratos preliminares y contratos preparatorios. También explica las diferencias entre contratos preliminares, promesas unilaterales de contrato, ofertas firmes con plazo, pactos de prelación, venta obligatoria o de efectos obligatorios y contratos normativos.

<sup>1666</sup> Tal como lo sostuvimos en nuestra primera monografía sobre el tema: LUPINI BIANCHI, “La responsabilidad precontractual en Venezuela”, cit., pp.71-72.

<sup>1667</sup> Consultada en original. Puede verse en la página web: [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve).

- D) Se refiere a la figura de los contratos de opción o promesas unilaterales de venta (o de compra) explicando su estructura y efectos.
- E) Tal como ya lo resaltamos anteriormente, hace referencia a que las personas que se encuentran negociando un contrato, están obligadas a obrar conforme a la buena fe en sentido objetivo, entendida como regla de conducta y como principio general del derecho.

Empero, a pesar de que el legislador francés eludió atacar el problema de las promesas bilaterales de compraventa, sí se ocupó del pacto de preferencia y de las promesas unilaterales, tal como lo veremos de seguidas.

## **V.2. El pacto de preferencia. Una solución distinta al caso de Italia, España y Venezuela.**

En una norma novedosa, vertida en el artículo 1123 del actual Código vigente, el legislador francés define el pacto de preferencia (o de prelación) convencional, regula sus efectos y establece un mecanismo de interpelación (*actioninterrogatoire*) a favor de los terceros interesados en aclarar la efectiva intención del beneficiario de ejercer el pacto de preferencia que lo favorece.

Como es sabido, este pacto, que normalmente se refiere a la venta de un bien, puede estar incluido en una cláusula contractual (v.gr. en los estatutos de una compañía en el caso de preferencia a favor de los socios en caso de que un accionista decida vender sus acciones) o formar parte de un pacto independiente, lo cual en la práctica es más infrecuente. Sin embargo, él no obliga al promitente propietario a venderle nada al beneficiario del pacto (a diferencia del caso de un contrato preliminar), salvo en caso de que el promitente decida efectivamente enajenar el bien objeto del pacto de prelación. En ésta última hipótesis, el promitente debe darle preferencia al beneficiario del pacto. Por ende, se ha dicho que el pacto de preferencia genera dos obligaciones. La primera, de contenido positivo, se refiere al deber de comunicar a la otra parte su intención de enajenar el bien a un tercero (*denuntiatio*), para que el beneficiario pueda, en el término fijado en el pacto o en la

comunicación posterior, manifestar su voluntad de adquirir dicho bien. La otra, de contenido negativo, se refiere a un deber de abstención del promitente, cuyo contenido se reduce a que no puede enajenar el bien objeto del pacto de preferencia, sin antes informar su intención de venderlo a un tercero y esperar la respuesta del beneficiario<sup>1668</sup>.

En el texto del artículo 1123, el legislador francés comienza definiendo el pacto de preferencia como: “*el contrato por el cual una parte se obliga a proponer con preferencia a su beneficiario tratar con él, para el caso en que decida contratar*”.

Luego se ocupa, en el párrafo siguiente, de las consecuencias de la violación del pacto. En este sentido establece que cuando un contrato se ha celebrado en violación del mismo, el beneficiario puede obtener la reparación del daño experimentado por él. Pero si el tercero que hubiere contratado en violación del pacto tenía conocimiento de su existencia y de la intención del beneficiario de aprovecharlo, este podrá igualmente pedir *la nulidad del contrato o solicitarle al juez que lo substituya en el contrato celebrado*.

<sup>1668</sup> En el sentido del texto, cfr. mi citada monografía: “El contrato preliminar de compraventa, su autonomía, función y ejecución forzosa”, cit., pp. 270-271 y mi libro *La responsabilidad precontractual en el Derecho comparado...*, cit., pp.170-171. Respecto a la estructura del pacto de prelación convencional y a las obligaciones (positiva y negativa) que origina véanse, en Francia: C.A MAETZ, “Clause de préférence et de préemption” en *Les principales clauses des contrats d'affaires*, AA.VV, bajo la dirección de J.MESTRE y J.C. RODA, Lextensoeditions, 2011, p. 807 y 811. En Italia: Sentencia de la Casación italiana de 25 de enero 1979 n° 586, citada por C.RUPERTO, *La giurisprudenza del código civile*, Libro IV, arts. 1321-1361, Milán, Giuffré, 2011, p. 377; G.BOZZI, *Ilcontrattopreliminare*, Turín, UTET, 2007, p.51; C.COPPOLA, “Se la prelazione di fontevolontariaabbia efficacia reale, oppureobbligatoria” en *Patto e clausole di prelazione*, AA.VV., a cargo de G. BONILINI, Pisa, PaciniGiuridica, 2016, p. 69. En España: J.C. MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, Pamplona, Aranzadi ed., 1998, pp. 106-111. En Venezuela, recientemente, la ya citada sentencia de la Sala Constitucional de nuestro TSJ de fecha 20 de julio de 2015 (Exp. N° 14-0662, caso Panadería la Cesta de los Panes C.A.) diferencia correctamente al contrato preliminar del pacto de prelación, al señalar que: “éste último no obliga al promitente propietario a vender al beneficiario del pacto, no lo vincula, salvo en los casos que decida venderle a un tercero, ya que de ser éste el caso, el promitente debe dar preferencia al beneficiario del pacto. El pacto de prelación no es un contrato preliminar unilateral condicionado y por ello no procede la ejecución forzosa, se trata de un contrato autónomo atípico, a través del cual el promitente asume la obligación de preferir, en paridad de condiciones, al beneficiario del pacto, en caso de que decida vender el bien objeto del pacto, pero no obliga a estipular el contrato de compraventa”.

Cabe advertir que esta solución no coincide con lo que predicaba la doctrina clásica francesa en materia de los efectos del pacto de prelación, conforme a la cual su incumplimiento o violación tan solo daba lugar a una acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

La reforma introduce ahora soluciones tales como la posibilidad a favor del beneficiario de substituirse al tercero o pedir la nulidad del contrato, remedios que ya había concebido la Casación francesa en un conocido fallo del 26 de mayo de 2006 (n° 03-19736) en los siguientes términos: “si el beneficiario de un pacto de preferencia tiene el derecho de exigir la anulación del contrato celebrado con un tercero desconociendo sus derechos y de exigir su substitución en el lugar del adquirente, es a condición de que el tercero haya tenido conocimiento, al momento de contratar, de la existencia del pacto de preferencia y de la intención del beneficiario de aprovecharse del pacto”<sup>1669</sup>.

Procurando garantizar la seguridad jurídica y evitar el requisito de la *probatio diabólica*<sup>1670</sup> a cargo del tercero interesado de la intención del beneficiario de aprovecharse del pacto, establece también esta norma que el tercero podrá solicitar por escrito (interpelar) al beneficiario que confirme, en un plazo que fije, el cual deberá ser razonable, la existencia del pacto de preferencia y su intención de beneficiarse del mismo. El escrito deberá mencionar que a falta de respuesta dentro del plazo fijado, el beneficiario del pacto no podrá solicitar su substitución en el contrato celebrado con el tercero o la nulidad del mismo. Esta interpelación, tal como lo hemos visto *supra*, puede ser ejercida incluso respecto a pactos de prelación celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma.

En cuanto a la posibilidad de substituirse al tercero o ejercer una acción de nulidad, la solución adoptada expresamente por esta reforma no coincide con el tratamiento que al pacto de prelación convencional se le ha dado en España, Italia y Venezuela<sup>1671</sup>.

<sup>1669</sup> Sobre este fallo, véanse: MAETZ, “Clause de préférence...”, cit. p. 813; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, essai de typologie*, París, L.G.D.J., 2012, p. 84; CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations*, cit. p. 48.

<sup>1670</sup> Así la denominan: MAETZ, op. loc. cit.; PELLET, op. cit., p. 32.

<sup>1671</sup> Escribe acertadamente una autora francesa que el legislador no ha pretendido regular el retracto convencional, con esta normativa en materia de pacto de prelación (cfr. PELLE,



Partiendo de la premisa de la naturaleza contractual del pacto de prelación o preferencia convencional y que sus efectos no se encuentran regulados en los Códigos Civiles de Italia, España y Venezuela, en estos países se le niegan efectos reales y tan sólo se le atribuyen efectos obligatorios, motivo por el cual su incumplimiento dará lugar únicamente al resarcimiento de daños y perjuicios.

En este sentido, se pone énfasis en la obligación que tiene el promitente del pacto de notificar, previamente a la enajenación a un tercero, su intención de vender y las condiciones ofrecidas por el tercero (la llamada *denuntiatio*), más no se concibe una acción de interpelación del tercero hacia el beneficiario del pacto de prelación.

En el caso de Italia, la cuestión de los efectos meramente obligatorios del pacto de prelación, es una cuestión pacíficamente aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia moderna<sup>1672</sup>.

Al respecto, en España se ha escrito lo siguiente:

...la mayoría de la doctrina destaca las diferencias entre el pacto de preferencia y el contrato preliminar (cfr. STS 25 de abril 1992); le niegan eficacia real alguna (cfr. SSTS 3 marzo 1995 y 13 diciembre 1958), y SAP de Ávila de 2 de abril 1996); y limitan sus efectos a la simple creación de una obligación de naturaleza meramente personal, cuyo incumplimiento definitivo –mediante la contratación con un tercero ajeno, sin previo aviso al beneficiario del pacto– no le permite instar con éxito la anulación del contrato entre el obligado

---

op. cit., p. 31). Sobre el retracto convencional en materia de compraventa existe, entre nosotros, una valiosa monografía de: E. URDANETA FONTIVEROS, *El retracto convencional y el retracto legal*, Caracas, Ediciones liber, 2006 (en especial, cfr. pp.17-75).

<sup>1672</sup> Cfr. Sentencias de la Casación italiana n° 698 de 11 de marzo de 1966; n° 1760 de 20 de mayo de 1969; n° 5228 de 14 de noviembre de 1978 y; n° 19928 de 18 de julio de 2008, citadas todas en este sentido por: RUPERTO, op. cit., p. 381. En doctrina: G. CRISCUOLI, *Il contratto*, Cedam, Padua, 1996, pp. 54-55; A. SCIARRONE ALIBRANDI, “L’opzione” en *I rapporti giuridici preparatori*, AA.VV., a cargo de Francesco Realmonte, Milán, Giuffré, 1996, p. 133; M.P. MARTINES, *La clausola di prelazione*, CEDAM, Padua, 2010, p. 17; BOZZI, *Il contratto preliminare...*, cit., p. 53; L. BENINCASO, “Preliminare unilaterale e preliminare condizionato”, en *Il Preliminare, aspetti sostanziali e profili applicativi*, AA.VV., a cargo de Antonio Ivan Natoli, Milán, Giuffré, 2012, p. 98; COPPOLA, “Se la prelazione di fonte volontaria abbia efficacia reale, oppure obbligatoria”, cit., p. 71; F.A. MONCALVO, “Se la violazione del diritto di prelazione genera responsabilità”, en *Patto e clausole di prelazione*, AA.VV., a cargo de G. BONILINI, Pisa, Pacini Giuridica, 2016, pp. 233-234.

y el tercero ajeno. Por lo que el beneficiario defraudado, en la práctica, solamente tendrá derecho a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados<sup>1673</sup>.

En Venezuela, tuvimos ocasión de sostener la misma tesis en cuanto a los efectos obligatorios del pacto de prelación y destacamos que la razón por la cual ha de excluirse la ejecución forzosa del pacto de prelación es porque antes de su violación, el mismo no es coercible y, después, ya no lo es, porque la venta que haga el promitente a un tercero impide que se produzca el efecto constitutivo de la sentencia respecto de un bien que ya no está en su patrimonio<sup>1674</sup>.

Distinta sería la situación en caso de que el promitente le notifique al beneficiario, en la *denuntiatio*, su intención de vender y especifique claramente los términos y condiciones de la venta. En este caso, se ha dicho que se trataría de una propuesta, en sentido técnico, hecha al beneficiario del pacto de prelación<sup>1675</sup>. Una vez aceptada la misma, se perfecciona el negocio y ya no podría el promitente, técnicamente hablando, venderle con posterioridad al tercero, dado que el bien ya no estaría en su patrimonio.

### **V.3. La promesa unilateral.**

#### **V.3.1. La innovación en Francia.**

Ya hemos tenido ocasión de hacer breve referencia a las llamadas promesas unilaterales por los franceses y a su utilidad en un sistema que se resiste a aceptar la figura del contrato preliminar bilateral de compraventa (v. supra V.1).

<sup>1673</sup> Así: MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, cit., pp. 110-118.

<sup>1674</sup> LUPINI BIANCHI, *La responsabilidad precontractual en el derecho comparado moderno...*, cit., p.171. En Francia, antes de la reforma, se había asomado la posibilidad de solicitar la nulidad de la venta hecha a un tercero, cuando ella fuere realizada para defraudar los derechos del beneficiario, con la colusión fraudulenta del promitente y del tercero. Sin embargo, aún si se admitiese esta posibilidad (véase *infra* la nota 87 en materia de pacto de opción), no resulta fácil en Italia, España o Venezuela, concebir la ulterior facultad de sustitución en la posición del tercero, efecto que sí es legalmente previsto en Francia, dado que el pacto obligatorio de prelación convencional, no genera los efectos previstos para el caso del retracto convencional o legal.

<sup>1675</sup> E.PANZARINI, *Il contratto di opzione*, Milán, Giuffrè, 2007, p. 40.

Cabe advertir que cuando se hace referencia a las promesas unilaterales de los franceses (o pacto de opción para nosotros), se está en el campo contractual, en el del negocio jurídico bilateral (para cuya perfección y efecto vinculante se requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes, no de un solo individuo). Estas promesas, por ende, no deben confundirse con las auténticas declaraciones unilaterales de voluntad de los alemanes o las contempladas en el artículo 60 del Proyecto franco-italiano de las obligaciones<sup>1676</sup>. Tal como lo ha señalado un destacado jurista venezolano, en nuestro sistema, la pura promesa unilateral de vincularse no obliga, a menos que ocurra una aceptación expresa o tácita de un destinatario<sup>1677</sup>. El legislador italiano de 1942 sí introdujo una norma acerca de las promesas unilaterales propiamente hablando (Art. 1987 del Código civil italiano), estableciendo el principio de la tipicidad. Vale decir, fuera de los casos regulados en la ley (vgr. promesa de pago o reconocimiento de deuda, según el art. 1988 del citado código) la promesa unilateral de una prestación no produce efectos obligatorios.

En cambio, a la promesa unilateral de los franceses (que en Italia, en España y en Venezuela recibe la denominación más técnica de contrato de opción), nos referimos así:

Como nos lo explica Laurent la figura se perfila, aún en ausencia de texto expreso que la consagre. Correlativamente a la promesa de venta, se elabora la categoría de la promesa unilateral de compra, aun cuando en la práctica ésta suele ser más rara que la otra. Diversos problemas se van estudiando en conexión con esta promesa, considerada como un verdadero contrato que consagra a favor del beneficiario de la opción (u *optante* en la terminología de un autor venezolano) un derecho potestativo que consiste en la facultad de adquirir la cosa por efecto de su sola manifestación unilateral de voluntad posterior (el ejercicio de la opción).

<sup>1676</sup> Sobre estas declaraciones unilaterales de voluntad, véase, in extenso: A. di MAJO, *Le promesse unilaterali*, Milán, Giuffrè, 1989, pp.17-42.

<sup>1677</sup> Cfr. J.MÉLICH ORSINI, *Doctrina general del contrato*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 4ª ed., 2006, n° 4-A, p. 6. Allí este autor agrega (p. 7) que: “el tema de la eficacia vinculatoria de la pura promesa unilateral continúa, pues, siendo materia sujeta a discusión en nuestro sistema”. Las únicas excepciones, según el autor, serían la oferta firme con plazo de opción y la oferta pública de recompensa. Éstas, en verdad, son vinculantes porque son negocios jurídicos unilaterales irrevocables.

La doctrina y la jurisprudencia francesas van aclarando las dudas en la medida en que construyen la disciplina de éstas figuras. Frente a quienes dudaron de la validez de las mismas, por cuanto encerrarían una obligación sometida a una condición potestativa (artículos 1174 del *Code* y 1202 de nuestro Código) se aclara que es falso pretender que las promesas unilaterales de venta queden viciadas de nulidad por constituir contratos sometidos a una condición potestativa (i.e. discrecionalidad del ejercicio de la opción) dado que la obligación que es nula es la que depende de la voluntad del deudor y en este caso el optante es acreedor. En torno a la estructura de la promesa, muchas veces se suele establecer, como contrapartida del sacrificio que hace el promitente, al mantener la irrevocabilidad de la oferta por un tiempo, un premio (o precio) de la opción, a favor del promitente (*indemnité d' immobilization*). En estos casos se ha analizado si la promesa unilateral pasa a ser un contrato bilateral (i.e. a tener un carácter sinalagmático) porque dependiendo de la calificación que se le dé a la promesa con premio (de unilateral o sinalagmática) a ésta le serán aplicables, en materia de solemnidades y prueba, en un caso las normas legales establecidas para las convenciones unilaterales y, en el otro, aquellas concebidas para las sinalagmáticas. Algunos han destacado que si bien la promesa puede tener un premio, la misma sigue siendo unilateral por cuanto las obligaciones del promitente y del beneficiario no son recíprocas (o correspectivas en el sentido de la doctrina italiana) dado que éste último no está obligado a comprar. Tan solo cuando el premio de la opción resulte muy elevado, con relación al precio, pasaría dicha promesa a ser sinalagmática... (*omissis*)... En cuanto a los efectos sustantivos, se resalta que la promesa de venta es un contrato que no genera efectos reales. No comporta efecto traslativo alguno. Tan sólo confiere al beneficiario de la misma el derecho de aceptar la oferta contenida en el contrato, derecho que, por lo demás, puede ser cedido<sup>1678</sup>.

<sup>1678</sup> LUPINI BIANCHI, ““El contrato preliminar de compraventa, su autonomía, función y ejecución forzosa”, cit., pp. 219-221. La referencia a François Laurent tenía que ver con un fragmento de su obra, donde el ilustre autor belga aclaraba que: “Cuando decimos que el vendedor y el comprador deben consentir, ello significa que sus voluntades deben

Establecidas estas premisas, cabe destacar que, tal como lo señala la Exposición de motivos de la reforma, el legislador francés se ocupó expresamente del tema de las promesas unilaterales para poner fin a la confusa jurisprudencia sobre el efecto de las mismas y armonizar la disciplina de ésta institución conforme a los proyectos europeos de armonización. En efecto, la Casación francesa todavía sostenía que la revocación de este tipo de promesa, antes del vencimiento del plazo que tiene el beneficiario para el ejercicio de la opción, solo podía dar lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiere experimentado el beneficiario de la promesa, excluyéndose su ejecución forzosa<sup>1679</sup>.

Ahora, se introduce una definición en el artículo 1124 de la promesa unilateral conforme a la cual: “*la promesa unilateral es el contrato por el cual una parte, el promitente, confiere a la otra, el beneficiario, el derecho de optar por la conclusión de un contrato cuyos elementos esenciales están determinado, y para cuya formación tan solo falta el consentimiento del beneficiario*”.

---

concurrir. No es suficiente que uno consienta en vender, es necesario que el otro también consienta en adquirir. Si uno se compromete a vender pero el otro no consiente adquirir, ¿habrá venta? No, habrá promesa de venta; esta promesa es un contrato unilateral si ella ha sido aceptada, mientras que la venta es un contrato bilateral. Puede también existir una promesa bilateral de venta cuando uno promete vender y el otro comprar; en este caso, existe concurso de voluntades y por tanto compraventa. El código no contempla el caso de una promesa unilateral de venta y se refiere apenas a la promesa bilateral (art. 1589)... (*omissis*)... No es suficiente que yo prometa vender para que esta promesa genere una obligación, es necesario que aquel a quien le hago esta promesa la acepte. Mientras no la acepte, no habrá sino una simple oferta o policitud...(*omissis*)... Cuando es aceptada, ella genera un contrato, del cual nace una obligación: la promesa unilateral de vender. No debe confundirse ésta promesa con aquella a la cual se refiere el artículo 1589, ni con la venta. La promesa del artículo 1589 es bilateral, vale decir, ‘que haya consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio’... En la promesa unilateral de venta, una de las partes queda obligada a vender, pero la otra, aun aceptando esta promesa, no se obliga a adquirir. En este sentido, la promesa es unilateral porque es un contrato unilateral, mientras que la compraventa y la promesa que la ley asimila a la venta son contratos bilaterales” Cfr. *Principes de droit civil français*, t. XXIV, 4 ed., 1887. Bruselas/París; Bruylant-Cristophe / LibrairieMaresq, pp.11-12.

<sup>1679</sup> En este sentido, véase la sentencia del caso *Consorts Cruz*, C.V. 3ª, del 15 de diciembre de 1993 n°91-10.199. A ella le siguieron la de C.V. 3ª, del 11 de mayo de 2011, n° 10-12.875 y, finalmente, la de C.Com. del 13 de septiembre de 2011, n° 10-19526, citadas todas en: DAIGRE y GOETZ-CHARLIER, *Code comparé et annoté de la réforme du droits des contrats*, cit., p.31 y en LATINA, op. cit., p.52.

En el mismo artículo, prosigue el legislador francés señalando que: “*La revocación de la promesa durante el plazo concedido al beneficiario para optar no impide la formación del contrato prometido*”.

Finalmente, agrega la norma que el contrato concluido en violación de la promesa unilateral con un tercero, que estuviese en conocimiento del pacto es nulo<sup>1680</sup>.

Un sector de la doctrina francesa, frente a la reforma que tipifica la promesa unilateral en los términos señalados y desecha la jurisprudencia de la Casación sobre este tema, todavía se ha preguntado si las partes podrían pactar que en caso de violación de la promesa unilateral por parte del promitente, el único remedio será la indemnización de daños y perjuicios y no la formación del contrato<sup>1681</sup>.

Creemos que en esta hipótesis, debido a la regulación normativa del pacto de opción, que comporta en favor del beneficiario el derecho potestativo de aceptar la oferta irrevocable contenida en el pacto y formar así el contrato, sin ulterior intervención del promitente, nos parece que se desnaturalizaría el tipo legal y entonces se estará en presencia de otro tipo de estipulación atípica<sup>1682</sup>.

Lo cierto es que la solución que adopta el legislador francés en cuanto a que la revocación de la promesa o pacto de opción, pendiente el plazo para el ejercicio de la opción, no impide la formación del contrato en caso de aceptación del beneficiario u optante, coincide con el régimen jurídico que al contrato de opción se le acuerda en Italia, España y Venezuela.

<sup>1680</sup> Para algunas apreciaciones críticas sobre el remedio de la nulidad, en este caso cfr.: PE-LLE, op. cit., pp34-35.

<sup>1681</sup> En este sentido: CHÉNEDÉ, op. cit., p. 53. En contra: C. PÉRÉS, “Régles impératives et suppletives dans le nouveau droit des contrats”, en *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, AAVV, cit., p. 16. Pero esta autora no excluye que, en pos de recuperar su autoestima frente al descarte legislativo del criterio de los *Consorts Cruz*, la Casación francesa lleque a aceptar la validez de semejante limitación.

<sup>1682</sup> Así lo ha entendido un autor francés, al escribir que si se introduce este tipo de pacto o modalidad, el acuerdo ya no será una promesa unilateral ya que ésta supone el compromiso o sujeción irrevocable del promitente: C. GIJSBERS, “Negotier, promettre et vendre l’immeuble après l’ordonnance du février 2016” en *Bulletin du Cridon de Paris*, septiembre de 2016, p. 4 y ss. (citado por CHÉNEDÉ, op. cit., p. 53, nota 10).

### V.3.2. El contrato de opción en Italia.

El Código civil italiano de 1942 se ocupó de esta figura en el artículo 1331, titulado “Opción”, al disponer que: “*Cuando las partes convienen que una de ellas permanezca vinculada a su propia declaración y la otra tenga la facultad de aceptarla o no, la primera declaración se considerará como oferta irrevocable a los efectos del artículo 1329. Si para la aceptación no se ha fijado un término, éste podrá establecerse por la autoridad judicial*”.

Con base en esta norma se desarrollan los efectos del contrato de opción<sup>1683</sup> y se distingue claramente a esta figura del contrato preliminar unilateral<sup>1684</sup>.

Desde el perfil de los efectos, es pacífica la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que el mecanismo de ejecución forzosa del contrato preliminar previsto en el artículo 2932 del Código civil italiano, es inaplicable al contrato de opción, dado que en éste basta con la aceptación del beneficiario de la opción u optante, para que el contrato se forme, no siendo necesaria una sentencia constitutiva para tal propósito<sup>1685</sup>.

<sup>1683</sup> Para un análisis a fondo en Italia de la estructura del contrato de opción y de sus efectos, nos remitimos a la ya citada obra de PANZARINI, *Il contratto di opzione*.

<sup>1684</sup> Para las diferencias, remitimos principalmente al fino análisis de: E. CESARO, *Il contratto e l'opzione*, Napoles, Jovene, 1969, p. 80 y ss. Véase, también, la abundante doctrina italiana (Alabiso, Bianca, Rascio, Perego, Rubino, BigliuzziGeri, Breccia, Nusnelli, Natoli, Scognamiglio, Distaso, Criscuoli, Sciarrone) citada en mi monografía “El contrato preliminar de compraventa.”, cit. p. 272, nota 220, a la cual *adde* ahora: BOZZI, *Il contratto...*, cit., pp. 172 y 184-185; A.I. NATALI, *Ilpreliminare*, Milán, Giuffré, 2012, pp. 43-44. En una sentencia de la Corte de Apelación de Milán, del 11 de marzo de 1997, se explica en términos sencillos que: “La diferencia entre contrato preliminar y opción estriba en que mientras del primero surge la obligación de las partes de concluir el contrato definitivo, lo cual implica una nueva manifestación de voluntad de ambas partes, de la opción nace la facultad del beneficiario de prestar su consentimiento para la conclusión del contrato final, consentimiento ya prestado por el promitente con la obligación de mantener en firme su propuesta” La cita es de: RUPERTO, *La giurisprudenzasulcodicecivile*., cit., pp. 440-441.

<sup>1685</sup> Además de los autores italianos ya citados en este sentido ( en mi “El contrato preliminar de compraventa.,”, p. 272, nota 221) véase ahora cuanto escribe ElizabettaPanzarini en su obra *Ilcontratto di opzione*, pp. 36-37.

### V.3.3. El contrato de opción en España.

Al igual que en el caso de Francia, antes de la reforma, y de Venezuela, el contrato de opción no encuentra regulación expresa en el Código civil español.

Ello no ha impedido el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de esta figura, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes (el artículo 1255 del Código civil español en efecto otorga a las partes la libertad de establecer “*los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”)<sup>1686</sup>.

Además, a efectos registrales, la inscripción del contrato de opción aparece regulada en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario<sup>1687</sup>.

Existe abundante jurisprudencia acerca del contrato de opción, su estructura y requisitos, donde se establece una disciplina semejante a la que se ha señalado en Francia y en Italia.

Por razones de síntesis, nos limitaremos a transcribir parte del resumen que de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en materia de contrato de opción, hace Juan Carlos Menéndez Mato. En cuanto a su estructura, se ha dicho:

Es aquel contrato instrumental por el cual una de las partes -concedente, promitente u optatario -otorga a la otra- optante o beneficiario- el derecho exclusivo de dar nacimiento a un contrato definitivo en un plazo cierto de caducidad y en unas determinadas condiciones (cfr. SSTs 14 febrero 1997, 29 octubre 1993, 16 abril y 12 julio 1979, 25 marzo 1957, 10 julio 1946 y 23 marzo 1945)... (*omissis*)...

<sup>1686</sup> Cfr. MENÉNDEZ MATO, op.cit., p.111.

<sup>1687</sup> Cuyo texto es el siguiente: “*Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:*

*Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.*

*Segunda. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.*

*Tercera. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.*

*En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento”.*



A través de esta figura, se concede a una de las partes la capacidad de elegir unilateralmente entre dar nacimiento a un contrato definitivo posterior ya ofertado, o no hacerlo, mediante su aceptación dentro de un determinado período de tiempo, durante el cual el oferente-promitente no puede revocar su oferta (cfr.SSTS 26 febrero 1996, 14 febrero 1995, 29 marzo y 18 octubre 1993, 22 diciembre 1992 y 6 noviembre 1989)<sup>1688</sup>.

Acerca de sus requisitos esenciales, la jurisprudencia también es abundante. En este sentido se ha sentado la siguiente doctrina:

La jurisprudencia (cfr.SSTS 14 febrero 1997, 7 marzo 1996, 14 febrero, 19 abril y 2 noviembre 1995, 15,18 y 29 octubre 1993, y 1 diciembre 1992) –teniendo en cuenta su proceso formativo, su perfección y ejecución- suele señalar tres premisas en el contrato de opción. Las dos primeras hacen referencia a su perfección; mientras que la última está referida a su correcta ejecución, que producirá como resultado la automática conclusión del contrato definitivo. Estas son las siguientes:

1. La concesión al optante del derecho a decidir unilateralmente respecto a la conclusión del contrato definitivo o principal.
2. La determinación completa de los elementos esenciales del contrato definitivo.
3. El ejercicio del derecho de opción debe realizarse dentro del plazo concedido al efecto o, en ausencia de él, dentro del señalado por el Tribunal de instancia (cfr. SSTS 2 abril 1997, 18 mayo 1993 y 17 noviembre 1966).

### **V.3.4. El contrato de opción en Venezuela.**

El contrato de opción no se encuentra regulado en nuestro Código civil. Sin embargo, al igual que ocurría en Francia antes de la reforma, y en España, su existencia se produce al amparo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes (véase el art. 1140 del Código civil venezolano, que admite la existencia de contratos atípicos o innominados).

<sup>1688</sup> Cfr. MENÉNDEZ MATO, op.loc.ult.cit.

A diferencia del pacto de prelación, en el cual el beneficiario carece de poder para concluir directamente el contrato (si el promitente no decide vender) en el pacto de opción, el beneficiario u optante tiene a su favor la potestad discrecional de concluir el contrato mediante una manifestación unilateral de voluntad.

Históricamente, los términos de “opción”, promesa bilateral de compraventa, contrato preliminar, precontrato de venta, oferta firme con plazo, fueron, inicialmente, objeto de promiscua utilización por parte de nuestra jurisprudencia, la cual no alcanzaba a aferrar claramente las diferencias entre estas figuras (para evitar repeticiones, remitimos al lector a lo que dijimos *supra* en V.1).

En Venezuela, con relación al contrato de opción (o promesa unilateral de los franceses) ya escribía el ilustre civilista José Mélich Orsini, en 1985, acerca de las diferencias de la oferta simple con la promesa de contratar aceptada, aclarando que en éste último caso se está en presencia de un verdadero contrato (opción de venta, en el ejemplo propuesto por él)<sup>1689</sup>.

Luego, en 1991, al ocuparnos de las diferencias entre tratos preliminares, contratos preliminares, ventas obligatorias y contrato de opción, tuvimos ocasión de aclarar que:

...mientras que el contrato preliminar unilateral engendra la obligación a cargo de una sola de las partes de suscribir un contrato subsiguiente, (el definitivo), la opción (o promesa de contratar aceptada), permite a la parte favorecida concluir de una vez el contrato, con una manifestación unilateral de aceptación. Esta última figura, denominada por la doctrina francesa *promesse unilaterale de contrat*, se perfecciona por virtud de la declaración de la parte beneficiada por la opción, frente a la otra que se encuentra vinculada por la promesa u opción. En cambio, en el caso de *contrato preliminar unilateral*, una de las partes tan solo se compromete a suscribir un contrato futuro; para la consecución del efecto negocial sustantivo, es todavía preciso que ambas partes suscriban el contrato subsiguiente (o definitivo), incluyendo la que no estaba obligada a ello<sup>1690</sup>.

<sup>1689</sup> Cfr. J.MÉLICH ORSINI, *Doctrina general del contrato*, 1ª ed., Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, n°117, p. 147.

<sup>1690</sup> LUPINI BIANCHI, “La responsabilidad precontractual...”, cit., p. 68.

En una interesante monografía del profesor Mauricio Rodríguez Ferrara sobre el pacto de opción, se analiza la estructura del mismo, se establecen las diferencias entre contrato de opción y contrato preliminar y se analizan en detalle sus efectos<sup>1691</sup>.

Por entender precisamente que el pacto de opción permite automáticamente concluir el contrato final, a diferencia del contrato preliminar, por virtud del ejercicio del derecho potestativo del optante de aceptar la promesa contenida en la opción (no siendo necesaria ulterior actividad volitiva del promitente) llegamos a concluir que, en el caso de este contrato, no es necesario recurrir al mecanismo de la ejecución forzosa en especie previsto en el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil<sup>1692</sup>.

Al pacto de opción y sus requisitos, también hizo referencia el profesor Oscar Ochoa, señalando que:

El contrato de opción debe contener todos los elementos esenciales del contrato final, de manera que el contrato se forme en el momento y por efecto de la simple aceptación de la oferta sin necesidad de otros acuerdos. Ante la falta de todos los elementos, por tanto, se estará en presencia de un mero acuerdo preparatorio, por no poderse celebrar un contrato carente de sus elementos esenciales. Efecto inmediato y directo de la opción es la irrevocabilidad de la oferta de contratar por todo el tiempo fijado convencionalmente o del que resulte de la naturaleza del negocio. La opción, entonces, crea en el destinatario de la oferta irrevocable un derecho potestativo de aceptar, el cual corresponde a la sujeción en que se encuentra sometido el optionante<sup>1693</sup>.

Más recientemente, la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia (en la tantas veces citada sentencia de fecha 20 de julio de 2015, Expediente N° 14-0662, caso Panadería la Cesta de los Panes C.A.) acoge la idea de que el contrato de opción de compra

<sup>1691</sup> RODRIGUEZ FERRARA, *El contrato de opción*, Caracas, Livrosca, 2ª ed., 1998 (la primera edición es de 1994) Para las diferencias entre contrato de opción y figuras afines, véanse pp. 17-28. En cuanto a los efectos y características pp. 61-74.

<sup>1692</sup> LUPINI BIANCHI, “El contrato preliminar de compraventa...”, cit., p. 272; ID., *La responsabilidad precontractual en el derecho moderno...*, cit., p. 173.

<sup>1693</sup> O. OCHOA, *Teoría general de las obligaciones*, Caracas, UCAB, 2009, T. I, p. 313.

consagra a favor del beneficiario un derecho potestativo que consiste en la facultad de adquirir la cosa, por efecto de su mera manifestación unilateral de voluntad, vale decir, el ejercicio de la opción, y diferencia correctamente a este contrato de otras figuras, procurando eliminar las confusiones de la jurisprudencia. Al respecto se señala:

El promitente al obligarse no puede retractarse, ya que la manifestación de su voluntad en este tipo de contratos es irrevocable, salvo que contractualmente se establezca una cláusula que lo establezca. El obligado no puede retractarse de su voluntad o eximirse unilateralmente de la obligación, salvo que el beneficiario renuncie a ejercer la opción. La promesa es un verdadero contrato que consagra a favor del beneficiario de la opción (optante u oferido) un derecho potestativo que consiste en la facultad de adquirir la cosa por efecto de su única manifestación unilateral de voluntad de manera posterior, a través del ejercicio de la opción. No es condición potestativa porque la obligación sería nula ex art. 1202 Código Civil, se trata de un derecho potestativo que le confiere el contrato de opción al beneficiario de la oferta irrevocable en él contenida. Los efectos sustantivos que se dan, están en el que no se producen efectos reales, ni traslativos de propiedad, solamente se da al beneficiario el derecho de aceptar la oferta contenida en el contrato (por ello es un contrato de opción de compraventa, pero la opción es sólo a favor del beneficiario no del promitente), derecho que puede ser cedido, salvo acuerdo en contrario, obligando al cesionario a pagar la indemnidad de inmovilización, si ésta existe, o a reembolsar al beneficiario cedente, el premio ya pagado por éste, además de las ventajas o precio de la cesión.

También concluye el Tribunal Supremo que el perfeccionamiento del contrato ocurre con el ejercicio de la opción, no siendo necesario entonces que el beneficiario recurra al mecanismo previsto de ejecución forzosa, en los siguientes términos:

En este sentido, este tipo de contrato se perfecciona en el momento en que ocurre el ejercicio de la opción y tan sólo en ese momento ocurre el efecto traslativo de la propiedad, como consecuencia de la manifestación de la voluntad del optante y haya cumplido a su vez

con sus obligaciones en los términos establecidos. Por ello, no se requiere que el beneficiario pida la ejecución forzosa en especie mediante una demanda que procure el cumplimiento de contratar, que perfeccionaría la compraventa, sino que ya la venta se ha perfeccionado y sólo necesita pedir el cumplimiento de las obligaciones del contrato ya perfeccionado. Solamente cuando el promitente se niegue a suscribir el instrumento en el cual ha de constar el contrato formado, hará falta la sentencia que documente el negocio jurídico, tratándose de una sentencia declarativa que constata que el contrato ya se perfeccionó y no se condena al promitente a contratar.

Acerca del premio, o precio del contrato de opción, y si éste desnaturaliza su carácter de contrato unilateral, establece el Tribunal los siguientes principios:

...tampoco se comparte la consideración según la cual se considera que como contrapartida del sacrificio que hace el promitente (ofertante) de mantener la irrevocabilidad de la oferta por un tiempo, en contraprestación de un premio (el precio) de la opción, se está en presencia de un contrato bilateral y sinalagmático, lo cual tiene efecto en relación a las solemnidades y pruebas. El hecho de que exista un premio (valor de la oportunidad) para el promitente, no significa que se trate de un contrato bilateral, sino que sigue siendo unilateral ya que las obligaciones del promitente y el beneficiario no son recíprocas o correspectivas, pasando únicamente a ser sinalagmático el contrato cuando el premio de la opción resulte muy elevado en relación al precio acordado. Ante esto se deben tomar en cuenta los elementos esenciales y accesorios del contrato para poder determinar cuándo se perfecciona el mismo.

En lo que concierne la publicidad registral del contrato de opción, afirma el Tribunal, en la sentencia comentada, que:

En nuestro país no se ha establecido la obligación de registrar un contrato preliminar de compraventa, por existir en la materia el principio de la libertad de las formas y para no privar a las partes de contar con un instrumento flexible, menos formal, para regular sus intereses en un momento en el cual aún no tienen seguridad o certeza sobre si se desean concretar los efectos definitivos de un contrato

de compraventa, máxime cuando el artículo 531 del Código Adjetivo establece que “...la sentencia sólo producirá efectos [contrato no cumplido] si la parte que ha propuesto la demanda ha cumplido su prestación, de lo cual debe existir constancia auténtica en los autos” (corchetes de esta Sala). De allí que, si el comprador no ha pagado el precio, mal puede pretender que el contrato preliminar sea equiparable a una venta.

En el caso de la opción, sí se había contemplado en el artículo 43 de la Ley de Registro Público y del Notariado de 2001, la obligación de registrar “los contratos de opción para adquirir derechos sobre inmuebles”. Esta obligación fue eliminada en la ley del 22 de diciembre de 2006, Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.833 (numeral 2 del artículo 93) y que se mantiene con el vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinaria del 19 de noviembre de 2014, en su artículo 92 numeral 2. Efectivamente, si se considerara que el pacto de opción no es un contrato traslativo de propiedad (hasta que no se ejerza la opción o promesa unilateral), no tenía sentido y era un error que se estableciera el registro.

En conexión con esta cuestión, cabe destacar que, además del artículo 92 numeral 2°, el citado Decreto Ley de Registros y Notariado en su artículo 75 confiere a los Notarios la competencia para dar fe pública de los actos que autoricen, entre los cuales menciona (numeral 3°): “los contratos de opción para adquirir derechos sobre bienes inmuebles”. Pero la ley no sólo no obliga a autenticarlos ante un Notario, sino que no están entre los actos sujetos a ser registrados. Con ello queda descartado, en el caso del contrato de opción, el efecto real de la oponibilidad *erga omnes*.

Por otro lado, tal como lo señala la sentencia, no tiene sentido el registro porque la opción no es un contrato traslativo de la propiedad o de efectos reales, hasta que no se ejerza la opción<sup>1694</sup>.

<sup>1694</sup> Así ya lo habíamos señalado en: “El contrato preliminar de compraventa...”, cit. pp.294-295. En este sentido, cabe destacar que mientras la reforma puntual de 1997 del Código Civil italiano (que introdujo los artículos 2645-bis, 2668 parágrafo 4°, 2775-bis y 2825-bis) se dirigió a la materia de la publicidad registral del contrato preliminar (con efectos prenotativos), no se incluyó la obligación de registrar un contrato de opción. Sobre esto, véase *ampliter* mi citada monografía: op. ult. cit., pp. 260-261.

Estas conclusiones coinciden con lo expresado por la doctrina en cuanto a los efectos meramente obligatorios de la opción en materia de inmuebles. Escribía al respecto Rodríguez Ferrara:

...no se obtiene ninguna ventaja con el registro del documento contentivo del contrato de opción, como sí lo es el caso de España o Cuba, donde el optante adquiere un derecho real y puede ejercer la opción incluso contra cualquier tercero al que se le haya transferido el bien. Además, el registro de la opción tiene, en esos países, preferencia a cualquier otro derecho real (hipoteca, por ejemplo) que se registre con posterioridad. En nuestra legislación no. Para que el contrato de opción genere efectos reales, en atención a los cánones de nuestro sistema jurídico (igual en Italia), es menester que haya una norma jurídica expresa que sustente dichos efectos, inexistente hasta el momento en nuestra legislación. De ahí que el promitente puede disponer libremente del bien que haya dado en opción, sin que haya ningún mecanismo que se lo impida. Pero, en este caso, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios e, incluso, para algunos, puede el promitente ser objeto de la acción revocatoria<sup>1695</sup>.

Finalmente, concluye la sentencia que venimos comentando su análisis del contrato que nos ocupa, en los términos siguientes:

El contrato de opción aunque es firme, es un contrato que puede conducir, pero no necesariamente, a la conclusión de un contrato ya sea de venta, permuta, arrendamiento o cualquier otro nominado o innominado, por cuanto tiende a la formación del contrato, que puede formarse o no (contrato eventual), de ejercerse la opción. En razón de lo anterior, es que todo juez de la República, debe revisar y observar de forma individualizada los elementos, términos, características y condiciones establecidas en cada uno de los contratos sometidos a su conocimiento, a los fines de determinar su

<sup>1695</sup> RODRIGUEZ FERRARA, op. cit., pp. 67-68. La posibilidad de intentar la acción pauliana contra la venta hecha por el promitente a un tercero, aun de mala fe, durante el plazo de la opción, ha sido descartada por cuanto la acción pauliana supone la insolvencia del deudor. De igual manera, se ha discutido la procedencia en este caso, de una acción de nulidad genéricamente basada en el principio de "*fraus omniacorrumpit*". Cfr. al respecto: J.L. AGUILAR GORRONDONA, *Contratos y garantías*, Caracas, UCAB, 2006, 16ª ed., p. 188.

naturaleza, independientemente de la denominación que se le haya dado al mismo por las partes, y notar si se trata de un contrato preliminar, una promesa u otro tipo de contrato, para establecer los efectos y consecuencias debidas del contrato realmente suscrito, de conformidad como lo señala el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

Después de tantos años de habernos ocupado de la materia, celebremos que esta sentencia finalmente le haya puesto coto a las confusiones de la doctrina y de la jurisprudencia acerca de las categorías de los tratos preliminares, opciones, contratos preparatorios y otras figuras que suelen presentarse en la fase precontractual.

En este sentido cabe exhortar que haya una mejor reflexión sobre la materia, para que no siga ocurriendo, entre nosotros, la consulta apresurada o irreflexiva de la doctrina clásica francesa que, como hemos visto, parece tener las manos atadas por el artículo 1589 del Código Napoleón, en cuanto a la equiparación del contrato preliminar bilateral de compraventa con la venta definitiva. Ahora, parece que el legislador francés perdió la ocasión para rectificar los errores conceptuales en esta materia y reconocer la realidad de las figuras contractuales a las cuales las personas procuran recurrir para satisfacer sus necesidades, en el tráfico comercial y en la práctica.



**EL SISTEMA TRIBUTARIO  
DE LA DEMOCRACIA LIBERAL.  
PROF. MAURICIO A. PLAZAS VEGA.**

*Al jurista y maestro JOSÉ ANDRÉS OCTAVIO,  
grande entre grandes*

## **I) LA DECADENCIA DEL COLECTIVISMO PRO COMUNISTA Y LOS CAUCES QUE DEBE SEGUIR LA HACIENDA PÚBLICA DE LA DEMOCRACIA LIBERAL**

Los tributos, como lo he reiterado en numerosos escritos, no se pueden concebir ni estructurar sin una conciencia plena sobre su estrecha relación con los fines del Estado en general y con el gasto público en particular. Abordarlos exclusivamente a partir de sus elementos jurídicos esenciales, sin mayores consideraciones sobre las bases políticas y la realidad económica y social que les da sentido y con la cual se relacionan, conlleva el vaciamiento de su contenido y una suerte de extrañamiento en los medios que en nada ayuda a las finanzas públicas.

Ya no son de recibo las viejas tesis sobre la finalidad exclusivamente financiera del tributo y es hora, en esa misma línea, de superar las pretensiones de pureza que reclaman de los estudiosos del *derecho tributario* una visión estrictamente limitada a la institución del tributo y las condiciones en que ha de ser recaudado.

Cierto es que a lo largo de la historia del *derecho tributario* hemos visto transitar a la doctrina, particularmente en Europa, de su comprensión como parte integral de las finanzas públicas a los discursos que enfatizan en su descontaminación de los factores económicos, sociales y políticos con los cuales se relacionan, en aras de auspiciar una profundización rigurosa, y estrictamente jurídica, sea desde la perspectiva del *hecho imponible*, sea desde la óptica del *procedimiento tributario* y

las reglas de *liquidación* y *recaudación*. Ciertamente es, también, que, contra los planteamientos de impronta napolitana sobre la unidad del *derecho financiero*, o de la *hacienda pública*, surgieron en buena parte de Europa, y puede decirse que han venido reinando por varios lustros, las posturas que niegan tal unidad o la consideran excesivamente ambiciosa por la amplitud temática que le es propia, para postular solamente la autonomía del *derecho tributario*. Sobre ese debate hay ya una nutrida bibliografía a la cual me refiero en detalle en el volumen II de la obra *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*.<sup>1696</sup>

Empero, la fuerza inevitable de la historia siempre ha conducido, y la temática que nos atañe no puede ser la excepción, a la superación dialéctica de los extremos en una nueva fase que los sublima, que los conserva, pero al mismo tiempo los supera, en el ámbito de la biografía del espíritu universal y del espíritu nacional, que dice HEGEL. La síntesis por la que hoy transitamos, de modo muy especial en América Latina, en lo que a los dos comentados extremos atañe, reclama una concepción del *derecho tributario*, y con él del *tributo* como su referente fundamental, como subespecialidad autónoma pero relativamente, con principios propios, que participa de una rama más amplia, como es el *derecho financiero* o de la *hacienda pública*. El *derecho tributario* es acaso la más importante de las ramas que comprende el *derecho de la hacienda pública*; y así debe ser abordado, para que se entienda en cabal forma y se asimile lo que verdaderamente representan los tributos como instrumentos fundamentales para las políticas públicas.<sup>1697</sup>

Más no se trata de volver aquí a esas disquisiciones académicas. Si se insiste en la cuestión es porque, a partir de la sublimación dialéctica a que aquí se alude, cualquier reflexión que hoy se haya de acometer en torno al *sistema tributario* debe tener como contexto el *sistema de la hacienda pública* en general. Aún más, cualquier estudio en torno al *sistema de la hacienda pública* debe tener como contexto el *sistema político* al cual corresponde. De otra manera, se camina en el vacío, sin ningún horizonte.

<sup>1696</sup> Cfr. MAURICIO A PLAZAS VEGA, *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, volumen II, subtítulo *Derecho tributario*, tercera edición, Bogotá, Temis, 2017.

<sup>1697</sup> Sobre el particular, igualmente se remite al lector al Capítulo citado en la nota anterior.

Ya BELTRAME, el maestro de la Universidad Paul Cezánne, de Marsella, en su clásica obra sobre *Los sistemas fiscales*, de los años setentas, hizo precisiones muy pertinentes sobre la distinción entre los *sistemas fiscales de los regímenes colectivistas* y de *economía de mercado*, por una parte, y los de los *países industrializados y en vía de desarrollo*, por otra. Y propuso, al efecto, una clasificación que ilustra suficientemente sobre el sentido de los *tributos* en cada uno de esos contextos y pone de manifiesto que su función en las economías de mercado es sustancialmente diferente de la que cumplen en los regímenes colectivistas.

Esos planteamientos, acertados y oportunos, sin duda, cobran actualmente mayor e indiscutible vigencia a raíz de todo lo acontecido después del que IVÁN BERED y ERIC HOBSBAWN han denominado con agudeza *El Corto Siglo*, comprendido por los cerca de ochenta años transcurridos en la pasada centuria entre la Revolución Socialista de Octubre de 1917 y la durante décadas impredecible pero a la postre inevitable disolución del *totalitarismo soviético*, a finales de 1991.

En 2017 se acaba de cumplir el primer centenario de la Revolución de Octubre como, en una coincidencia que no sobra destacar, el pasado 31 de octubre se arribó el quinto centenario de la fijación de las *95 tesis* de LUTERO en la Catedral de Wittemberg y, con ella, del nacimiento oficial del *protestantismo*. La primera, la Revolución Bolchevique, había proclamado para el mundo el paradigma de la *dictadura socialista del proletariado* en pro del *comunismo integral*, en un solo país y no en el mundo entero, en contraste con lo proclamado por el marxismo original y el trotskismo; la segunda, la del reformador LUTERO, al decir de WEBER y muchos de sus seguidores, albergaría en sus cimientos el oleaje que inspiró al espíritu del capitalismo. En 1991, y de modo más ostensible en 1992, el dogma de la *dictadura del proletariado*, y con él la realidad del *totalitarismo burocrático de izquierda, de los soviets*, quedó definitivamente desvirtuado por los hechos y la *economía de mercado*, esencia del *capitalismo*, puso en evidencia que el anuncio marxista leninista del tránsito inexorable del *socialismo* al *comunismo* no pasó de ser un propósito, un sueño, una idea, por sublime que fuera, y el mundo, en particular en Occidente y en sentido más amplio en las

*democracias liberales*<sup>1698</sup>, se debía preparar para asimilar, en Europa Oriental, la inminencia del tránsito del *socialismo* a la *economía de mercado*. FUKUYAMA llegó a decir, sin reparar en que la biografía del espíritu universal continúa con su despliegue por el mundo mientras exista el hombre, que con lo acontecido al final del *Corto Siglo* arribamos al *fin de la historia* constituido por el reino de la *libertad* y la *economía de mercado*.

No es tarea de los intérpretes de lo acontecido anunciar el porvenir; pero sí nos corresponde ser coherentes con la síntesis por la que transitamos y no desplazarnos a espaldas de la dialéctica. Lo que hoy se ha impuesto en las *democracias liberales* es la *economía de mercado* aunque, en gran parte gracias a la impronta del humanista MARX y su legado, sobre una base social que ha de inspirarla como condición insalvable para su subsistencia. Como el mismo MARX, con ENGELS, lo advertía con indudable acierto: Mal hace quien se empeña en “echar hacia atrás la rueda de la historia”.

Siendo ello así, es claro que los *sistemas políticos* y *hacendísticos* de Occidente, y con ellos, naturalmente, los *sistemas tributarios*, no pueden desconocer tan ostensible realidad. Todas sus expresiones, en lo que concierne al ingreso, al gasto, la deuda pública y la política monetaria y fiscal del Estado deben estar inspiradas en esa fase por la que transita nuestra historia y ser armónicas y coherentes, de principio a fin. Los instrumentos de que se vale el Estado para trazar el curso de la Hacienda Pública no solo deben guardar estrecha conexión con los fines a que hemos arribado en el contexto de la comentada síntesis de la historia, sino que se han de concebir en medio de la más clara y absoluta coordinación. Un *sistema* es como una gran maquinaria cuyas piezas no pueden ser aisladas del conjunto, porque pierden su razón de ser. Ni es de recibo que las piezas propias de un *sistema* se puedan aplicar a otro sin desmedro del conjunto

---

<sup>1698</sup> El sistema de *economía de mercado* y el *modo de producción capitalista* no solo impera hoy en Occidente. Piénsese, a manera de ejemplo, en Japón. Por eso, como anota RIZO, en lugar de la referencia corriente al *capitalismo occidental* se debe aludir a la *democracia liberal*. Cfr. HAROLD JOSÉ RIZO, *Evolución histórica del pensamiento político y económico*, Santiago de Cali, Universidad Autónoma, 2015, págs. 465 a 470.

En nuestros días, las precisiones de BELTRAME sobre los *sistemas colectivistas* son de recibo para examinar los cada vez más menos regímenes *pro comunistas*, de *economía estatalmente planificada*. Ejemplo de ellos pueden ser Cuba, Corea del Norte, Laos, Vietnam y China, si bien en estos dos últimos países con cambios muy significativos que los han venido acercando a la *economía de mercado*. Vietnam, de estructura comunista a partir 1976 después de la guerra con Estados Unidos, ha adoptado medidas de privatización y apertura a la inversión de capital del exterior y a las exportaciones, con efectos destacados en su economía. China, por su parte, está muy lejos de la que fuera la República Popular de MAO TSE TUNG y ha abierto también sus puertas a las inversiones de capital del exterior, las exportaciones y la privatización, en medio de un sistemático alejamiento del comunismo inicial que tuvo su punto de partida con las reformas de DEN XIAO-PING, el sucesor de MAO. Casos como el de Corea del Norte y su filo comunismo abiertamente antagónico del capitalismo y muy cercano al totalitarismo burocrático de los soviets, son hoy exóticos, por decir lo menos, y se caracterizan por una gran precariedad en el respeto de los derechos humanos y la dignidad de las personas, con perspectivas de desarrollo y calidad de vida muy sombrías.

Pero es claro, en grado sumo, que, abstracción hecha de la realidad social y económica de los pocos regímenes pro comunistas que subsisten, en los cuales la *democracia liberal* brilla por su ausencia, es perverso y caótico mantener en otros entornos, y de nombre o solo en apariencia, una *economía de mercado* que no es realmente posible ni viable en un contexto de inseguridad jurídica y afrenta permanente a la libertad de empresa a nombre de ideales y proclamas ambiguos, pero de raigambre notoriamente populista, en los cuales nada o muy poco se puede esperar de las inversiones privadas. En contextos como ese, marcados por incertidumbre, el caos se abre camino y todos los indicadores macroeconómicos, microeconómicos y sociales suelen arrojar cifras escalofrantes y el panorama se torna oscuro y sin esperanzas.

En el escenario de la *democracia liberal* que impera en el mundo como expresión del *espíritu universal*, con respeto pleno de los derechos humanos de libertad y esfuerzo ininterrumpido por la garantía y el disfrute integral de los *derechos sociales* o *de justicia*, no solo es

posible sino necesario y conveniente que haya planteamientos de izquierda, de derecha y de centro; pero no al amparo de los superados discursos de la revolución violenta, la dictadura del proletariado o el desafío a los propietarios y a la empresa, por un lado, ni desde la perspectiva de los en buena hora derrotados discursos y proyectos del *nacional socialismo* y el *fascismo* o del *liberismo optimista* de SMITH y RICARDO. La biografía del espíritu se afirma, en la síntesis a que aquí se alude, en la libertad y el respeto de los derechos y la dignidad de las personas como condiciones básicas para la vida en sociedad, en la efectividad en el ejercicio del *derecho al trabajo*, a la *educación* y a la *vivienda*, en la posibilidad clara de la libre competencia y la libertad de empresa.

Así entendida, la democracia liberal surge como referente fundamental para las posiciones de derecha e izquierda que se asuman alrededor de la *igualdad*, en sus más variadas manifestaciones: *igualdad de nacionales y extranjeros*, *igualdad en el tratamiento de las diferentes etnias y razas*, *proscripción de las diferencias por género o por creencias*. Ya no corresponde a la historia diferenciar a la izquierda de la derecha a partir de la contradicción entre la *propiedad colectiva* y la *propiedad privada*. La *caída del muro de Berlín* y el desmoronamiento de los regímenes totalitarios pro comunistas de Europa Oriental, y en definitiva de la Unión Soviética, son hechos contundentes que impiden volver al extremismo bolchevique y la entronización en el poder de burócratas inamovibles que no tienen más límites en sus acciones que su férrea voluntad, por encima de los derechos de las personas y en medio de una tristeza colectiva tras de la cual los corruptos encuentran terreno abonado y expedito para arropar sus desmedidas e ilícitas ambiciones, con discursos mesiánicos y efectistas que tienen el estigma del engaño colectivo.

La izquierda de hoy puede y debe reclamar reivindicaciones sociales y económicas en beneficio de los marginados, muchos de ellos abandonados a su suerte en especial en los países en vía de desarrollo; pero no puede, ni debe, aspirar a aniquilar la propiedad privada y convertir las empresas, verdaderos motores de la economía, en botines burocráticos al servicio de políticas trasnochadas y fracasadas de estatización. Su norte, como bien lo apunta BOBBIO, es procurar la igualdad en el

sentido ya expresado aquí; no el comunismo integral ni la igualación forzada de todos los integrantes de la sociedad, más allá de los méritos y aptitudes individuales<sup>1699</sup>. El amordazamiento de la empresa y la negación de sus derechos arrasa con la economía irremediamente, desestimula la inversión, conlleva la fuga de capitales y aumenta, en condiciones dramáticas, los contingentes de personas sin empleo y sin esperanza, brutalmente amenazadas por el infierno de la miseria.

Cómo no traer al texto lo que anotó el ilustre historiador FRANCISCO RODRÍGUEZ ADRADOS con motivo de la hecatombe del socialismo de los *soviets*:<sup>1700</sup>

*“En realidad, desde mucho antes había podido vislumbrarse lo artificial del sistema de poder soviético (interno e internacional), asentado sobre las bayonetas y una necia propaganda. Y su fracaso económico y sus patéticos esfuerzos de apertura: los que hemos viajado en estos años por el Imperio soviético lo veíamos claramente.”*

Ya no es posible auspiciar igualaciones por lo bajo, a partir del empobrecimiento de los ricos y la anulación de la iniciativa privada al amparo de un Estado nodriza cuyos mentores consideran omnipotente e incontestable. Pero esa imposibilidad real se entiende muy mal sí, con ese pretexto, se prohíba una suerte de retorno inconsulto al pasado, al liberalismo clásico del Estado indiferente y neutral y del mercado guiado milagrosamente por una mano invisible que ha de encaminarlo a la ocupación plena pero no lo logra porque, en efecto, es invisible. Ese es otro extremo inadmisibles y errado, que no corresponde al demoliberalismo de los *derechos sociales*, la *solidaridad* y la lucha frontal contra la pobreza, esa *vergüenza de la humanidad* que con tanta amargura y decisión se denunció en la *Declaración del Milenio*.

En esa nueva marea del pensamiento y de la vida es que tienen espacio los discursos más o menos orientados a la igualdad y a las reivindicaciones sociales. Lo que en mayor grado interesa hoy son las

<sup>1699</sup> Cfr. NORBERTO BOBBIO, *Derecha e izquierda – Razones y significados de una distinción política*, Segunda edición, Roma, Taurus, 1995.

<sup>1700</sup> FRANCISCO RODRÍGUEZ ADRADOS, *Nueva historia de la democracia: Se Solón a nuestros días*, Barcelona, Ariel, 2011, pág. 319.



necesidades de los que menos tienen y el papel que han de cumplir los asociados en aras de lograr su satisfacción en el mayor grado que sea posible, por encima del egoísmo y la indolencia.

Tales son los cimientos a partir de los cuales resulta del caso aludir, en las páginas que siguen, a las *condiciones mínimas de un sistema tributario racional*<sup>1701</sup>. Una temática que trata el autor de este ensayo en el volumen II de la obra *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*<sup>1702</sup>, pero que en esta oportunidad se retoma con un criterio más actual y cercano a la realidad política que se ha venido consolidando en Occidente a partir de la terminación del Corto Siglo.

## II) LAS CONDICIONES MÍNIMAS DE UN SISTEMA TRIBUTARIO RACIONAL PARA LAS DEMOCRACIAS LIBERALES

### 1) Una introducción necesaria que guarda estrecha relación con la temática ya expuesta del *colectivismo* y la *democracia liberal* – Cuándo el impuesto no es nada y cuándo es el gran basamento de la sociedad política

Bien ha dicho LUCIEN MEHL que “*cuando el Estado no es nada el impuesto no es nada*”, y “*cuando el Estado lo es todo, el impuesto tampoco es nada*”. Esta afortunada conclusión, a la cual acudo frecuentemente cuando me refiero a la finalidad de los tributos en general y de los impuestos en particular, obra muy bien como antesala de este preámbulo a las *características ideales del sistema tributario demo liberal* y puede ser desarrollada a partir de tres consideraciones fundamentales:

#### A) Cuando el Estado no es nada, el impuesto no es nada:

Cuando *el Estado no es nada el impuesto no es nada*, porque la razón de ser del *impuesto* es la existencia del Estado, así no se comprenda

<sup>1701</sup> Véase sobre el mismo tema, por su sorprendente vigencia, a FERNANDO SAINZ DE BUJANDA, *Hacienda y derecho*, vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 256. El maestro español aborda la cuestión de las condiciones del sistema tributario de la mano de LELLO GANGEMI.

<sup>1702</sup> Cfr. PLAZAS VEGA, *Derecho tributario*, Capítulo IX, ob. cit.

ya simplemente como el medio financiero público por excelencia sino, con un criterio mucho más amplio, como un instrumento de reconocido valor para el cumplimiento de los fines del ente público en general.

El *impuesto*, en ese contexto del *Estado mínimo* o *inexistente*, no es *nada* ni desde el punto de vista de la transferencia de recursos a cargo del *contribuyente*, ni desde la perspectiva garantista del *derecho de representación* como condición para su creación.

En la *sociedad comunista* de los cantos utópicos de MORO, HARRINGTON, FENELÓN, CAMPANELLA, MORELLI, BABEUF, BACON, MARX, ENGELS O CABET el *impuesto* no es nada porque, al menos en lo que atañe a los integrantes y partícipes de la comunidad del amor, los bienes y de la vida toda, el ente público nada tiene que hacer; simplemente no existe o, existiendo con precaria vida, no es condición ni tiene por qué interferir en el acontecer comunitario.

En el *comunismo platónico* del Diálogo *La república* o *sobre la justicia*, de la *plata* y el *oro*, de los *guardianes* y *filósofos*, el *impuesto* podría tener sentido porque no es un *comunismo* de todos sino de algunos, un *comunismo de clase*, de la *aristocracia*, de la *sofocracia* que alienta el discurso de PLATÓN, el gran filósofo de la Academia.

Pero en el *comunismo* de Marx y Engels, de la feliz extinción del Estado, del adormecimiento definitivo del ente público explotador, de la sistemática desaparición del *comité ejecutivo de la clase dominante*, del tránsito a la sociedad sin intereses individuales, sin clases, sin propiedad privada ni personal, sin contratos matrimoniales, del encuentro con el sueño irrealizable de la *sociedad comunista*, el *impuesto* no es *nada*; no puede serlo, simplemente porque el ente público no existe, no tiene razón de ser si ya no hay *lucha de clases*.

Como no la tiene en los igualmente ilusorios discursos *anarquistas* que, a nombre de la intangibilidad de la *propiedad privada* o de su absoluta negación, denigran del Estado como una institución oprobiosa e inútil que debe desaparecer súbita e irremediamente; como un ente deleznable y protervo que ni siquiera justifica el proceso paulatino de su sistemática y paulatina extinción, en términos de Marx, Engels o Lenin, sino que debe ser destruido, aniquilado, eliminado de una sola vez y sin reservas. Ni en la *anarquía procomunista* de PIERRE – JOSEPH PROUDHON, MIJAIL BAKUNIN o PIOTR KROPOTKIN, ni en la

*anarquía egoísta* o *radical* de MAX STIRNER ni en la *capitalista* de sublimación de la *propiedad privada*, de LYSANDER SPOONER, MURRAY ROTHBARD y DAVID FRIEDMAN, el *impuesto* tiene justificación alguna. Es más, el *Estado* se percibe como una organización criminal y perversa; y el *impuesto*, como la más clara expresión de un delito continuado y encubierto tras normas y principios que concurren para el daño irreversible que ocasionan a la sociedad.

Si al decir de PROUDHON la *propiedad* es el robo, nada de extraño tienen sus conclusiones sobre el *impuesto*: “*El Estado, por el impuesto proporcional, se erige en jefe de bandidos; él mismo da el ejemplo del pillaje reglamentado; es preciso sentarle en el banco de los acusados...*”<sup>1703</sup>

Si según BAKUNIN “*el Estado nunca tuvo y nunca tendrá moralidad alguna*”..., si es “*la completa negación de la humanidad, lo contrario de la libertad y la justicia humana y una brecha violenta en la solidaridad universal de la raza humana*”...; si “*siempre ha acabado siendo un fracaso*”<sup>1704</sup> y si su mezquina función es facilitar la explotación del pueblo a partir de la defensa de la propiedad privada, toda su estructura, y con ella naturalmente el *impuesto*, debe desaparecer: “*La abolición del Estado y del derecho tendrá como secuela la abolición de la propiedad personal heredable y de la familia jurídica, basada sobre esta propiedad, pues ambas instituciones excluyen la justicia humana*”<sup>1705</sup>.

Si a juicio de ROTHBARD la propiedad es un sacrosanto *derecho natural* e inviolable que no necesita del Estado para su cabal afirmación, sino que encuentra en él obstáculos y violaciones, tampoco sorprenden sus mordaces planteamientos acerca del *impuesto*: “*La contribución es, pura y simplemente, un robo, un robo a grande y colosal escala, que ni los más grandes y conocidos delincuentes pueden soñar en igualar*”. “*(...) El Estado es una organización criminal coactiva que se apoya en la institución de un sistema de impuestos – latrocinios de amplia escala y se mantiene impune porque se las ingenia... para conseguir el*

<sup>1703</sup> JOSEPH PROUDHON *¿Qué es la propiedad?* Ed Folio, Bogotá, 1988, pág. 52.

<sup>1704</sup> BAKUNIN, MIJAIL A., *Escritos de filosofía política*, traducción de Antonio Escotado, Barcelona, Altaya, 1995, pág. 279.

<sup>1705</sup> *Ibidem*, pág. 305.

*respaldo de la mayoría, al asegurarse la colaboración y la alianza de un grupo de intelectuales que crean opinión y a los que recompensa con una participación en la esfera de su poder y de su botín*<sup>1706</sup>.

### **B) Cuando el Estado lo es todo, el impuesto tampoco es nada:**

En el Estado autoritario y absoluto del Rey Sol, LUIS XIV, y su célebre máxima “L'état c'est moi”, del ilustre teórico de la soberanía del monarca, JEAN BODINO, de JACOBO I, el monarca Estuardo sucesor de Isabel I en Inglaterra y doctrinante del absolutismo, o de BOSSUET, prelado y hombre de confianza en la corte del Rey Sol y autor de *La política sacada de las sagradas escrituras*, el impuesto pudo tener la condición de tal desde la perspectiva del traslado forzoso de recursos del contribuyente al Estado, pero no desde la óptica de la *representación*, del voto habilitante de su establecimiento. El impuesto debía ser pagado porque así lo requería y exigía el *monarca providencial*, el rey soberano, el príncipe maquiavélico. Y si se aludía a la *moderación* como criterio central para su recaudo, no era a partir de paradigma alguno de representación sino en función de la *prudencia* y el *buen juicio* del monarca y sus consejeros. RICHELIEU decía: “... *no es propio sino de aduladores y auténticas plagas de la Corte soplar a los oídos de los príncipes que ellos pueden exigir cuanto les plazca y que en este punto su voluntad es la norma de su poder*”. Y BOSSUET, el gran orador y obispo del Siglo de Luis XIV, era enfático al decir: “*El príncipe debe moderar los impuestos y no puede agobiar al pueblo... quien presiona demasiado sobre los hombres excita revueltas y sediciones*”<sup>1707</sup>.

También en el discurso sobre el *Estado totalitario de falanges, corporaciones, esvásticas, camisas negras, hombres fuertes y encantadores de masas enceguecidas* puede aludirse al impuesto desde la óptica de la transferencia de recursos del contribuyente a favor del Estado,

<sup>1706</sup> ROTHBARD, MURRAY N, *La ética de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1995, págs. 227 y 239. Profesor de la Universidad de Nevada, en las Vegas, ROTHBARD, un reconocido estudioso de la economía adscrito a la Escuela de Austria y a la impronta neoliberal de LUDWIG VON MISES, falleció en 1995.

<sup>1707</sup> Cfr. MEHL, LUCIEN, *Elementos de ciencia fiscal*, traducción de J. Ross y M. Bricall, Barcelona, Bosch, 1964, págs. 52 y 53.

pero no desde la perspectiva democrática de la *representación*. El *impuesto* se exige y se recauda si así lo tiene a bien el *duce*, el *führer*, el *adali* de la *desesperanza*, el *dictador*, el *mesías de la estulticia*, por encima de las Cámaras y Parlamentos; ese *líder y caudillo* de la mentira, rodeado de *cobistas* y *alabanceros* que alimentan su ego y se nutren y enriquecen con el insólito respaldo de sus arbitrariedades y crímenes; ese verdugo implacable de las personas de bien; ese violador indolente de los derechos humanos, disfrazado de fuerte tras el invernadero de las bayonetas; ese pretendido orador, las más de las veces ignorante y charlatán, que escupe durante horas y horas sandeces sin límites como única vía para hacerse sentir en medio de la ineptitud que lo agobia.

En el “*Estado – Raza*”, de HITLER, el *impuesto* no es nada porque sólo constituye un instrumento para la función mesiánica al servicio de la raza:

*“Quien hable de una misión del pueblo alemán en este mundo, debe saber que esa misión sólo puede consistir en la formación de un Estado que ve, como su mayor finalidad, la conservación y el progreso de los elementos raciales que se mantuvieron puros en el seno de nuestro pueblo y en la humanidad entera”*<sup>1708</sup>.

En la ideología del *Estado – raza* no tiene cabida el *principio democrático*. La del nacional socialismo es, para el Führer,

*“una ideología que, rechazando el principio democrático de la masa, aspira a consagrar este mundo en favor de los mejores, es decir, del hombre superior”*

*Una ideología que, por tanto, “está lógicamente obligada a reconocer también el principio aristocrático de la selección dentro de cada Nación, garantizando así el gobierno y la máxima influencia de los más capacitados en sus respectivos pueblos” ... Una ideología que “se funda en la idea de la personalidad y no en la mayoría”*<sup>1709</sup>.

<sup>1708</sup> HITLER, ADOLF, *Mi lucha*, traducción de Miguel Serrano, Barcelona, Wotan, 1995, pág. 293.

<sup>1709</sup> *Ibidem*, págs. 326 y 327.

En el Estado fascista y su misión prioritaria de retorno a los tiempos de grandeza de la Roma imperial, el *principio democrático* tampoco tiene cabida:

*“El liberalismo negaba el Estado en interés del individuo; el fascismo afirma el Estado como realidad pura del individuo”.*

*“(...) Todo está en el Estado y nada fuera del Estado”.*

*“(...) Para el fascismo, el Estado es un ente absoluto, ante el cual individuos y agrupaciones son lo relativo”.*

*“(...) Estamos en un Estado que gobierna todas las fuerzas que obran en el seno de la Nación. Gobernamos las fuerzas políticas, gobernamos las fuerzas morales, gobernamos las fuerzas económicas; estamos, pues, en pleno Estado corporativo fascista.*

*“Representamos nosotros en el mundo un principio nuevo, representamos la antítesis neta, categórica, definitiva de todo el mundo de la democracia, de la plutocracia, de la masonería, en una palabra: de los inmortales principios de 1789”<sup>1710</sup>.*

*“Nosotros hemos creado el estado unitario italiano. Pensad que desde el imperio romano, Italia no ha tenido un Estado unitario”<sup>1711</sup>.*

Y en el Estado de las dictaduras afirmadas con el respaldo de las bayonetas, el *principio democrático* tampoco tiene espacio alguno porque la arbitrariedad, los atropellos y el abuso no constituyen su espacio natural.

### **C) Cuando el Estado está al servicio de la democracia y de la libertad, el impuesto es su gran instrumento**

Pero cuando el Estado es el resguardo de la libertad y no se pretende que sea todo ni se reclama su desaparición; cuando su existencia se reconoce como base de la vida en sociedad, como garantía de los

<sup>1710</sup> MUSSOLINI, BENITO, *La doctrina del fascismo*, compilación de textos y discursos, Bogotá, Tercer Mundo, 1978, págs. 29, 30 y 31. Según lo relata NORBERTO BOBBIO, con la ley del 31 de enero de 1926, que atribuyó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar, se derrumbó en la Italia fascista el *principio de separación de poderes* y dejó de regir el Estatuto Albertino. Cfr. BOBBIO, *Ensayos sobre el fascismo*, traducción de Luis Rossi, Buenos Aires, Prometeo, 2008, págs. 45 y 46

<sup>1711</sup> MUSSOLINI, BENITO, *El fascismo*, traducción de Gregorio García M., Buenos Aires, Editorial Tor, 1933, pág. 16.

derechos individuales y colectivos y paradigma de la libertad; cuando se afirma como el “*poder jurídicamente organizado*” pero no se admite, en absoluto, su intromisión en la vida de los asociados ni se vislumbra como un instrumento de explotación de clases sino como fundamento del ser colectivo; cuando no hay mesías alguno que sostengan los alabarderos e imponga su voluntad a sangre y fuego o simplemente reine al amparo de la confusión generalizada, el *impuesto* adquiere su más acabada y profunda expresión. Es el ámbito de la *democracia liberal*, del *Estado de derecho*, del *Estado social y constitucional de derecho*, de la garantía de los *derechos fundamentales* y la *propiedad privada*, pero sin perjuicio de su *función ecológica y social*. El *impuesto* de la *democracia liberal*, lo es desde la doble perspectiva del pago que realiza el contribuyente y del *principio de representación*. Es el *impuesto consentido* por los contribuyentes y regido por una máxima que se afirma en la *justicia* y que, así se haya constituido en la premisa de la *hacienda liberal*, fue descrita mejor que nadie por CARLOS MARX, el ínclito humanista del *socialismo científico*, no para describir ni proponer un sistema tributario, por supuesto, sino para señalar las pautas de su soñada sociedad comunista sin Estado, sin propiedad y sin contratos matrimoniales; la *sociedad del amor*: “*De cada uno según su capacidad y a cada uno según su necesidad*”<sup>1712</sup>.

Más que un *tributo*, palabra que sugiere abyección, sometimiento y vasallaje, así haya inspirado el nombre de la rama del *derecho* que lo aborda, el *impuesto* de la *democracia liberal* es una *contribución*, en el más profundo sentido de la palabra. El *deudor del impuesto*, en el ámbito de la *hacienda liberal*, tiene el *deber de contribuir*, más que la

<sup>1712</sup> Dice KARL HEINRICH MARX: “En la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los individuos a la división del trabajo, y con ella, la oposición entre el trabajo intelectual y el trabajo manual; cuando el trabajo no sea solamente un medio de vida, sino la primera necesidad vital; cuando, con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos, crezcan también las fuerzas productivas y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués, y la sociedad podrá escribir en su bandera: ¡De cada cual, según su capacidad; a cada cual, según sus necesidades! Cfr. MARX, “Crítica del Programa de Gotha”, en CARLOS MARX y FEDERICO ENGELS, *Obras escogidas*, edición a cargo de José Luis Montero Pérez, Granada, Comares, 2012, pág. 335. Véase también CARLOS MARX, “*Crítica del programa de Gotha*”, Moscú, Editorial Progreso, 1977, pág. 18.

*carga de tributar*, como partícipe que es de la sociedad y de los deberes y derechos que entraña esa condición. Y ha de hacerlo en condiciones de *justicia*, para que lo que se recaude por el ente público se sustente en la capacidad económica del contribuyente y lo que se gaste o invierta con el medio financiero impositivo sea en beneficio de los que menos tienen, de los que lejos están de satisfacer sus necesidades básicas o primarias, de los prisioneros de la miseria. Ya no es posible agotar el imperativo de justicia en el limitado contexto de los tributos, porque “la justicia de los medios no garantiza la de los fines”<sup>1713</sup>.

La entronización del impuesto de la *democracia liberal*, así entendido, ha sido el fruto de un largo camino que no se termina de transitar, pero es preciso comprender en cabal forma.

## **2) Las condiciones mínimas del sistema tributario de la democracia liberal:**

Así definidas la razón de ser del *impuesto* y su *fundamental* función como institución básica de la Hacienda Pública corresponde enumerar, a continuación, las condiciones mínimas que han de concurrir para la racionalidad del *sistema tributario* de la *democracia liberal*:

### **A) Debe ser abordado, de manera inmediata, como parte del sistema de la hacienda pública y, de manera mediata, como pieza fundamental del sistema político:**

Ya se hizo énfasis, al inicio de este escrito, en la inescindible relación que hay, y debe haber, entre el *sistema tributario* y el *sistema de la hacienda pública* y el *sistema de la hacienda pública* y el *sistema político*.

La *política*, y con ella el sistema que la acoge, demarca los fines del Estado; fines que, a su turno, delimitan y le dan sentido al gasto y el ingreso público.

Empero, no se trata de una relación vertical y descendente en cuya cúspide, de modo inconsulto, se encuentre el *sistema político* con sus objetivos y prioridades; se trata de una relación interdependiente en la que

<sup>1713</sup> Una acertada conclusión de DANIEL GUTMAN en “Du droit à la philosophie de l’impôt”, en *L’impôt – Archives de philosophie du droit*, París, DAJLOZ, 2002, pág. 7.



si bien la política define los fines que interesan a la colectividad, no puede concebirse sin una conciencia plena sobre su viabilidad financiera.

Los fines estatales y de la propia existencia y prosecución del ente público, se traducen en gastos de funcionamiento e inversiones para cuya ejecución se requieren cuantiosos recursos.

Tales medios financieros, a su turno, en la Hacienda Pública de nuestros días, pueden ser constitutivos o no constitutivos de renta para el Estado, según su percepción genere o no un incremento del patrimonio público en el instante en que tenga lugar. Dentro de los ingresos constitutivos de renta, los tributos, y en particular los impuestos, son el componente más importante; pero deben ser establecidos y regulados con sujeción a los principios de justicia y moderación, porque los excesos conllevan el paradójico Efecto Laffer de disminución de los recaudos a medida que aumentan las tarifas o la incidencia tributaria en general.

Los ingresos no constitutivos de renta son las sumas que recibe el Estado en posición deudora. En tal virtud, no pueden superar límites racionales que tienen que ver, esencialmente, con lo que se conoce como *sostenibilidad de la deuda pública* porque, de otra manera, pueden dar lugar a moratorias e incumplimientos, con consecuencias muy graves para los Estados y, por supuesto, para sus ciudadanos.

El Estado no se puede comprometer con metas y focos de gasto que no esté en condiciones de cumplir porque, si lo hace, puede tener que incurrir en situaciones que lleven, actual o potencialmente, a un colapso financiero, con lamentables implicaciones políticas y sociales. Los impuestos excesivos, el endeudamiento más allá del límite que impone la sostenibilidad de la deuda y los gastos e inversiones sin respaldo financiero real pueden acarrear esas consecuencias. Su más notorio síntoma, suele manifestarse en la hiperinflación, con tasas altísimas en el aumento del costo de la vida de los asociados que no logran ser contrarrestadas con incrementos en sus salarios. Esos incrementos, así sean permanentes o recurrentes, por lo general son menores que los aumentos en las tasas de inflación y paradójicamente tienden a acentuar en mayor grado las alzas en los precios, para conformar un circunloquio de caos y una verdadera *trampa de pobreza*. En esos casos, a medida que se extiende la crisis, el salario real de las personas disminuye, como

consecuencia de la inflación, y cobra total vigencia el viejo dictamen según el cual *la inflación es el impuesto de los que menos tienen*.

Y en lo que toca con el endeudamiento excesivo, otra vieja e incontestable máxima mantiene cabal vigencia: el endeudamiento de las generaciones actuales es el *impuesto de las futuras*, en el marco de lo que acertadamente se denuncia como una *inequidad generacional* que se agrega a la pérdida de independencia estatal resultante de las exigencias de las organizaciones crediticias del exterior prestamistas del ente público.

**B) Debe contar con un Código de principios básicos y definiciones fundamentales que tenga una entidad jerárquicamente superior a la de las leyes tributarias ordinarias:**

Los alcances de la recurrente polémica en torno a la codificación, la descodificación o la recodificación son poco relevantes en la materia tributaria. En nuestra rama del derecho, la codificación de principios básicos y definiciones fundamentales atiende objetivos de singular trascendencia y, justamente por ello, se debe adoptar mediante leyes de superior jerarquía a las cuales hayan de someterse las leyes tributarias ordinarias. Entre las indudables ventajas de la codificación, como una de las condiciones esenciales para la *racionalidad del sistema tributario*, cabe mencionar las siguientes:

- a) Puede contribuir para que se disminuyan las controversias entre la Administración y los deudores y responsables tributarios, y consecuentemente la litigiosidad, al contener definiciones precisas y puntuales sobre nociones y temáticas que suelen dar lugar a diversas interpretaciones.
- b) Puede fijar, de manera concreta y verdaderamente susceptible de aplicación en la práctica, los efectos de los principios constitucionales de los tributos y el sistema tributario.
- c) Puede fijar los cauces en que procede la favorabilidad en las causas tributarias.
- d) Puede precisar los grados de competencia de la ley y las normas subnacionales aprobadas por los órganos de representación de la periferia, en lo que concierne al ejercicio del poder tributario.

- e) Puede fijar reglas claras y precisas sobre las relaciones jurídicas del Fisco con los deudores, sustitutos responsables tributarios, agentes de retención y percepción y contribuyentes.
- f) Puede fijar los aspectos y principios fundamentales del procedimiento tributario.
- g) Puede establecer las reglas básicas y condiciones en función de las cuales procede la aplicación en nuestra rama del derecho de los *métodos alternativos de solución de conflictos* y, muy especialmente, el arbitramento nacional e internacional.
- h) Puede definir, con precisión, los elementos fundamentales de la obligación tributaria y señalar reglas claras sobre los aspectos tributarios de la relación jurídica que se establece entre los sustitutos tributarios, agentes de percepción, agentes de retención y contribuyentes, de manera que, cuando sea el caso, no tengan que apelar a las vías civiles ordinarias para resarcirse por lo que hayan tenido que pagar en lugar o por cuenta del contribuyente, sino que cuenten con soluciones más expeditas y rápidas.

**C) Las normas que regulan al *sistema*, como un todo, y a cada tributo en particular, deben ser claras, diáfanas y de fácil comprensión:**

Si hay una especialidad jurídica en la que se requiere un lenguaje normativo claro, simple y diáfano, es en el *derecho tributario*. Las disposiciones excesivamente extensas y colmadas de detalles y minucias suelen generar efectos contrarios a los pretendidos por el legislador.<sup>1714</sup>

Tanto para la Administración Tributaria como para los deudores, responsables tributarios, agentes de retención y percepción, sustitutos y contribuyentes las reglas de juego deben garantizar la certeza plena en lo que concierne a los alcances de sus obligaciones y derechos.

La incertidumbre y la duda pueden generar consecuencias funestas, no solo para los contribuyentes y deudores tributarios sino para el

---

<sup>1714</sup> Sobre esta temática, SAINZ DE BUJANDA distingue entre *presupuestos genéricos* y *presupuestos específicos*, para advertir que en los primeros el hecho generador del tributo se describe de manera amplia y breve pero precisa, en tanto que en los segundos es de tal manera detallado y casuista que conduce a imprecisiones y dudas de toda clase. Cfr. SAINZ DE BUJANDA, *Hacienda y derecho*, vol. II, ob. cit., págs. 292 a 298.

propio Estado porque, en contextos de inseguridad jurídica, difícilmente se realizan las inversiones que nutren el desarrollo económico.

**D) Esas mismas normas deben guardar absoluta coherencia con las que integran el *derecho tributario internacional* y el *derecho tributario supranacional*:**

Ya no es posible concebir el *derecho tributario* desde perspectivas simplemente *nacionales* o *subnacionales*. La proliferación de tratados bilaterales para evitar la doble imposición en los impuestos sobre la renta y el patrimonio, los acuerdos bilaterales y multilaterales sobre intercambio de información, los convenios de libre comercio, los tratados de protección de inversiones, las normas supranacionales sobre armonización tributaria o regímenes intracomunitarios contra la doble imposición (vgr la decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina) y el Soft Law, materializado en recomendaciones y sugerencias que en la práctica tienen fuerza vinculante para los Estados y sus ciudadanos (vgr. las Guías, Modelos y Comentarios de la OCDE) han ampliado, de manera muy considerable, el ámbito y el alcance temático del *derecho tributario*. Esta circunstancia compromete al legislador interno, al Estado y, en general, a quienes aborden la cuestión tributaria, con un contexto, muy diferente del que operara hasta hace solo dos o tres décadas, que implica un alto grado de profundización y conocimiento del *derecho comparado* para evitar errores y garantizar, en el mayor grado posible, regulaciones e interpretaciones acordes con la actual realidad de los mercados abiertos y la globalización.

**E) Para el legislador, los operadores del *derecho tributario*, los *contribuyentes*, *deudores* y *responsables*, *sustitutos*, *agentes de percepción* y *agentes de retención*, y para la sociedad toda, debe haber absoluta claridad sobre los fines que justifican a los diversos impuestos y tributos que en general conforman el sistema – Conciencia ética, cultura y moral tributaria:**

Hace mucho tiempo se viene insistiendo en las obras sobre Hacienda Pública y Tributación en que la vieja y limitada apreciación de los

tributos, y en particular de los impuestos, como instrumentos meramente financieros, ha sido superada. Es cierto, por supuesto, que con el producto de su recaudo el Estado financia el desarrollo de sus actividades; pero también lo es que esa función financiera puede ser secundaria o subsidiaria. El *mejor impuesto ecológico*, se anota de manera reiterada, es *el que no se paga por no haber ocurrido el hecho generador*, vale decir, por no haber tenido lugar el *daño ambiental*. El *arancel de aduanas* ha cumplido y cumple una función de injerencia en el comercio internacional al vaivén de las medidas proteccionistas de la producción interna de cada país que, aun en el actual contexto de la globalización, pueden ser necesarias si así lo conciben las políticas públicas. Los impuestos dirigidos a desestimular ciertas conductas que pueden ocasionar daño social, como los que gravan el juego o el consumo de bebidas espirituosas, aún hoy se mantienen en los sistemas tributarios.

Pero además de esa conciencia individualizada sobre la razón de ser de cada impuesto y cada ley tributaria, día a día se reclama, con mayor énfasis, una motivación de mayor alcance, que tiene que ver con los fines que en general persiga el Estado como poder jurídicamente organizado. En este sentido, la sociedad requiere una apreciación global de los impuestos desde la perspectiva de las políticas públicas y la hacienda pública en general, con sus implicaciones sociales y económicas en el corto, mediano y largo plazo. Es por eso que las leyes anuales de presupuesto y las del *plan nacional de desarrollo*, cuya lectura permite avizorar de cerca todo lo que se propone el Estado y cuáles son los instrumentos que prevé para lograrlo, deben dejar de ser un monopolio temático de un puñado de expertos cuyos planteamientos no captan realmente los ciudadanos o a menos no en toda su dimensión. Es un deber fundamental del Estado hacer cuanto esté a su alcance para difundir eficazmente las políticas públicas y de hacienda y sus instrumentos, de manera que se propicie un conocimiento colectivo real, y no una simple presunción de conocimiento. Las constancias de los funcionarios públicos deben ser trascendidas por acciones efectivas y eficaces en esta materia.

Sin una conciencia clara sobre ese profundo contexto, no parece viable una cultura tributaria de cumplimiento en la que los llamados a sufragar los impuestos lo hagan con un pleno sentido de lo ético, de

lo que significan la vida en sociedad y el bien común y del rol que les corresponde cumplir como integrantes del ser colectivo.

Cuando esa convicción brilla por su ausencia y los impuestos se avizoran como “cargas” que irremediablemente hay que soportar en aras de mantener un Estado ladrón e indiferente, de voracidad insaciable, el terreno queda abierto al caos, la evasión fiscal, el contrabando y la corrupción.

**F) Los impuestos y tributos que lo integran deben ser establecidos por el órgano de representación popular habilitado para ese fin:**

El *principio nullum tributum sine lege* sigue, y debe seguir siendo, bastión fundamental del sistema tributario de la democracia liberal. Su razón de ser ya no es esencialmente el control que demanda la llamada *auto imposición*, sino el control político de toda la colectividad. La discusión democrática de los proyectos de ley sobre impuestos, en el seno de los órganos de representación popular, se aprecia en nuestros días como una garantía para que, alrededor de las discusiones parlamentarias, la colectividad, por todos los medios de comunicación con que cuente, se pronuncie sobre la justicia, los alcances y la pertinencia de las nuevas normas que hayan de ser adoptadas.

En ese orden de ideas, la cuestión no se limita a que los impuestos se creen o regulen por normas con fuerza material de ley. A la luz del principio democrático, es indispensable que esa función la cumpla directamente el órgano de representación popular correspondiente en los órdenes nacional y subnacional. “*No taxation without representation*”, ese paradigma liberal que enarbolaran personajes como LOCKE o HUME en defensa del derecho de propiedad avalado por puritanos y burgueses, tiene cabal vigencia en nuestros días y con horizontes de mayor alcance.

Esa verdadera justificación del principio, por otra parte, ha dado lugar a que en los países se proscriba la cuestionable práctica de mimetizar modificaciones al orden jurídico tributario arropándolas en medio del extenso y complejo contenido de las leyes anuales de presupuesto. Por esa vía, en efecto, el debate que impone la representación se diluye,

se pierde en medio de la cuestión presupuestaria y los ciudadanos no se enteran, oportunamente, de las modificaciones a que se somete el ordenamiento tributario.

De ahí la tendencia de las Cartas Políticas o las leyes orgánicas del presupuesto a establecer que cualquier medida de orden tributario que justifique o requiera el presupuesto se tramite por separado, en las que en España se conocen como *leyes de acompañamiento presupuestario* y en Italia *Legge Collegate*. En Colombia, esa misma regla la contempla el artículo 347 de la Carta Política.

Nada de lo cual permite desconocer, por otra parte, que los legisladores nacionales, día a día, se encuentran con crecientes limitaciones a su libertad de configuración normativa en estas materias, originadas en las más variadas fuentes: la Constitución Política del país, las disposiciones contempladas en tratados internacionales, las normas supranacionales, el Soft Law y las tendencias de los sistemas tributarios de terceros países que concurren en el ámbito de la que RICARDO denominaba *economía internacional* y que actual o potencialmente pueden ser receptores o ejecutores de inversión.

Las limitaciones de orden constitucional tienen que ver con los dos principios fundamentales o principales de la imposición: El *principio de justicia* y el *principio de reserva de ley*. Lo primero, porque las Cartas Políticas suelen exigir que los impuestos se establezcan y regulen en condiciones de justicia y equidad y precisan que el sistema tributario, como conjunto, debe ser progresivo; lo segundo, porque expresamente proscriben la aplicación retroactiva de las leyes tributarias y exigen que los tributos sean creados directamente, y de manera completa, en lo que concierne a todos sus elementos, por los órganos de representación popular<sup>1715</sup>.

Hay ordenamientos en los cuales se permite la creación de impuestos mediante decretos con fuerza de ley amparados en leyes de otorgamiento de facultades extraordinarias precisas y pro tempore. Cuando ello ocurre, se alude a la *reserva de ley relativa*, para diferenciarla de

<sup>1715</sup> Excepcionalmente, en el caso colombiano, en particular en lo que concierne a tasas y contribuciones especiales, se permite a la ley habilita a las autoridades para que, bajo precisas condiciones sobre la forma, el método y el sistema de cuantificación del debido cobrar y lo que le corresponda a cada contribuyente.

la *reserva de ley absoluta* acogida por las Constituciones Políticas que prohíben el otorgamiento de facultades para ese fin. Ejemplo de los primeros puede ser Italia; de los segundos, Colombia.

También contemplan las Constituciones la posibilidad excepcional, y estrictamente transitoria, de que el Gobierno establezca o modifique tributos como mecanismos para superar las crisis que hayan dado lugar a la declaratoria de estados de excepción (vgr. guerra exterior, conmoción interior o emergencia económica o social).

En definitiva, más allá de las comentadas limitaciones y excepciones, lo cierto es que el *principio* “*no taxation without representation*” conserva cabal vigencia y es, por así decirlo, una de las expresiones más claras y distintivas de la *democracia liberal*.

**G) Los impuestos directos e indirectos que integran el sistema deben participar de un conjunto coordinado y armónico en el cual reinen la *equidad*, la *eficiencia* y la *progresividad*:**

Si respecto de cada impuesto en particular el legislador debe tener en cuenta las condiciones de justicia y equidad en que procede su creación y vigencia, en lo que al *sistema tributario* como conjunto atañe la creación, aplicación e interpretación del *derecho positivo tributario* deben reparar, sin reservas, en que, según lo han reconocido o exigido así numerosas Constituciones Políticas, de forma más o menos explícita, debe ser *equitativo*, *progresivo* y *eficiente*.

No se trata de reclamar esas tres condiciones respecto de cada tributo en particular, sino del conjunto, del *sistema*. Pero, obviamente, sí han de concurrir en lo que toca con los tributos más representativos, como son, en general en Occidente, el *impuesto sobre la renta* y el *iva*. Es claro que si los tributos más relevantes, de los cuales proviene más del cincuenta por ciento (50%) de los recaudos tributarios, no son equitativos ni progresivos, esa misma cualificación negativa se tendrá que predicar del *sistema tributario*.

Para la *progresividad* del impuesto sobre la renta, el sistema por excelencia es el de las alícuotas progresivas, pero a partir de varias consideraciones: i) que verdaderamente sean progresivas, en el sentido



de afectar con mayor incidencia a quienes ostenten mayor capacidad contributiva y no hacer residir la progresividad fundamentalmente en las personas de rentas medias, como suele ocurrir; ii) Que el tope de las alícuotas progresivas atienda un razonable criterio de moderación que descarte el Efecto Laffer y la violación del *principio de no confiscatoriedad*; y iii) Que las alícuotas progresivas concurren con minoraciones estructurales de las bases imponibles, especialmente en lo que atañe a las rentas de trabajo o relacionadas con el trabajo (vgr. indemnizaciones por accidentes o enfermedad o prestaciones por maternidad).

En el impuesto sobre el valor agregado (IVA), en su condición de *indirecto* desde el punto de vista de la *incidencia pretendida por el legislador*, la progresividad no se puede lograr por medio de alícuotas crecientes pero sí por otras vías, como las siguientes: i) Una tarifa diferencial más baja para bienes de consumo relevante en la canasta familiar de las personas de menores recursos; ii) Un régimen de exención perfecta (tarifa cero) para los bienes y servicios básicos de la canasta familiar de las personas de menores recursos; o iii) Un gravamen selectivo al consumo o complementario del IVA, o un régimen de alícuotas más elevadas en el IVA, para gravar con mayor incidencia los bienes y servicios de consumo suntuario

**H) Nunca se puede perder de vista que *el contribuyente es uno solo y una sola es su capacidad contributiva*:**

El contribuyente no puede quedar a merced de los titulares del poder tributario originario y derivado. La incidencia tributaria que sobre él recaiga es la que en conjunto corresponda a todos los tributos que deba sufragar, porque no es posible pretender que hay tantas capacidades contributivas cuantos impuestos tengan a bien crear todos los niveles nacionales y subnacionales de Gobierno, además de los supranacionales que rijan o lleguen a regir (vgr. hoy el arancel de aduanas en Europa).

Por consiguiente, las autoridades de todos los niveles deben tener una dimensión clara y precisa sobre el alcance agregado de todos los tributos que el Estado en su conjunto aspira a recaudar, sin perder de vista que quien los sufraga es una misma persona: el contribuyente.

Esa circunstancia conduce a dos consideraciones básicas: i) En primer lugar, la asignación de poder tributario derivado a los entes subnacionales debe ser excepcional, precisa y estrictamente delimitada. Lo que interesa en mayor grado, en el ámbito de la descentralización territorial, es la autonomía en el gasto, no en la creación y regulación de tributos subnacionales especialmente en países como Colombia, en los que la elección popular de alcaldes y gobernadores tiende a generar una sensación de autonomía mal entendida que muchas veces, en lo que a la temática tributaria concierne, se traduce en grandes abusos y arbitrariedades.

Un sistema de *transferencias forzosas del centro a la periferia* suficientemente claro, no intrusivo en las decisiones sobre gasto pero sí riguroso y eficaz en lo que concierne al control fiscal, puede ser mucho más aconsejable que las habilitaciones amplísimas a las asambleas y concejos para que creen y modifiquen los tributos subnacionales.

Reglas como las de la competencia exclusiva de los municipios para gravar la propiedad inmueble, la prohibición al legislador nacional de establecer exenciones o beneficios tributarios respecto de impuestos subnacionales o la estricta protección y garantía de los impuestos de propiedad de los entes subnacionales son muy razonables y necesarias. No así, en cambio, las amplias habilitaciones para que creen impuestos y tributos de las más variadas características y alcances en desmedro del contribuyente, *que es uno solo y solo tiene una capacidad contributiva*.

### **I) El cumplimiento de la obligación tributaria sustancial y las obligaciones tributarias instrumentales o formales debe ser expedito y simple:**

El cumplimiento de las obligaciones tributarias debe ser expedito y simple para los obligados, no solo desde la perspectiva de la extinción de la deuda, como tal, sino además desde la óptica de todo lo que tenga que hacer el interesado, en su ámbito interno, para lograrlo. Es obvio que, si las disposiciones que regulan los tributos son complejas y de difícil aplicación, sobrevienen para los contribuyentes crecientes costos de administración de las obligaciones a su cargo, que encarecen la incidencia efectiva de los tributos y generan consecuencias adversas, de impredecibles alcances en la cultura tributaria.

**J) La Administración Tributaria en general y sus oficinas de Fiscalización deben contar con una infraestructura de muy alto nivel y con un número de funcionarios que represente, al menos, el 0.5% de la población;**

Un *sistema tributario* no puede ser razonablemente viable si no cuenta con una Administración Tributaria fuerte, con un número de funcionarios altamente capacitados que corresponda, al menos, al 0,5% de la población. En esta área de la administración pública hay que pensar mucho más en lo que significan para el país los flagelos de la evasión y el contrabando, con secuelas de corrupción a que pueden conducir, que en pretender ahorros inconsultos mediante la reducción de la nómina o la minimización de los costos de infraestructura de la entidad tributaria.

Un aumento en los gastos y costos que se requieren para fortalecer verdaderamente a la Administración como un todo, y de manera muy especial las áreas de fiscalización y liquidación de los tributos, en las condiciones mencionadas, puede generar grandes beneficios para todos: para el Estado, por el mayor recaudo que indefectiblemente se lograría si se tiene en cuenta que, en casos como el colombiano, los evasores y contrabandistas privan a la sociedad de ingresos tributarios por más de \$50 billones (cerca de US\$15.000 millones) al año.

Lo propio puede decirse del fortalecimiento que se requiere en las Áreas de Fiscalización Internacional en un contexto como el actual, de intercambio de información y asistencia mutua en materia fiscal.

**K) La discusión administrativa de los actos que profiera la Administración Tributaria no debe ser resuelta por esa misma Administración, sino por otra entidad que si bien haga parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público no haya tenido que ver con el acto liquidatorio impugnado ni con sus antecedentes:**

No es sano ni eficiente, en absoluto, que la misma Administración Tributaria resuelva los recursos que se interpongan contra os actos de liquidación de impuestos que ella misma profiere.

Ya en varios países de América Latina las causas administrativas se ventilan ante un Tribunal Fiscal que hace parte de la Rama Ejecutiva, pero no es una dependencia de la Administración Tributaria.

Esta independencia, así sea relativamente precaria, es fundamental para morigerar el incesante crecimiento de la litigiosidad que se percibe en estas materias.

**L) Los funcionarios de la Administración Tributaria deben ser remunerados en condiciones óptimas, como corresponde a la inmensa responsabilidad que les incumbe – Pero su retribución no debe estar constituida, ni siquiera en una mínima proporción, en comisiones o bonos de gestión o de recaudo:**

Infortunadamente se ha extendido en algunos países una práctica según la cual el régimen de remuneración de los funcionarios de la Administración Tributaria incluye las llamadas “comisiones de gestión”, amparadas en resultados medidos en función del recaudo o el número y cuantía de las liquidaciones y sanciones que impongan.

Se trata de un régimen perverso que puede conducir a grandes arbitrariedades aun a pesar de la buena voluntad y la buena fe que los funcionarios en general. Porque si lo que cada funcionario gana depende de las gestiones y los resultados, medidos en metas, del grupo cual hace parte como trabajador parece en extremo ilusorio descartar los excesos que se puedan llegar a presentar. Y si las comisiones o bonos dependen de la gestión individual del funcionario se le convierte, por la vía de tan cuestionable régimen, en un verdadero “comisionista de la gestión pública”.

La gestión pública es una dignidad que enaltece a quien la ejerce porque lo compromete con la realización del *bien común* y el efectivo y riguroso acatamiento de los más preciados principios del Estado Constitucional de Derecho. Por eso cualquier estructura de bonos o premios porque haga lo que debe hacer resulta insólita, por decir lo menos.

**M) Una delimitación clara sobre los casos en los cuales las infracciones al ordenamiento tributario pueden generar implicaciones penales, de manera que no sufra menoscabo el principio *non bis in ídem* ni se dejen de castigar con prisión conductas de ostensible alcance criminal:**

Para la estructura racional del sistema tributario se requiere una profunda labor de delimitación de competencias y temáticas entre las sanciones administrativas tributarias y las penas que deban ser impuestas a la luz del derecho penal.

Es indudable que muchos evasores fiscales y contrabandistas incurren en conductas tipificadas como delito en el Código Penal. De lo que se trata es de establecer reglas precisas, y absolutamente coherentes, que señalen pautas y criterios para definir los casos en que los hechos trascienden el ámbito estrictamente tributario para encuadrarse en el ámbito criminal.

# LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO: EL PRECEDENTE EUROPEO. JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO\* .

## SUMARIO

I. Introducción.- II. El derecho al olvido: definición y fundamentos jurídicos. II.1 Definición. II.2 Fundamentos jurídicos del derecho al olvido.- III. El derecho al olvido como derecho fundamental. III.1 El nuevo hogar de la mente. III.2 Globalización e información. III.3 Globalización y derechos humanos. III.4 Acceso a la información como derecho humano. III.5 Derecho a la información y derecho al olvido.- IV. El precedente europeo: caso GoogleSpain. IV.1 La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), N° C/131/12 del 13 de mayo de 2014. IV.2 Análisis del litigio.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

---

\* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, con postgrado en Derecho Administrativo y actual doctorando en Derecho de dicha Universidad; postgrado en Derecho Comparado (mención energía y ambiente) de la Universidad de Londres; Diploma en Estudios Avanzados de Gerencia del Instituto de Estudios Superiores de Administración; Diploma en Estudios Avanzados de Gerencia Pública del Instituto Centroamericano de Administración de Empresas; Diploma en Estudios Avanzados de Políticas Públicas de la Universidad de Georgetown; docente de las Universidades: Católica Andrés Bello, Central de Venezuela, Metropolitana y José María Vargas; y profesor de pregrado y postgrado en las áreas de Derecho Administrativo, Ambiental, Comercio Internacional y de los Hidrocarburos, así como de Inglés Jurídico (International Legal English: TheCommonLaw), y en las áreas de Gerencia Estratégica, Liderazgo y Negociación.

*“Gobiernos del Mundo Industrial, vosotros, cansados gigantes de carne y acero, vengo del Ciberespacio, el nuevo hogar de la mente.”*

JOHN PERRY BARLOW (1996)

## I. INTRODUCCIÓN

La sociedad es un gran entramado social en constante evolución; por su naturaleza propia es dinámica, variable y siempre sujeta a transiciones con el paso del tiempo. Posee la especial capacidad de adaptarse a todas aquellas situaciones independientemente del momento histórico que viva la humanidad. Por otro lado, la humanidad en su búsqueda constante de conocimiento y respuestas a las grandes interrogantes que le interesa dilucidar, desde las épocas más remotas de la historia, ha conseguido la manera de desarrollar mayores y mejores formas de desenvolverse en su día a día, siendo los campos de la tecnología, comunicación e información, las áreas donde se ha innovado con mayor rapidez y progreso.

La tecnología, sin duda, crea nuevos escenarios que generan bienestar y progreso. Sin embargo, su crecimiento acelerado también supone situaciones complejas y a la vez desafíos. Plantea la necesidad de resolver los problemas para seguir a la etapa siguiente, seguramente más retadora. La sociedad de hoy no se concibe sin Internet, uno de los grandes productos que nos trae la *globalización*. Es esa gran tribuna pública a través de la cual millones de personas se expresan e informan. Es un gran almacenador de contenidos públicos y privados disponibles en red, a los que puede acceder cualquier persona en cualquier momento y lugar. Internet se encuentra presente en casi todas las actividades diarias

de las personas, desde la consulta de noticias, en las relaciones tanto laborales como personales, hasta en los temas financieros y de salud. Todos los ámbitos de la vida han sido tocados por la red y por el uso de aplicaciones especializadas, producto de la tecnología.

Distintos y variados datos, con contenidos de carácter público y privado, que pueden ser consultadas un sinnúmero de veces, se encuentran en Internet. En la mayoría de los casos el titular de la información desconoce que esos datos personales sobre sí mismo se encuentran en la red, escapando de su control, sobrepasando así la esfera de lo privado, exponiendo datos sensibles a acciones de terceros, representando un riesgo a la privacidad. Así las cosas, nos encontramos frente a una compleja situación, cada vez más difícil de atender debido a lo vertiginoso del desarrollo tecnológico. La ausencia de control y desconocimiento sobre las informaciones personales en Internet, por parte de sus titulares, trae como consecuencia que, en muchas ocasiones se encuentren expuestos al escarnio público, de manera involuntaria. En otros casos, habiendo dado su autorización, la persona constata que la utilización de la información ha traspasado los fines y formas por ella autorizados.

En este sentido, la necesidad de garantizar un derecho a la privacidad, a ser dueño de la información personal, es lo que hoy recibe el nombre de *derecho a ser olvidado en la red* o, también llamado, el *derecho al olvido digital*. Esfuerzos como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el caso de *GoogleSpain*, han demostrado el interés en que las personas cuenten con el derecho de ejercer el control sobre su información y decidir qué datos compartir y cuáles dejar permanecer disponibles en la red.

El novísimo *derecho al olvido digital* viene a ser la manifestación más palpable de la evolución de los derechos fundamentales. Recoge la visión de la sociedad del siglo XXI: la *cibersociedad*. El *derecho a ser olvidado* es el mecanismo contra la amenaza que supone la difusión irresponsable de información que pueda lesionar a una persona en el libre desarrollo de su personalidad, en su imagen y honor. Es la expresión de la necesidad de proteger la privacidad de las personas, frente al peligro o amenaza que representa el manejo irresponsable por parte de terceros de información ajena y sensible para el titular.



Los avances tecnológicos deben ir de la mano del respeto a los derechos humanos. El que la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) haya decretado el acceso a la información como un derecho fundamental es una prueba inequívoca de ello. No obstante, los mismos avances en materia de derechos humanos dan cuenta de que es posible que haya derechos que pueden colisionar. De hecho, se ha hablado de la contraposición entre libertad de expresión y vida privada. Pareciera, entonces, que el derecho y la tecnología no van a la par. De allí que se haga evidente la importancia de tratar estos temas en el campo jurídico.

## **II. EL DERECHO AL OLVIDO: DEFINICIÓN Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **II.1. Definición**

En nuestra cambiante y sobresaltada sociedad actual, es inevitable la exposición de uno mismo ante los demás en sus distintos ámbitos, es decir, la gran mayoría de los hechos y entornos íntimos de nuestra vida, pueden ser recordados y conocidos por terceros. El recuerdo constante de aquello que hicimos, y querríamos olvidar, constituye un impedimento para desarrollar con libertad e independencia nuestro proyecto de vida, ya sea porque nos obliga a dar respuestas de los sucesos pasados que, fuera de su contexto, pueden dar lugar a una imagen falsa que nos perjudique.

El surgimiento del *derecho al olvido* ha sido cuestión de intensos debates y estudios, con la finalidad de entender completamente sus implicaciones. Este concepto, que incluso ha sido desarrollado en algunos artículos de lengua inglesa, ha provocado una gran discusión en relación a las razones de su surgimiento, la viabilidad de su implementación, los alcances de esta y, con especial importancia, su aplicación en la Internet. Sobre este tema se ha llegado a afirmar incluso, que la principal aplicación del *derecho al olvido* actualmente, no debe ser en las bases de datos de archivos criminales o sistemas de crédito, sino en las redes sociales, cuentas de correo electrónico, entre otros sitios en línea.

El derecho al olvido, también llamado *derecho a ser olvidado*, es el derecho de las personas físicas a hacer que se borre en Internetla

información sobre ellas, después de un período de tiempo determinado<sup>1716</sup>. Una definición interesante es la que se encuentra en la página *web* Wikipedia:

“El derecho al olvido es un derecho relacionado con el Hábeas Data y la protección de datos personales. Se puede definir como el derecho que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información personal que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecta el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales. Como cabe apreciar, este derecho puede en ocasiones colisionar con la libertad de expresión.”<sup>1717</sup>

En este orden de ideas, el *derecho al olvido* se configura como el derecho a borrar nuestro rastro; un derecho relativamente fácil si hablamos de papel impreso o de los medios informáticos hasta hace unos años, pero que se ha complicado con la visión de nuevas tecnologías como Internet. Desaparecer hoy día datos o registros del Internet, es prácticamente imposible y dependerá de cada caso.

Abundando en definiciones, algunos autores han establecido que el *derecho al olvido*, es la expresión de los tradicionales derechos de cancelación y de oposición aplicados a los buscadores de Internet. Según la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), el

“... derecho al olvido hace referencia al derecho que tiene un ciudadano a impedir la difusión de información personal a través de Internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa”.<sup>1718</sup>

<sup>1716</sup> DE TERWANGNE, C. (2012): *Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido*, Monográfico en “VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet”, Revista de Derecho, Internet y Política. Universitat Oberta de Catalunya, febrero 2012. Disponible en <http://idp.uoc.edu> [Consulta: 2017, junio 27]

<sup>1717</sup> Vid. WIKIPEDIA: *Derecho al Olvido*. Disponible en: [https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_al\\_olvido](https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_al_olvido) [Consulta: 2017, junio 29]

<sup>1718</sup> Vid. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Derecho al Olvido*. Disponible en: <http://www.agpd.es/portaleswebAGPD/canaldocumentacion> [Consulta: 2017, junio 29]

Es decir, éste debe incluir el derecho a limitar la difusión universal e indiscriminada de datos personales en los buscadores de Internet en forma general, cuando la información es obsoleta o ya no tiene relevancia ni interés público, aunque la publicación original sea legítima.

## II.2. Fundamentos jurídicos del derecho al olvido

La idea fundamental y más importante sobre la que el *derecho al olvido* levanta sus bases, es la que referían los autores estadounidenses Brandeis y Warren (1890)<sup>1719</sup> en el *derecho a ser dueño de la información personal* (derecho a la privacidad). Esta garantía ha evolucionado a la luz de las distintas declaraciones de derechos humanos y así recogida por las distintas legislaciones en varios países. En virtud de lo anterior, podemos decir que el fundamento jurídico por excelencia del *derecho al olvido* es el derecho a la *autodeterminación informativa*. En esta dirección, se orientan derechos que son consecuencia de este fundamento. En efecto, el *derecho al olvido* se desagrega en las siguientes garantías:

1. *Derecho al acceso*. Terceros deben dejar saber al titular de la información de qué datos disponen. El dueño de la información tiene derecho a disponer de ella y esto comienza por tener conocimiento sobre cuál de su información está expuesta en la red.
2. *Derecho a rectificación*. El individuo titular tiene derecho a exigir que se le rectifique sus datos (si no fuesen correctos). La vida del individuo (social, laboral, de pareja, política, etc.) cambia con el tiempo y los datos en la red pueden estar desactualizados, ocasionando inconvenientes al titular de la información. El ejercicio de este derecho da lugar a la sustitución de los datos errados.
3. *Derecho a cancelación*. Es decir, a que se bloqueen los datos para que nadie que no esté autorizado, pueda tratarlos. El ejercicio de este derecho da lugar al bloqueo de los datos, conservándose solamente a disposición de la Administración Pública.

---

<sup>1719</sup> BRANDEIS, L. y WARREN, S. (1890): *The Right to Privacy. The right most valued by all civilized men is the right to be left alone*, en *Harvard Law Review*, Vol. IV, December 15, 1890, No. 5, Boston. Disponible en: <http://www.english.illinois.edu> [Consulta: 2017, junio 29]

Ambos derechos (de rectificación y de cancelación) son derechos acordados a los individuos cuando sus datos resulten inexactos, incompletos o excesivos.

4. *Derecho a oposición*. Tiene que ver con la acción de contradicción del titular sobre datos que no son ciertos. Es una herramienta jurídica que permite al ciudadano negarse a que sus datos personales sean objeto de publicidad y estudios comerciales, entre otros aspectos.

Estos cuatro derechos que configuran el *derecho al olvido digital*, son los conocidos como *derechos ARCO*<sup>1720</sup> (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición) y como puede observarse, están orientados a borrar el rastro de información. Son derechos personalísimos que sólo pueden ser ejercidos por el titular de la información. Como información de interés podemos decir que en el lapso de un poco más de un año (desde el 14 de mayo de 2014 hasta el 15 de julio de 2015) *Google* recibió un número de 1.032.948 solicitudes para evaluar enlaces y eliminó el 41.3% de ellos.<sup>1721</sup>

El fundamento del *derecho al olvido* es hacer posible que el individuo, titular de la información, tenga conocimiento sobre cuál es la información que sobre su persona reposa en Internet y que pueda tomar decisiones sobre ésta. Este derecho tiene un valor jurídico que se basa en la necesidad de olvidar el pasado y que encuentra su justificación en la autonomía individual de la persona para controlar su propia información personal, sea para entregarla a quien decida o para que el tercero ya no disponga de la misma.

En Europa, continente donde hay grandes avances y logros con respecto al ejercicio de este derecho al olvido, *the right to be forgotten*

<sup>1720</sup> Vid. PORTAL INFORMATIVO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS. Disponible en: <http://www.cuidatusdatos.com/> [Consulta: 2017, junio 24]

<sup>1721</sup> INTERNATIONAL FEDERATION OF LIBRARY ASSOCIATIONS AND INSTITUTIONS – IFLA (s/f): *Fundamentos y antecedentes legislativos: El derecho al olvido en el contexto nacional y regional*. Traducción al español del documento *IFLAStatementontheRightto be Forgotten*. Traducido por la Dirección de Traducciones de la Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina. Disponible en: <http://www.ifla.org/files/assets/clm/statements/rtbf-background-es.pdf> [Consulta: 2017, junio 23]

(RTBF), está reconocido como de autodeterminación informativa en una serie de instrumentos normativos como los siguientes:

- Artículo 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos;
- Convenio N° 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal;
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 8º; y
- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

### **III. EL DERECHO AL OLVIDO COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

#### **III.1. El nuevo hogar de la mente**

“*Gobiernos del Mundo Industrial, vosotros, cansados gigantes de carne y acero, vengo del Ciberespacio, el nuevo hogar de la mente.*”<sup>1722</sup> Así comienza la Declaración de Independencia del Ciberespacio, una proclamación de hace 21 años (1996), realizada en Davos, Suiza, por un ensayista y ganadero estadounidense, John Perry Barlow (Wyoming, EUA, 1947), como reacción a la promulgación de la Ley de Telecomunicaciones en Estados Unidos de 1996 y dirigida al Foro Económico Mundial (World Economic Forum, WEF), mejor conocido como *Foro de Davos*.

Este manifiesto abogaba por la libertad de Internet indicando, entre sus ideas, que se había creado un mundo en el que todos podían entrar, sin privilegios o prejuicios debidos a la raza, el poder económico, la fuerza militar, o el lugar de nacimiento. Ese mundo, el ciberespacio,

---

<sup>1722</sup> BARLOW, J. (1996): *A declaration of the independence of cyberspace*, (February 8). Disponible en: <http://www.eff.org/es/cyberspace-independence> [Consulta: 2017, julio 5]

un nuevo derecho, *un nuevo hogar de la mente*, debe ser libre para cualquiera, en cualquier sitio, donde pueda exponer sus creencias, sin importar lo singulares que sean, sin miedo a ser coaccionado al silencio o al conformismo.

*The Economist*, a propósito de los 20 años de este manifiesto, publicó a principios del año 2016 una entrevista efectuada a John Perry Barlow<sup>1723</sup>, buscando saber cómo su autor concibe esta promulgación en la actualidad. Confiesa Barlow que hoy no lo escribiría con tanta grandilocuencia, pero que mantendría el texto mayormente en todas sus partes. Lo que hoy incluiría, sin lugar a dudas, es la importancia de la vigilancia en la red, necesaria en estos tiempos, pero sin cambiar la esencia: *el acceso al ciberespacio debe ser libre*.

El *nuevo hogar de la mente* al que Barlow hace referencia es el ciberespacio (también denominado *ciberinfinito*), un producto de la informática, de los avances tecnológicos que han logrado cambiar para siempre el modo en que los ciudadanos nos comunicamos, trabajamos y que, en definitiva, comporta la manera en que vivimos. Los avances de la tecnología de la información, de la mano de Internet, han redimensionado las relaciones sociales, económicas y culturales del ser humano. Citando a María J. Caro Bejarano (2011), puede definirse el ciberespacio como:

“Un ámbito caracterizado por el uso de la electrónica y el espectro electromagnético para almacenar, modificar e intercambiar datos a través de los sistemas en red y la infraestructura física asociada. El ciberespacio se puede considerar como la interconexión de los seres humanos a través de los ordenadores y las telecomunicaciones, sin tener en cuenta la dimensión física.”<sup>1724</sup>

<sup>1723</sup> THE ECONOMIST (2016): *How John Perry Barlow views his Internet manifesto on its 20th anniversary*, (February 8). Disponible en: <http://www.economist.com/news/international/21690200-Internet-idealism-versus-worlds-realism-how-john-perry-barlow-views-his-manifesto> [Consulta: 2017, julio 3]

<sup>1724</sup> CARO, M. (2011): *Alcance y Ámbito de la Seguridad Nacional en el Ciberespacio*, Cuadernos de Estrategia 149, “Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio”. Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa de España, 2011, (Cap. I, pp.48-82), p.51. Disponible en: [http://cni.es/comun/recursos/descargas/Cuaderno\\_IEEE\\_149\\_Ciberseguridad.pdf](http://cni.es/comun/recursos/descargas/Cuaderno_IEEE_149_Ciberseguridad.pdf) [Consulta: 2017, julio 15]

Se trata de una realidad virtual, potenciada por Internet, que se encuentra en todas las computadoras y dispositivos inteligentes, vinculados a redes digitales alrededor del mundo. No conoce de barreras físicas. Tiempo y espacio adoptan otra dimensión, pues los individuos pueden interactuar entre sí de manera simultánea, encontrándose en distintos lugares del planeta. Se habla hoy en día de sociedad de la información; vivimos sin lugar a dudas en la *era digital*.

En esta *cibersociedad* interactúan millones de usuarios, creando abundancia de datos, generando información y rastros digitales segundo a segundo. Según Manuel Castells, sociólogo español, uno de los académicos de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC más influyente y citado del mundo: “*Internet es la nueva tecnología de la libertad*.”<sup>1725</sup>)

Acceder al ciberespacio, el *nuevo hogar de la mente* del que habla Barlow, es entendido en la actualidad como un derecho humano más, pues así lo ha establecido la O.N.U.<sup>1726</sup> No es un secreto que para la humanidad, disponer de información y poderla transmitir de un individuo a otro (y hasta de una generación a otra) ha sido una gran ambición y a la vez un verdadero desafío. Basta con recordar los avances alcanzados por la ciencia, como resultado del esfuerzo humano, en esta dirección: la imprenta, la radio, la televisión, la telefonía (en general) y, finalmente, Internet. Ya lo decía muy acertadamente David Hume (Edimburgo, UK, 1711 - 1776), filósofo, sociólogo, economista e historiador escocés, que “*quien tiene el saber tiene el poder*.”<sup>1727</sup>

Ciertamente, la información es poder. Esta aseveración de Hume está hoy más vigente que nunca, pues la tenencia de información no sólo es poder sino también bienestar. Hoy en día, la información es

<sup>1725</sup> CASTELLS, M. (2001): *Internet, libertad y sociedad: una perspectiva analítica*, Lección inaugural del curso académico 2001-2002 de la UOC. Disponible en: [http://www.uoc.edu/web/esp/launiversidad/inaugural01/intro\\_conc.html](http://www.uoc.edu/web/esp/launiversidad/inaugural01/intro_conc.html) [Consulta: 2017, junio 27]

<sup>1726</sup> NACIONES UNIDAS (2012): *Resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas bajo el N° A/HRC/20/L.13 del 29 de junio*. Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet (2012). Disponible en: <http://www.un.org/es/> [Consulta: 2017, junio 27]

<sup>1727</sup> Cit. por SARAIVA, L. (2014): *CEPAL aportes a la reflexión educativa*, (agosto 11). Foro Educativo, 25 años 1992 – 2017. Disponible en: <http://foroeducativo.com/cepal-aportes-a-la-reflexion-educativa/> [Consulta: 2017, agosto 14]

conocimiento y además significa la posibilidad de acceder -en tiempo real- a todo tipo de datos sin importar la ubicación geográfica de quien los genera y de quien los consulta. Se ha venido haciendo referencia a la *Web 2.0*, en la que los internautas ya no sólo son consumidores de información, sino que además, son generadores de contenidos. Vamos rumbo a la *Web 3.0*, el ciberespacio en el que las máquinas entienden a los individuos e interactúa con éstos.

Todo ello es posible gracias a la herramienta clave de la Internet, que permite el acceso a la información en esta llamada *era digital* haciendo posible almacenar y compartir información, aspectos que en otros tiempos significaban sortear barreras de toda índole como altos costos. La posibilidad de acceder a la información con la que hoy en día se cuenta es un verdadero logro para la humanidad, pero supone a la vez un ciberespacio sin barreras (como lo soñaba Barlow en su manifiesto). En este sentido, la O.N.U. ha declarado el *derecho a la información* como una garantía fundamental más dentro del universo de los derechos humanos.

De otra parte, la existencia de esta información -inabarcable y sin barreras- en el ciberespacio, supone también riesgos para los cibernautas. Es decir, el derecho a la información (vinculado al derecho a la libre expresión), expone información personal de los individuos, pues al almacenarla fácilmente, también la deja disponible para cualquier consulta, en cualquier momento y en cualquier lugar. Pareciera que el derecho a la información vulnera otros derechos del individuo como lo son el derecho al honor y a la integridad, entre otros. Esta realidad coloca al individuo en una posición de fragilidad y vulnerabilidad, porque sus datos personales se encuentran disponibles -sin límites- para quien sea, sin importar el objetivo.

Así las cosas, ante lo vulnerable del individuo frente a la red, donde su información personal está disponible para todos, surge otro derecho. Éste es el de que los datos personales de cada quien sean protegidos y hasta hechos desaparecer del ciberespacio. Es lo que se conoce como *derecho al olvido*. Seguidamente se abordan aspectos que nos permiten comprender esta garantía en el mundo globalizado de hoy, el mismo en el que los derechos humanos (incluyendo el derecho a la información) se consideran piedra angular de cualquier sociedad civilizada.



### III.2. Globalización e información

El término *globalización* ya se ha hecho común en la literatura sobre todos los temas y materias del saber humano, y es que el mundo que hoy vivimos es el resultado de este complejo proceso que inició de manera indetenible después de la II Guerra Mundial y que aún se mantiene en desarrollo. El mundo es distinto desde entonces; antes prevalecía un enfoque proteccionista de los países en sus economías internas, tendiente al nacionalismo. Después de 1945, año en el que culminó el conflicto militar, tras el surgimiento de la Organización del Tratado de Atlántico Norte (OTAN) y la aplicación del Plan Marshall se dio un escenario muy particular en el que tuvo lugar el estrechamiento de lazos comerciales entre los *vencedores*, los Estados Unidos de América y los países de la Europa Occidental.

El mundo quedó dividido en dos bloques: el capitalista y el comunista. El primero aceptó el reto que se imponía con la recuperación: el desarrollo a todo nivel, lo que llevó, entre otras cosas, a un aumento y diversificación en la producción. El segundo bloque, por el contrario, mantuvo sus ideas proteccionistas, nacionalistas y de tendencia socialista.

La realidad existente en los países del bloque capitalista, afines a las ideas que propugnaban los estadounidenses, generó el fenómeno económico y político que conocemos como *globalización*, es decir, el resultado de las fuerzas de cambio que empujaron a la humanidad a una reestructuración política y económica, a la innovación tecnológica, al rompimiento de barreras en todas las esferas de la vida y a ser parte común en el contexto mundial <sup>1728</sup> en el que el interés por el desarrollo económico tomaba cada vez más fuerza.

Uno de los más grandes productos de la globalización, además de la cooperación internacional, es sin duda alguna la posibilidad que hoy en día se tiene de acceder a todo tipo de *información*, en cualquier lugar y en cualquier momento. Este fenómeno se debe a los avances tecnológicos (informática, automatización y auge de las telecomunicaciones) que

---

<sup>1728</sup> VALERI, P. (2009): *Curso de Derecho Comercial Internacional*. Caracas: Ediciones LIBER, segunda edición, p.25.

se han producido, al menos, en los últimos 65 años. Internet es el ejemplo de que no existen barreras en cuanto a la información; se trata de un gran foro público donde millones de personas alrededor del mundo coinciden para informarse y hasta expresarse. Es una realidad universal que ha terminado por modificar la forma en la que el ser humano socializa, se relaciona, se informa, se comunica, estudia, trabaja y hace negocios.

### III.3. Globalización y derechos humanos

Existe la tendencia a calificar al fenómeno de la globalización más como un el resultado de interacciones económicas entre los países y las fuerzas de mercado que como un conjunto de fenómenos de toda índole que convergen para dar origen a una nueva dinámica mundial. Efectivamente, la globalización no sólo es un fenómeno económico, sino también social. En este sentido, se dice que los derechos humanos también se han globalizado, que son universales, aun cuando es innegable que el reconocimiento de los derechos humanos tuvo lugar durante la revolución francesa, es en el siglo XX, en 1948, cuando se le dio verdadera fuerza con la creación de la O.N.U. y la firma de la Carta de Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Estos principios pertenecen a todos los seres humanos sin distinción de su raza, sexo, posición ideológica o convicción moral, cobrando cada día más importancia, pues de su cumplimiento cabal dependerá la legitimidad de ejercicio de cualquier gobierno. El solo hecho de pertenecer a la especie humana, hace acreedores a los ciudadanos de una serie de derechos inalienables e intransferibles. Lo anterior es más que una visión *ius-naturalista*; es una consciencia globalmente difundida sobre una serie de garantías que, hoy por hoy, sería imposible tener sin la difusión que ha tenido, como producto social de la globalización.

Existe todo un cuerpo normativo sobre derechos humanos, internacionalmente reconocido y que plantea tres grupos, según Kondorosi (2002)<sup>1729</sup>. El primero consiste en los derechos humanos de orden

<sup>1729</sup> KONDOROSI, F.(2002): *Los derechos del hombre en un mundo globalizado*. Universidad de Veszprém, Hungría, p.86. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/830961.pdf> [Consulta: 2017, julio 15]

político frente a los cuales el Estado no debe intervenir, pues los cercenaría. El segundo grupo es el de los derechos que sí requieren de la intervención oportuna y efectiva del Estado (para garantizarlos). Un tercer y novísimo grupo, el de los derechos humanos de tercera generación (llamados derechos de *solidaridad*) que son los que se originan del Derecho Internacional, como producto de la globalización. El referido autor indica que no existe aún claridad sobre qué derechos pertenecen a este tercer grupo, porque están en pleno proceso de formación tanto en el derecho interno como en el internacional.

El derecho de todo ser humano a la paz, al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, así como el derecho a un medio ambiente sano, libre de contaminación y ecológicamente equilibrado son considerados derechos humanos de tercera generación, porque son la evolución del derecho a la vida, del derecho a la salud, que trascienden lo individual. Una de las características de los derechos humanos es, precisamente, que se encuentran en constante evolución y su contenido en expansión, lo cual refiere a su *progresividad*. Cabe resaltar que, en el caso de los derechos humanos de tercera generación, son éstos el resultado del mundo globalizado de hoy.

### **III.4. Acceso a la información como derecho humano**

#### **III.4.1. Importancia del acceso a la información en el siglo XXI**

Vivimos en la llamada *sociedad del conocimiento*, la era de las TIC's (Tecnologías de la Información y la Comunicación). En la actualidad, *conocimiento* es sinónimo de *información* y hablar de información implica necesariamente hablar de Internet, esa poderosísima herramienta de la *era digital* que impacta el desarrollo económico y social facilitando el ejercicio de libertades de expresión, de colaboración, de información entre individuos, instituciones públicas o privadas, universidades y gobiernos. La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), organismo adscrito a la O.N.U., estableció en su Declaración de Principios de Ginebra (2003) que

“...la educación, el conocimiento, la información y la comunicación son esenciales para el progreso, la iniciativa y el bienestar de los seres humanos (...) El rápido progreso (de las TIC’s) brinda oportunidades sin precedentes para alcanzar niveles más elevados de desarrollo... (principio 8).”<sup>1730</sup>

Como queda evidenciado de la cita anterior de la UIT, conocimiento e información van de la mano y el que el acceso a ambos esté disponible, resulta necesario en el desarrollo de los pueblos. En este sentido, se ha comprobado en numerosos estudios de organismos internacionales como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), que la adopción de tecnologías de la información y la comunicación, en especial Internet, favorece la divulgación del conocimiento y redundante, a la postre, en mejor calidad de vida para los individuos.

Para ilustrar la importancia del acceso a la información, citamos a continuación algunas ideas de un informe de la Corporación Andina de Fomento - CAF (2013), producto de un trabajo de investigación y análisis realizado en 16 países de la región de América Latina y el Caribe. Abre dicho informe con los siguientes fundamentos:

“Las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC’s) son un puntal no sólo de la actividad económica, sino también de otras facetas en las que se despliega la acción humana, como las relaciones sociales y culturales, los sistemas de gobierno, la sanidad o la educación y la formación integral de la persona. En suma, las TIC’s son un *factor de progreso del desarrollo humano* y de la Sociedad de la Información y el Conocimiento.”<sup>1731</sup> [Resaltado nuestro].

<sup>1730</sup> CARBONELL, J. y CARBONELL, M. (2014): *El acceso a Internet como derecho humano*, Cap. II. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, p.34. Disponible en: [http://sitioswwwweb.com/miguel/El\\_acceso\\_a\\_internet\\_como\\_derecho\\_humano.pdf](http://sitioswwwweb.com/miguel/El_acceso_a_internet_como_derecho_humano.pdf) [Consulta: 2017, junio 27]

<sup>1731</sup> CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (2013): *Hacia la transformación digital de América Latina: las infraestructuras y los servicios TIC en la región*, diciembre 2013, p. 19. Disponible en: [http://publicaciones.caf.com/media/39809/informe\\_tecnologiacaf.pdf](http://publicaciones.caf.com/media/39809/informe_tecnologiacaf.pdf) [Consulta: 2017, julio 13]

Asimismo, indica el informe de la CAF<sup>1732</sup>, citando a su vez un estudio de la CEPAL de 2011, que:

“El uso de Internet supone un incremento de los ingresos de los trabajadores asalariados que oscila entre un 18% y un 30% según el país. El incremento es mayor si el uso se produce en el trabajo y también en casa y otros lugares (cibercafés, bibliotecas, etc.). El rendimiento en las asignaturas de matemáticas de los alumnos con computador en sus hogares es significativamente mayor que aquellos que no lo tienen.”<sup>1733</sup>

Las anteriores líneas nos permiten en este momento abordar un aspecto muy importante para nuestro estudio y es el relacionado con el *derecho a la información*. En este sentido debemos decir que la Organización de las Naciones Unidas ha reconocido la importancia de las TIC's y ha instado a garantizar el acceso de todas las personas a Internet. Ello se conoce como el *derecho de acceso a Internet*, o derecho a la banda ancha.

La O.N.U. declaró el acceso a Internet como un nuevo derecho humano por tratarse de una herramienta que facilita la adquisición de conocimientos y potencia el desarrollo de la sociedad. Las Naciones Unidas reconoce la potencialidad de Internet inclusive en temas como el de la libertad de expresión. Recoge el diario español El Mundo (Madrid, 09/06/2011) en un artículo publicado en su página web, sobre el acceso a Internet:

“Más que una posibilidad de comunicación, se está convirtiendo en una necesidad debido al período de globalización que hoy se vive. Por ello, la ONU considera también que debería ser un derecho universal de fácil acceso para cualquier individuo y exhorta a los gobiernos a facilitar su acceso.”<sup>1734</sup>

<sup>1732</sup> CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (2013), op. cit., p.21.

<sup>1733</sup> *Ibíd.*

<sup>1734</sup> EL MUNDO.es (2011): *Naciones Unidas declara el acceso a Internet como un derecho humano*, Navegante tecnología, publicación digital. Madrid: El Mundo.es. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/06/09/navegante/1307619252.html> [Consulta: 2017, julio 13]

Como puede evidenciarse de las citas que hemos presentado, el acceso a la información se ha convertido en un derecho por la necesidad que reviste el acceder al conocimiento, pues ello significa un impacto positivo en el desarrollo del individuo y de sus libertades. En el escenario del siglo XXI, Internet constituye la herramienta que hace posible el acceso a la información, convirtiéndose en un recurso mundial. El acceso a Internet, decretado como derecho humano, es considerado además un recurso insustituible en la lucha contra la desigualdad. Su importancia ha hecho que la O.N.U. inste a los Estados miembros a garantizar a todos los ciudadanos la accesibilidad y disponibilidad de Internet.

### **III.4.2. Derechos humanos y acceso a la información**

El ámbito informático se ha convertido en la nueva frontera del derecho. Internet, o la banda ancha, es más que un fenómeno tecnológico que ha redimensionado la sociedad en todos sus espacios: desde la interacción entre los ciudadanos hasta la manera de hacer negocios. Internet de la mano de las nuevas tecnologías, es una realidad que genera implicaciones jurídicas, entre ellas el nacimiento de nuevos derechos ciudadanos. Una muestra de lo anterior es que el acceso a la red ha sido declarado por la O.N.U. como un derecho fundamental más, un importante aspecto a ser considerado por las legislaciones alrededor del mundo.

Es menester recalcar que las tecnologías han sido capaces, a la postre, de impactar de manera importante la esfera jurídica de los ciudadanos, dando origen a nuevos derechos. No por ser virtual, la realidad presente en la red deja de ser menos cotidiana, menos humana. Es una realidad susceptible de ser conocida por el derecho. Sin embargo, esta realidad tiene una condición fundamental y es la libertad. Ya es un hecho que el computador personal y el correo electrónico sean considerados inviolables. Ya lo decía Castells, citado en este estudio unas líneas más arriba: “*Internet es la nueva tecnología de la libertad.*”

Se ha explicado que los derechos pueden ser de primera, segunda y de tercera generación, siendo estos últimos un grupo de derechos aún no definido claramente, pero que pudieran estar relacionados con el acceso a la información. Sin embargo, en la bibliografía consultada se

ha constatado que el acceso a la Internet intenta más bien verse como parte de un conjunto de derechos que van más allá del simple acceso a la *web*. Estos derechos pueden verse en una categoría superior por estar relacionados con el conocimiento. En este sentido, Ramón Orza Linares (2012)<sup>1735</sup> plantea que el *derecho a Internet*, entendido como *derecho de la sociedad del conocimiento*, implicaría el desarrollo de otros tres nuevos derechos como lo son:

1. El *derecho de acceso* a las nuevas tecnologías para todos los ciudadanos, sin discriminación de ningún tipo.

En la sociedad de las nuevas tecnologías, también llamada como se ha apuntado *sociedad del conocimiento*, este derecho es el más básico de los derechos, pues sin el acceso a la red sería imposible acceder y concretar los derechos siguientes (anonimato y derecho al olvido). Ya vimos que la O.N.U. ha decretado el acceso a la Internet como un derecho humano para todas las personas sin distingo. No obstante, este derecho implica otros aspectos. En primer lugar, el individuo debe contar con un dispositivo que pueda conectarse a la red y es allí donde empiezan a surgir las desigualdades en el ejercicio del derecho. En segundo lugar, la conexión debe ser de calidad y con la rapidez mínima necesaria como las que ofrece la banda ancha. Los Estados en este aspecto tienen aún mucho por hacer ya que deben facilitar el acceso a todos los ciudadanos.

2. El *derecho al anonimato*. Extender el secreto de las comunicaciones telefónicas a las comunicaciones electrónicas.

Internet deja un registro o rastro electrónico para cualquier actividad, representando en muchos casos un riesgo para el titular de la información. Como consecuencia de esta realidad, la idea de *derecho al anonimato* surge en los debates sobre nuevos derechos en la sociedad de las TIC's. Así como se ha protegido la información detrás de las

<sup>1735</sup> ORZA, R. (2012): *Derechos fundamentales e Internet: nuevos problemas, nuevos retos*, en Revista de Derecho Constitucional Europeo, REDCE, año 9, núm. 18, julio – diciembre 2012. Universidad de Granada, España, pp.275 – 336. Disponible en: [http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/10\\_ORZA.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/10_ORZA.htm) [Consulta: 2017, junio 23.]

comunicaciones telefónicas, hoy día la dirección IP (Internet Protocol) es considerada un dato personal que debe ser resguardado. En la *era digital*, identificar a una persona va más allá de conocer su nombre y apellido. Ello puede lograrse tan sólo con los rastros que el individuo deja en la red.

En el siglo XXI, dados los avances de la tecnología y el progreso en materia de derechos humanos, es imposible no considerar el derecho al anonimato como una de las garantías esenciales, tan importante como el secreto de las comunicaciones y el de la protección de datos personales. Así lo considera Orza Linares (2012), quien haciendo referencia en su trabajo a leyes españolas sobre telecomunicaciones y dictámenes sobre comunicaciones electrónicas, considera que así como es personal una llamada telefónica, también lo es navegar por Internet, dado que el IP de la máquina también es un dato personal. Como dato relevante, es preciso indicar que *Google* considera que técnicamente la información IP no es un dato personal, pues ésta puede ser falsificada y, en casos de computadoras compartidas, sería imposible identificar el referido dato individual.<sup>1736</sup>

No obstante, el derecho al anonimato tiene que ver necesariamente con la noción de *dato personal*. Es importante tener clara la definición, pues pareciera que en lo que a ciberespacio se refiere, la libertad en el acceso a la información implica acceder a una universalidad de datos. Si bien es cierto el acceso a Internet es un derecho para todos y en la doctrina se reivindica su carácter libre, es preciso tener en cuenta que esta libertad debe transformarse en otros derechos (como el del anonimato) cuando estamos frente a datos sensibles sobre un individuo. Tal es el caso de las transacciones bancarias (transferencias y pagos en general, por ejemplo).

Según la legislación española, una de las más avanzadas en cuanto a este tipo de derechos, se entiende por dato personal, “*Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.*”<sup>1737</sup>

<sup>1736</sup> ORZA, R. (2012), *op. cit.*, pp.301 – 304.

<sup>1737</sup> Artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en ORZA, R. (2012), *op. cit.*, p.302.



Con respecto a quiénes son consideradas *personas físicas identificables*, la misma legislación española indica que es “*Toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.*”<sup>1738</sup>

De la anterior cita podemos parcialmente concluir que la importancia del anonimato radica en que es la esencia del *derecho a la intimidad*, estrechamente relacionado con el tema que nos ocupa: el *derecho al olvido*.

### 3. La implantación de un *derecho al olvido* o la posibilidad de *cancelar datos privados*.

Más arriba hemos presentado la definición de persona identificable. Dicha definición indica que cualquier información referida a la identidad (física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social) de una persona permite identificarla. Los nombres y apellidos dejaron de ser los únicos elementos mediante los cuales es posible individualizar a una persona. Ahora, Internet, al dejar rastros, provee un sinnúmero de otras posibilidades que, además, no se borran en el tiempo, estando disponibles de manera inmediata. Los motores de búsqueda en la *web* hacen posible ubicar cualquier tipo de registro sobre una persona, por muy anterior en el tiempo que éste sea. Desde hace unos años a la fecha, los jóvenes hispanoamericanos han empezado a utilizar el neologismo *guglear* para referirse a la actividad de rastrear en la red información de interés. De modo que, a simple vista, toda información sobre algún individuo es susceptible de ser *gugleada*, es decir, ubicada en Internet.

La posibilidad que ofrece la red de ubicar información de todo tipo (actualizada o no), en este caso sobre las personas, no sólo puede violentar su privacidad, sino que además puede lesionar su vida al mostrar aspectos sensibles que dañen su imagen y honor. La publicación de estos datos se hace sin su consentimiento o conocimiento. Desde hace

---

<sup>1738</sup> Artículo 5.o) del Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, del 21 de diciembre de 2007, en ORZA, R. (2012), *op. cit.*, p.303.

varios años, a escala mundial ha habido interés y algunas acciones se han tomado con el objetivo de cancelar datos personales en bases de datos públicas y/o privadas. La cancelación de datos se ha convertido en un derecho. Se trata del *derecho al olvido*. No obstante, esta tarea no ha sido fácil, pues no es menos cierto que los avances de la tecnología han multiplicado exponencialmente las posibilidades de ubicación de información en la red.

Invocar y hacer cumplir el *derecho al olvido* no sólo implica el reconocimiento universal como garantía. Si bien es el comienzo desde la palestra jurídica, ello no termina allí. Involucra aspectos tecnológicos: No sólo se trata de páginas *web*, sino también de servicios de mediación como por ejemplo *Google*, *Yahoo* (entre otros), todos responsables de la información que publican. Ello supone que estos servicios deben adecuarse a normativas sobre protección de datos.

En materia de *derecho al olvido*, son tres los nuevos derechos que involucra el *derecho al acceso de Internet* como garantía *en la sociedad del conocimiento*. Implica el hacer posible el derecho al acceso a la información digital, al reconocimiento del derecho al anonimato y al olvido digital.

### **III.5. Derecho a la información y derecho al olvido**

Hasta ahora se han explicado los aspectos relacionados con el derecho a acceder a la información digital y para ello referimos la importancia y el poder de Internet, subrayando su carácter global y universal. También se ha dicho que la red es una fuente de información valiosa, al punto de que el acceso a ésta se haya considerado un derecho por parte de la O.N.U. En este sentido, hemos vinculado el punto del acceso a la información digital con el de los derechos humanos para dar luces sobre la relevancia de Internet en el mundo actual, dada la importancia del acceso a la red en el desarrollo y mantenimiento de las libertades ciudadanas.

Planteamos la reflexión sobre el hecho de que acceder a la información sobre cualquier tema, en cualquier lugar por cualquier persona puede acarrear ciertas consecuencias como la lesión a su imagen y honor como resultado de la publicación de sus datos personales, a

espaldas de su consentimiento y/o conocimiento. Es aquí donde se introduce la noción de *derecho al olvido*, exponiendo algunas ideas como base para los puntos que de seguidas se explican. Comenzamos por la autodeterminación informativa.

### III.5.1. La autodeterminación informativa

Internet ha evolucionado de tal manera con la *Web 2.0*, que los mismos usuarios pueden ser creadores de información en la red, pues se ha dejado de ser un mero observador de la pantalla para pasar a un estadio de más protagonismo: el cibernauta alimenta las distintas páginas con la de los datos que considere. Esto ha traído como resultado la disponibilidad de todo tipo de información-propia o de terceros- en el ciberespacio. Como se refirió antes, acceder en Internet a la información de una persona es tarea muy fácil, al punto que se considere que, si no se encuentra dicha información, la persona no existe. Tal es, entonces, la potencialidad de la *red de redes* como difusor de la información.

Esta capacidad difusora, puramente de *naturaleza tecnológica*, ha terminado por impactar la esfera de los derechos del individuo. La tecnología, debemos acotar, es neutral sobre los derechos de los ciudadanos, pero ha generado repercusiones en el ámbito de la privacidad y en el del manejo de datos personales, aspectos que llevan a concebir un nuevo derecho: al *olvido digital*. Que el poder público pueda generar mecanismos ciudadanos para exigir la garantía del derecho al olvido en la red, es un gran reto, sin duda.

Con la noción de *derecho al olvido*, emerge paralelamente el derecho a la autodeterminación informativa. Ello significa que cada individuo es dueño de su información y decide dónde, cuándo y con quién compartirla, teniendo consciencia de cómo ésta será utilizada. Es libre y propietario de su propia persona, siendo ésta la base del derecho a la privacidad que hoy en día toma más vigor que nunca en vista del desarrollo de las telecomunicaciones, pues toda información es susceptible de ser tratada por medios informáticos para luego ser difundida.

Hoy en día, entendiendo la concepción de la autodeterminación informativa, constatamos que la concepción norteamericana del derecho a la privacidad de Brandeis y Warren no pasó desapercibida. También

John Stuart Mill (Inglaterra 1806-Francia 1873), filósofo positivista y economista de origen escocés, ya en su obra *On Liberty* (publicada en 1859, por primera vez), hacía alusión a la *autodeterminación informativa*. Expresaba que “*Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano.*”<sup>1739</sup>

Más recientemente, es común que los usuarios de Internet sean más conscientes con respecto al tipo de información que comparten en las redes. En Europa y Estados Unidos, ha surgido el interés porque los datos sean resguardados, lo que ha llevado a las personas a ejercer mecanismos que le garanticen el derecho a que Internet olvide sus datos personales, como manera de proteger su privacidad. Así pues, se han ido sumando esfuerzos y, en el año 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea falla a favor de la protección de datos personales en el caso de *GoogleSpain*, tema al que nos referiremos más adelante.

### III.5.2. El derecho al olvido como manifestación de la autodeterminación informativa

Aquí confluyen dos derechos fundamentales: el derecho humano a *acceder a la información* que se encuentra en Internet, con una de las más recientes garantías como lo es la del *derecho al olvido* o el *derecho a ser olvidado en la web*. Hemos visto que acceder a la información digital es considerado un derecho humano fundamental, como producto de los avances de la tecnología. El desarrollo de las TIC's iniciado en el siglo XX y potenciado (hasta límites jamás pensados) en el actual siglo XXI ha facilitado la manera en la que los seres humanos establecen sus relaciones y socializan con sus semejantes al punto de haberlas replanteado completamente.

Aun cuando es cierto que este cambio en la concepción de las relaciones humanas ha impactado muy positivamente la vida de los ciudadanos, al punto de facilitarla en todos los ámbitos, no es menos

<sup>1739</sup> STUART, J. (1859): *Sobre la Libertad*, traducido del inglés por Josefa Sainz Pulido, Madrid: AGUILAR, 2016, p.27. Disponible en: <http://www.librosgratis2016.files.wordpress.com/2016/01/stuart-mill-john-sobre-la-libertad.pdf> [Consulta: 2017, julio 23]

cierto que este avance ha dejado colar implicaciones o consecuencias no menos humanas; un escenario particularmente sensible, pues los datos generados quedan disponibles en la red, dejando *visible* la información personal de esos ciudadanos (identidad, patrones de conducta entre otros).

Esta realidad que se desprende de la disponibilidad de tanta información en la *web*, proyecta datos sobre los individuos que pudieran permitir sacar conclusiones -adecuadas o no- a su realidad y que a la postre constituye un verdadero riesgo para ese individuo. Hay que recordar que, dado que Internet desdibuja las dimensiones de tiempo y espacio, lo que pueda ser pasado en la vida de una persona, queda disponible de manera perpetua en la red pudiendo ser descubierto en cualquier momento en el presente y el futuro, desde cualquier localidad.

Hoy en día, los individuos tienen la posibilidad de compartir información de índole personal en la *web*, colaborando e interactuando con otros usuarios, siendo todos creadores de contenido: páginas, videos, fotografías y un sinnúmero de otros elementos. Es lo que se conoce como *Web 2.0* o *Web Social*. Sin embargo, la generación de información o de contenidos en la red puede sobrepasar la esfera privada del individuo (dueño de su data personal). Su información queda expuesta, sin su consentimiento, escapando de su control. Ello puede ser entendido como una amenaza a su privacidad o lo que la doctrina ha denominado, su derecho a la *autodeterminación informativa*.

Esta situación es una problemática que ha venido tomando cuerpo en el marco del desarrollo informático, pues implica que se utilice información del ciudadano más allá de los fines que él se hubiese planteado inicialmente, sin su consentimiento o conocimiento, y de manera infinita en el tiempo. Visto desde una perspectiva más jurídica, la realidad descrita despierta alarmas; está claro que, sin su autorización, se puede acceder a parcelas de la vida de un individuo no importando los fines que se persiga.

Sin desconocer el acceso a la información como un derecho determinado por la Organización de las Naciones Unidas, emerge la necesidad de reconocer también al individuo su derecho a que la información sobre su persona no sea divulgada de manera indiscriminada como puede, de hecho, ocurrir en la *Web 2.0*. Basándonos en esta disyuntiva, el

reconocimiento de un *derecho al olvido*, o el derecho a ser olvidados por Internet, debe entenderse también desde el ámbito de los derechos fundamentales. La facultad del individuo de exigir que la red olvide sus datos personales resulta de la unión de dos supuestos:

1. El *acceso a la información digital*, lo que resulta ilimitado en el tiempo y relacionada con los datos personales.
2. El derecho del dueño de la información a *exigir la eliminación, cancelación o bloqueo* de su información en la red.

El *derecho al olvido* emerge como la garantía de que el titular y dueño de la información pueda controlar los datos que sobre él estén disponibles en la red, de acuerdo con su interés y fines. No es más que el derecho o facultad de autorregular la información personal. Se trata de la moderna forma del derecho a la privacidad de Brandeis y Warren al que ya hemos hecho referencia antes. Como indica Mitjans, citado por González-Cotera, el *derecho al olvido* es el derecho a “*que el pasado no se convierta en presente continuo.*”<sup>1740</sup>

### III.5.3. ¿Derecho a la información y derecho al olvido, suponen una colisión?

De una parte, se encuentra el derecho a la autodeterminación o individualidad informativa y a la vida privada de una persona (derecho a ser dueño de su propia imagen, derecho a la honra, derecho a la intimidad); y por la otra, está la libertad y el interés ciudadano de acceder a todo tipo e información disponible en la red, espacio virtual en el que la memoria es infalible. El *derecho al olvido* se deja colar entre ambos derechos, en la búsqueda de una relación de equilibrio, lo cual resulta cada vez más complejo, pero no imposible. Esfuerzos por lograr este equilibrio tienen lugar en Europa desde hace ya algún tiempo, donde existe

<sup>1740</sup> GONZÁLEZ-COTERA, J. (2012): *Relato del VII Congreso Internacional sobre Internet, Derecho y Política: Neutralidad de la red y derecho al olvido*, en “VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet”, Revista de Derecho, Internet y Política. Universitat Oberta de Catalunya, febrero 2012. Disponible en <http://idp.uoc.edu> [Consulta: 2017, julio 20]

un camino andado con respecto a la protección de los datos personales en Internet, como veremos más adelante con nuestro análisis del caso *Google Spain* y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 13 de mayo de 2014.

La configuración de un *derecho al olvido* exige la ponderación entre libertades y derechos. El conflicto que puede existir entre el derecho al acceso a la información y el *derecho al olvido* como manifestación de la autodeterminación informativa, radica en varios aspectos. A saber:

1. Primer aspecto: *para Internet “olvidar” no es tan sencillo.*

La arquitectura *web* siempre ha sido compleja, pero hoy en día lo es mucho más. Por otro lado, la multiplicación de vínculos entre las distintas redes hace de la eliminación de la información un proceso complicado y a la vez costoso, porque olvidar no es desactivar datos únicamente. Va más allá.

Conseguir que los datos de una persona se eliminen de Internet comienza por una solicitud al editor del sitio *web* para que elimine los datos incómodos. Esta información, una vez eliminada por el editor, aún queda disponible en los *motores de búsqueda*, en lo que se denomina *memoria caché*, la memoria de las computadoras en las que se guardan datos de manera temporal. La eliminación puede tardar algunos días mientras la nueva versión -sin los datos- sustituye a la anterior en la referida memoria caché. La data eliminada, mientras estuvo vigente en la red, pudo haber sido descargada y divulgada por los usuarios pasando al dominio personal de quien la haya bajado de la *web*.<sup>1741</sup>

2. Segundo aspecto: *difícil equilibrio entre libertad y derechos personales.*

Atribuir más importancia al *derecho al olvido* por encima de la libertad de acceso a la información parece no ser el punto de encuentro entre quienes debaten este tipo de cuestiones. Limitar el acceso a la información en razón de la protección de ciertos datos personales

---

<sup>1741</sup> DETERWANGNE, C. (2012), *op. cit.* [Consulta: 2017, junio 27]

puede entenderse como una limitante adicional al derecho a la libertad de expresión. En este sentido, puede establecerse un conflicto entre ambos derechos.

Sobre este tema, la ley y jurisprudencia españolas han fijado una posición de equilibrio frente a este posible conflicto. Comenta Artemi Rallo Lombarte (2010) en un trabajo de la Fundación Telefónica, que en España se ha otorgado prevalencia a la libertad de expresión frente a otros derechos siempre y cuando los hechos comunicados se consideren de relevancia pública. En el caso de otro tipo de información, al no referirse a asuntos públicos que pudieran ser del interés general, la preferencia se ha otorgado al derecho fundamental a la protección de datos, relacionado con el *derecho al olvido*.<sup>1742</sup> Nos permitimos citar al referido autor para reforzar las ideas que hemos presentado relativas al necesario equilibrio que debe existir entre la libertad en Internet y los derechos personales. Al respecto, Rallo Lombarte (2010) estima que

“Ofrecer garantías frente a los nuevos riesgos que plantean y aventuran las nuevas tecnologías, mediante el reconocimiento de nuevos derechos que garanticen el *necesario equilibrio entre la naturaleza abierta de Internet y la protección de la privacidad*, debe formar parte de la agenda social de este momento y sin duda representa uno de los desafíos actuales, a fin de proteger los *derechos y libertades* necesarios en cualquier sociedad democrática.”<sup>1743</sup> [Resaltado nuestro]

Sobre este conflicto que parece ser una característica de la sociedad del conocimiento, por su carácter democrático, en nuestro continente también se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso *Fontevicchia/D'Amico-República Argentina* (2011)<sup>1744</sup>. Tal y como se deja ver en la normativa española, la decisión

<sup>1742</sup> RALLO, A. (2010): *A partir de la protección de datos. El derecho al olvido y su protección*, en Revista núm. 85 - octubre - diciembre 2010, Fundación Telefónica, España. Disponible en: [https://telos.fundaciontelefonica.com/dyc/telos/nmerosanteriores/nmeros80102/detalleanteriores\\_85telos\\_dossier6\\_pv1/seccion](https://telos.fundaciontelefonica.com/dyc/telos/nmerosanteriores/nmeros80102/detalleanteriores_85telos_dossier6_pv1/seccion) [Consulta: 2017, julio 27]

<sup>1743</sup> *Ibíd.*

<sup>1744</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011): *Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, sentencia del 29 de noviembre. Disponible en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_238\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf) [Consulta: 2017, julio 5]



de la Corte fue que *debe preservarse la libertad de prensa cuando se trate de asuntos de interés público*. En esta controversia se accionó contra dos periodistas argentinos (Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico) por exponer cierta información personal sobre funcionarios públicos. El Estado argentino alegó la violación de la privacidad a estos funcionarios y solicitó adicionalmente el pago de daños y perjuicios.

El fallo de la CIDH favoreció a los periodistas argentinos indicando que condenar a los profesionales de la comunicación sería temerario, toda vez que dejaría sentadas las bases para la autocensura en ese país, un factor nada conveniente para la libertad de prensa. En este sentido, entre varias disposiciones, ordenó que el Estado argentino debe dejar sin efecto la condena civil impuesta a los periodistas, así como todas sus consecuencias, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia. La base de la decisión del jurisdicente giró en torno al hecho de que en los casos de interés público, prevalecerá la libertad de información sobre el derecho a la privacidad.

### 3. Tercer aspecto: *la seguridad*.

Para Caro Bejarano (2011), éste es un mundo necesitado de seguridad.<sup>1745</sup> El ciberespacio es una nueva dimensión en donde pueden tener lugar amenazas de todo tipo. En el pasado se hablaba de tres dimensiones en el ámbito de la defensa: tierra, mar y aire. En el siglo XXI surge una dimensión adicional, intangible: Internet, un espacio que no tiene fronteras ni físicas ni temporales. En este nuevo escenario los actores pueden ser Estados, empresas, organizaciones, grupos o individuos y los delitos serán informáticos.

Complementa Caro Bejarano (2011) que Internet es esta dimensión en la que los ataques se aprovechan de vulnerabilidades de los sistemas informáticos, de los agujeros de seguridad que surgen de una deficiente programación que no tiene en cuenta la seguridad en el ciclo de vida del desarrollo del software y los diversos protocolos de comunicación.<sup>1746</sup> El caso más común es el de las redes sociales, pues carecen

<sup>1745</sup> CARO, M. (2011), *op. cit.*, p.49 [Consulta: 2017, julio 15]

<sup>1746</sup> CARO, M. (2011), *op. cit.*, p.70 [Consulta: 2017, julio 15]

de seguridad, lo cual afecta al individuo que accede a las páginas, en especial a los menores de edad, pudiendo ser víctimas de acoso de todo tipo o hasta de difusión de sus datos personales.

Los ataques que pueden sufrir los individuos, empresas o Estados y que tienen lugar en Internet, pueden ser:

1. *Ataques patrocinados por Estados*: un ejemplo es el ataque a parte del ciberespacio de Estonia en 2007, que supuso la inutilización temporal de muchas de las infraestructuras críticas del país.
2. *Servicios de inteligencia y contrainteligencia*: empleados por los Estados para obtener información.
3. *Terrorismo, extremismo político e ideológico*: terroristas y grupos extremistas utilizan Internet para planificar sus acciones como publicidad y reclutar seguidores. Estos grupos entienden la importancia de la red para alcanzar sus objetivos.
4. *Ataques de delincuencia organizada*: las bandas de la delincuencia organizada han entendido las ventajas que ofrecen las posibilidades del anonimato que éste ofrece. Su objetivo es básicamente conseguir grandes beneficios económicos.
5. *Ataques de perfil bajo*: son ejecutados por personas con conocimientos sobre TIC's, motivados por razones personales.

Como se puede evidenciar, el espacio virtual que ofrece Internet es muy atractivo para actuaciones de grupos delictivos como la delincuencia organizada o grupos terroristas, así como para ataques de individuos. Cuando vemos la incidencia del terrorismo en Europa desde diciembre de 2015 a la fecha y revisamos las reseñas noticiosas, nos llama poderosamente la atención que, para todos los casos, los grupos extremistas han utilizado Internet como herramienta de reclutamiento de adeptos.

Las actuaciones de bandas y grupos extremistas basados en el uso de la red (sin restar importancia a otros tipos de ataque), suponen amenazas importantes para la seguridad de los Estados. Ante esta realidad, es lógico pensar que para las autoridades de cualquier país es indispensable poder acceder a toda la información posible que les permita ejercer la vigilancia necesaria y mitigar este tipo de acciones.

El *derecho al olvido*, lejos de ser, entonces, una garantía en un determinado momento para una determinada persona, podría ser un aspecto entorpecedor para la seguridad dado que justamente las autoridades requieren rastrear estas acciones en Internet, siendo que todos los datos son vitales para este objetivo. Este tercer aspecto es un punto sensible al momento de establecer el *derecho al olvido digital* como una garantía de privacidad.

Hasta ahora hemos planteado un análisis sobre la relación del *derecho al olvido* con respecto a otros derechos fundamentales, desagregando las nociones que les dan sustento. Indistintamente de cómo se conciba el *derecho al olvido* (como derecho o limitación a la libertad de expresión), consideramos que la sociedad debe ser *acreedora* de ambas garantías. En opinión de Castells (2001), hoy más vigente que nunca:

“Internet y libertad se hicieron para mucha gente sinónimos en todo el mundo. (...) En realidad, lo más importante no es la tecnología sino la capacidad de los ciudadanos para afirmar su derecho a la libre expresión y a la privacidad de la comunicación.”<sup>1747</sup>

#### IV. EL PRECEDENTE EUROPEO: CASO GOOGLE SPAIN

##### IV.1. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), N° C/131/12 del 13 de mayo de 2014<sup>1748</sup>

Conscientes de las diferencias existentes entre los denominados derechos humanos y derechos constitucionales o fundamentales y que en el ámbito internacional, generalmente, los derechos humanos se encuentran consagrados dentro de los derechos constitucionales, se considera pertinente la oportunidad para destacar como esenciales los derechos fundamentales o de primera generación, por cuanto los mismos guardan vínculo estrecho con la individualidad de la dignidad humana

<sup>1747</sup> CASTELLS, M. (2001), *op. cit.* [Consulta: 2017, junio 27]

<sup>1748</sup> *Vid.* INFOCURIA – JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (2014): *Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) del 13 de mayo. Asunto: C-131/12*. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES> [Consulta: 2017, julio 30]

y, por consiguiente, son los derechos que deben estar garantizados con estatus especiales, en cuanto a sus garantías, dentro de los ordenamientos jurídicos en cada una de las regiones del mundo.

En estrecha relación con los derechos fundamentales, se encuentra el *derecho al olvido*, referido directamente con el Hábeas Data y la protección individual de datos personales. Es decir, el derecho que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información personal que considere que, de alguna manera, pueda afectar el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales.

Sobre estas bases, considerando el exponencial avance tecnológico, el gran número de herramientas técnicas y especializadas existentes facilitan que las mismas permitan almacenar cualquier cantidad de información sobre datos personales que quedará en el futuro a disposición de otras personas que pudiera ser utilizada indiscriminadamente y, en algunas oportunidades, con la intención de lesionar esos derechos fundamentales. De allí la importancia del *derecho al olvido digital*, que viene a garantizar el derecho individual sobre aquella información personal que no es de interés de los particulares.

Hechas las consideraciones anteriores, los órganos jurisdiccionales europeos, en fecha 13 de mayo de 2014, específicamente la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), dictó sentencia como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional española (AN), relacionada con la interpretación de varios preceptos de la Directiva 95/46/CE de protección de datos, cuyo origen del litigio fue el accionar de un ciudadano español demandando oposición al tratamiento que de sus datos personales hacía *Google* y el periódico de Barcelona, España, *La Vanguardia*. Solo como corolario, la Directiva es uno de los instrumentos jurídicos de que disponen las instituciones europeas para armonizar las legislaciones nacionales y aplicar las políticas de la Unión Europea (UE), que establece una obligación de aplicar sus resultados a los países miembros de la UE, pero les deja libertad con respecto a los medios para alcanzarlos.

A continuación, se realiza un análisis sobre los hechos de base del litigio principal que dio lugar a la sentencia del TJUE *GoogleSpain, S.L.*, y *Google Inc.* A saber:

## **IV.2. Análisis del litigio**

### **IV.2.1. Partes**

La parte actora estuvo representada por el ciudadano español Mario Costeja González, quien presenta demanda contra *GoogleSpain*, S.L, y *Google Inc.* y la Agencia Española de Protección de Datos.

### **IV.2.2. Pretensión deducible**

Gira el controvertido de dicha sentencia en torno a la protección de los individuos contra la disponibilidad de información relativa a cuestiones de su esfera personal cuando ya ha pasado un tiempo desde que fueron publicados. La controversia suscitada en la sentencia C/131/12, emitida por la Gran Sala del TJUE en fecha 13 de mayo de 2014, se encuentra referida al motor de búsqueda como mecanismo mediante el cual el usuario del buscador puede acceder a datos personales de terceros.

En la sentencia bajo estudio se plantean diversas aristas relativas al ámbito de aplicación territorial y material de la Directiva 95/46/CE, así como el posible reconocimiento en la misma de un *derecho al olvido*.

### **IV.2.3. Sobre los hechos**

En los meses de enero y marzo del año de 1998, tanto en la edición impresa como en la versión digital, fueron publicados con nombre y apellidos del señor Costeja González, en un periódico de la comunidad de Cataluña, en Barcelona, España, dos anuncios relativos a una subasta de inmuebles que se desarrollaba a raíz de la existencia de deudas a la Seguridad Social por parte del demandante en el litigio principal que da lugar a la sentencia bajo análisis.

Más de una década después, el demandante al verificar que introduciendo su nombre completo en el motor de búsqueda de *Google* aparecían como resultados varias páginas del diario en el que se mostraban los anuncios de la subasta celebrada en 1998, hizo contacto con la editorial del periódico con la intención de que por carecer de relevancia,

esa información fuera borrada de la red, afirmando que las informaciones del año 1998 carecían de relevancia, ya que las mismas guardaban relación con deudas con la Seguridad Social que hacía muchos años las había pagado y, en consecuencia, ya se había levantado el embargo. La editorial del periódico alegó que la negativa a la eliminación de los datos se debía a que la publicación no era de su responsabilidad, sino que la misma se había realizado por medio del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de su Secretaría de Estado de la Seguridad Social, siendo ejecutora la Tesorería General de la Seguridad Social en la Dirección Provincial de Barcelona.

Luego, en el año 2010, el actor presentó ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), un reclamo contra *La Vanguardia Ediciones*, S.L., y contra *GoogleSpain* y *Google Inc.*, alegando que cuando un internauta introducía su nombre en el motor de búsqueda de *Google* (*GoogleSearch*), obtenía como resultado unos enlaces a dos páginas del diario *La Vanguardia*, en las que se anunciaba una subasta de inmuebles organizada con motivo de un embargo para el cobro de unas cantidades adeudadas por él a la Seguridad Social.

#### IV.2.4. Del petitorio

Dentro de las pretensiones deducibles, el señor Costeja solicitó, en primer lugar, que se ordenara al periódico que para que no aparecieran sus datos personales modificaran o eliminaran esas páginas, o que utilizara las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger esos datos. En segundo lugar, que se exigiese a *GoogleSpain* o a *Google Inc.*, la eliminación u ocultamiento de sus datos personales para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran, también, de estar ligados a los enlaces de *La Vanguardia*.

La AEPD desestimó la reclamación contra *La Vanguardia*, considerando que el editor había publicado legalmente la información en cuestión. Mientras que sí estimó la reclamación en lo que respecta a *GoogleSpain* y a *Google Inc.*, y emitió resolución solicitándoles tomar todas las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e impedir el acceso a los mismos en el futuro.

Por su parte *Google Spain* y *Google Inc.*, interpusieron sendos recursos contra dicha Resolución por ante la Audiencia Nacional española (AN), donde solicitaron la anulación de la Resolución de la AEPD, que consideró que no había una disposición normativa que impidiese ejercer el derecho de solicitarle a *Google* el retiro de los datos y que desestimó, asimismo, la reclamación contra la editorial por considerar que la publicación de los datos en la prensa tenía justificación legal, de acuerdo a lo previsto en el artículo 117.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio de 2004, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

Como consecuencia de lo anterior, la Audiencia Nacional decidió suspender el procedimiento y planteó ante el TJUE cuatro preguntas o cuestiones prejudiciales referidas a la territorialidad de la Directiva 95/46/CE del 24 de octubre de 1995, sobre protección de datos, así como su transposición por armonización con la normativa nacional. Estas cuatro cuestiones guardan relación con la actividad de los buscadores como proveedores de contenidos vinculadas con la mencionada Directiva, es decir, estas cuestiones versan sobre el ámbito de aplicación material de la misma. El primero de estos supuestos es la creación por parte de la empresa proveedora del motor de búsqueda de una oficina o filial en un Estado miembro de la UE destinada a la promoción y venta de los espacios publicitarios del buscador en un Estado miembro, dirigiéndose la actividad publicitaria a los habitantes del Estado en cuestión.

El segundo de los supuestos se refiere a la empresa matriz que designa como su representante a una filial ubicada en un Estado miembro, otorgándole la responsabilidad del tratamiento de los ficheros relativos a los datos de los clientes que contrataron publicidad con dicha empresa. En tercer lugar, plantea una cuestión prejudicial sobre si de la existencia de los derechos de supresión o cancelación, del bloqueo de los datos y de oposición reconocidos en los artículos 12.b) y 14.a) de la Directiva sobre protección de datos, respectivamente, se deriva el reconocimiento también de un *derecho al olvido*.

Una última situación, en cuarto lugar, se produce cuando la oficina o filial establecida en un Estado miembro traslada a la empresa matriz las solicitudes y requerimientos relativos a la protección de datos que le plantean los afectados o las autoridades nacionales competentes.

## **IV.2.5. Del derecho invocado**

### **IV.2.5.1. Derecho Comunitario sobre la materia**

- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995, que proporciona definiciones relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Con dos objetivos fundamentales: En primer lugar, crear el marco para que los Estados miembros den una respuesta similar ante el avance de las tecnologías de la información. El segundo objetivo es garantizar la libre circulación de los datos personales dentro de la Unión Europea.

- Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

- Dictamen 4/2007, de 20 de junio de 2007, sobre el concepto de datos personales (WP 136).

- Dictamen 1/2008, del 4 de abril de 2008, sobre cuestiones relativas a los motores de búsqueda (WP 148).

- Dictamen 1/2010, del 16 de febrero de 2010, sobre los conceptos de “responsable del tratamiento” y “encargado del tratamiento” (WP 169).

- Dictamen 8/2010, del 16 de diciembre de 2010, sobre el derecho aplicable (WP 179).

- Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

- Reglamento 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.



### IV.2.5.2. Derecho español

- Real Decreto 1415/2004, del 11 de junio de 2004, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.
- Ley Orgánica 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

### IV.2.5.3. Decisión del jurisdicente

El 13 de mayo de 2014, fue publicado el dispositivo materializado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, decidiendo en sentido distinto a las conclusiones previas propuestas por el Abogado General (AG), a una serie de cuestiones prejudiciales remitidas por la Audiencia Nacional española en un contencioso que enfrentó a la Agencia Española de Protección de Datos y a *Google Inc.* y su filial española, en torno al controvertido *derecho al olvido* en Internet.

La sentencia resolvió la controversia planteada por la AN, analizando distintos aspectos relativos a la interpretación y aplicación de la Directiva 95/46/CE, concretamente: el ámbito de aplicación territorial; la interpretación de los términos “tratamiento” y “responsable del tratamiento”; y la procedencia de la pretensión del afectado de que se eliminen sus datos de los resultados ofrecidos por el buscador. Es importante resaltar que la sentencia dictada por la Gran Sala difiere, prácticamente en todos sus pronunciamientos, de las conclusiones del Abogado General (AG).

El fallo, en referencia con el ámbito de aplicación territorial de la Directiva y la interpretación del artículo 4.1.a), que determina que será aplicable la normativa europea cuando el tratamiento se efectúe en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro; y al alegato de *Google* relativo a que la función del buscador la lleva a cabo exclusivamente la compañía domiciliada en Estados Unidos, por lo que la normativa española no le resultaría aplicable, concluye que el tratamiento debe efectuarse en el marco de las actividades de la filial de *Google* en España, ya que este establecimiento está destinado a la promoción y venta en España de espacios publicitarios del motor de búsqueda. En relación

con el término “tratamiento” del artículo 2.b), el Tribunal consideró que las actividades llevadas a cabo por el motor de búsqueda deben calificarse, sin que para ello sea relevante que el motor no distinga entre los datos personales y los que no lo son.

Otra de las cuestiones analizadas era si *Google* podía considerarse responsable del tratamiento (art. 2.d). El Abogado General (AG) y el Tribunal difirieron. Según el AG, si bien un proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet trata datos personales, no puede considerarse responsable del tratamiento, salvo en los casos en que el motor de búsqueda no respete los códigos de exclusión establecidos por el administrador de la página, o bien no actualice la copia caché de la página *web* si el sitio *web* así lo solicita. En consecuencia, el AG sostuvo que, salvo en los dos supuestos mencionados, una autoridad nacional de protección de datos no puede requerir a un proveedor de servicios de motor de búsqueda que retire información de su índice.

Nuevamente en posición contraria a la AN, otra de las conclusiones a las que llega el Tribunal, es considerar que el gestor del motor, como sujeto que determina los fines y los medios de la actividad de búsqueda, debe garantizar que, al llevarse a cabo, se satisfagan las exigencias de la Directiva 95/46, de modo que se garantice una protección eficaz y completa de los interesados, en particular, de su derecho al respeto de la vida privada.

Según el Tribunal, el hecho que el editor de la página *web* no haya incluido protocolos de exclusión no exime de responsabilidad a los buscadores. En definitiva, la actividad de un motor de búsqueda debe calificarse de tratamiento de datos cuando la información contiene datos personales, y el gestor de un motor de búsqueda ha de considerarse responsable de dicho tratamiento.

#### **IV.2.6. Análisis de la decisión del Tribunal, con respecto a la pretensión del afectado**

Basándonos en que los motores de búsqueda han de evitar la indexación de la información publicada legalmente en páginas *web* de terceros, tenemos que:

1. En primer lugar, se hace referencia a los *derechos de supresión y bloqueo de datos*. El Tribunal sostiene que si bien en principio es lícita la información, con el devenir del tiempo puede que los datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron. En consecuencia, según el TJUE, en los casos en que tras una solicitud del interesado se aprecie que el tratamiento es incompatible con la Directiva, la información y los vínculos de la lista deben eliminarse.
2. En segundo lugar, se regula el *derecho de oposición*, sobre el que estableció que el afectado puede oponerse al tratamiento en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, y aquí se llega al supuesto de cómo interpretar este último requisito.

#### **IV.2.7. Equilibrio entre derechos fundamentales**

Además, el AG recuerda que el derecho de un interesado a la protección de su vida privada debe ponerse en equilibrio con otros derechos fundamentales, especialmente la libertad de expresión y de información. El TJUE, una vez más difiere de la opinión vertida por el AG y recuerda que la Directiva pretende garantizar un nivel elevado de protección de las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas, sobre todo de su vida privada. Asimismo, el TJUE recuerda que todo tratamiento de datos personales debe ser conforme con los principios relativos a la calidad de los datos y de acuerdo con uno de los principios de legitimación del tratamiento.

Señala el Tribunal que, en la búsqueda de un equilibrio, los derechos fundamentales de la persona afectada pueden prevalecer, si bien ello debe ponderarse con la naturaleza de la información y el interés público en disponer de dicha información. El interés de la información puede variar en función del papel que la persona afectada desempeñe en la vida pública. En consecuencia, la autoridad de control o el órgano jurisdiccional pueden ordenar al gestor eliminar de la lista de resultados vínculos a páginas *web* publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, sin que una orden, en este sentido, presuponga que la información sea eliminada previa o simultáneamente de la página *web* en la que se ha publicado.

#### **IV.2.8. En cuanto a las cuestiones relativas al derecho al olvido**

El TJUE discrepa de la pretensión del actor sobre la eliminación de la lista de resultados de determinados enlaces. Es este sentido, conveniente precisar que respecto a los dos supuestos mencionados en IV.2.6 *supra*, el Tribunal considera que: en cuanto al derecho de cancelación o supresión, el presupuesto para su ejercicio es que el tratamiento que se lleve a cabo no se ajuste a las disposiciones establecidas; y sobre el derecho de oposición, en cambio, lo pertinente es que éste se contemple en el supuesto en que el afectado, por razones legítimas propias, se oponga al tratamiento.

Así, se destaca el hecho que el Tribunal de Justicia considera que el gestor del motor de búsqueda es el responsable de este tratamiento, en el sentido de la Directiva, dado que es él el que determina los fines y los medios de esta actividad. A este respecto, el TJUE subraya que, como la actividad de un motor de búsqueda se suma a la de los editores de sitios de Internet y puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de los datos personales, el gestor del motor de búsqueda debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, sus competencias y sus posibilidades, que dicha actividad satisfaga las exigencias de la Directiva. Sólo así las garantías establecidas en dicha norma podrán tener plenos efectos y podrá hacerse realidad la protección eficaz y completa de los interesados y, en particular, de su derecho al respeto de la vida privada.

#### **IV.2.9 Sobre al ámbito de aplicación territorial de la Directiva**

A este respecto, el Tribunal de Justicia observa que *GoogleSpain* es una filial de *Google Inc.* en territorio español y, por lo tanto, un establecimiento en el sentido de la Directiva. El Tribunal de Justicia rechaza el argumento de que *GoogleSearch* no realiza un tratamiento de datos de carácter personal en el marco de sus actividades desarrolladas en España. El TJUE considera a este efecto que, cuando el tratamiento de estos datos se lleva a cabo para permitir el funcionamiento de un motor de búsqueda gestionado por una empresa que, a pesar de estar

situada en un Estado tercero, dispone de un establecimiento en un Estado miembro de la UE, ese tratamiento se efectúa en el marco de las actividades de dicho establecimiento, en el sentido de la Directiva, siempre que la misión de ese establecimiento sea la promoción y la venta, en ese Estado miembro, de los espacios publicitarios del motor de búsqueda que sirven para rentabilizar el servicio ofrecido por este último.

## V. CONCLUSIONES

1. Existe una *realidad digital* que recoge datos, quizás no vigentes y olvidados por una persona -titular de la información- que puede, sin embargo, permanecer -sin su consentimiento- en el ciberespacio, pudiendo generar -con ello- algún perjuicio para su integridad personal.
2. El *derecho al olvido* implica que se supriman datos o informaciones que el titular y dueño de la información no desea compartir o, por algún motivo, ya no desea recordar o que la misma esté perpetuamente a disposición de quien desee acceder a ella. Ahora bien, es menester indicar que las personas siempre tratarán de proteger información o datos que de alguna manera consideren que deben estar inmersos en una especie de *encriptamiento* a lo que denominamos nuestra privacidad, intimidad o, por decirlo de alguna manera, un acceso restringido a esta información que no se desea forme parte del conocimiento de la colectividad en la red y la cual, al ser expuesta, deja la puerta abierta a la vulnerabilidad del individuo.
3. Existen mecanismos legales para recabar información por parte de ciertos organismos, sin que se necesite el consentimiento o autorización del individuo o titular, dejando siempre abierta la posibilidad que la persona luego pueda saber cuál es la finalidad de la recolección de estos datos; y cuando el titular de estos datos invoca al *derecho al olvido* no lo hace con la finalidad de cercenar el derecho de información, sino con la necesidad de que la información privada no caiga en manos de personas que no desea o que si ya fueron publicadas, éstas salgan del dominio público por vulnerar su reputación e integridad.

4. Según lo antes indicado, las personas tienen el derecho al *acceso, rectificación, cancelación o supresión y oposición* a la publicación de datos personales que desee reservar su publicación. Son los llamados *derechos ARCO*, los que reivindica la sentencia del TJUE del 13 de mayo de 2014. En el caso específico de los buscadores de Internet, hay quienes son de la opinión que invocar el *derecho al olvido* para estas páginas *web* sería una injerencia a la libertad de expresión de quien edita la misma y al derecho de acceso a quien la consulta, lo que equivaldría a la censura del contenido publicado. La realidad es que a este tipo de herramientas del ciberespacio se les otorgó la posibilidad de sólo borrar la información o datos de una persona cuando sean injuriantes o difamatorios y cuando así le sea solicitado por un tribunal.
5. Si la información es lícita y cierta y no atenta contra el honor de la persona, los buscadores no estarían en la obligación de retirar la información sobre el individuo. Ello puede hacer completamente vulnerable al titular de esos datos o de esa información, ya que es imposible para el buscador determinar qué afecta el honor y la privacidad de alguien y, de hecho, ya existen casos (en los que luego de publicaciones sin autorización en algunas de estas páginas *web* o redes sociales) que han representado desenlaces fatales para el titular de la información.
6. El fundamento del derecho al olvido es el de hacer posible que el individuo titular de la información, tenga conocimiento sobre cuál es la información que sobre su persona reposa en Internet y que éste tenga la posibilidad de tomar decisiones en base a esa información publicada. De igual manera, es importante destacar que el *derecho al olvido* tiene un *valor jurídico* que se basa en la necesidad de olvidar el pasado y que encuentra su justificación en la autonomía individual de la persona para controlar su propia información personal, sea para entregarla a quien decida o para que el tercero ya no disponga de la misma.
7. Como consecuencia de la globalización, se *universalizaron* los derechos humanos y entre ellos los *derechos a la información*

y a la privacidad, de los cuales ya gozan muchos países del mundo, con menos o muchas limitaciones. También con la globalización se abrieron paso las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC's), las cuales han hecho que el mundo se conecte entre sí en tiempo real y sea posible una permanente comunicación.

8. Debemos destacar que todo este fenómeno expansivo de la comunicación y la tecnología, así como ha proporcionado herramientas útiles para todos los que habitamos este *cibermundo*, también ha despertado la necesidad de generar una conciencia en el uso de la tecnología en la comunicación, con miras a que no se publique información de manera inescrupulosa e indiscriminada sin que ello acarree responsabilidad alguna. Internet se entiende como un medio propicio para que personas se den a conocer. A pesar de que algunos individuos publiquen de forma negligente su información y datos, también es cierto que existen otras personas que desean la protección de sus datos e información, esto es, referentes a su vida privada. Exigen, así, el derecho a controlar lo que se difunde de su persona y de la información expuesta, y a tener conocimiento sobre la información y uso que de la misma hacen terceros. Mientras exista esta necesidad de protección seguirán surgiendo controversias como la surgida entre la Unión Europea y el gigante de los buscadores *Google*.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

### Autores y trabajos

- BARLOW, J. (1996): *A declaration of the independence of cyberspace*, (February 8). Disponible en: <http://www.eff.org/es/cyberspace-independence> [Consulta: 2017, julio 5]
- BRANDEIS, L. y WARREN, S. (1890): *The Right to Privacy. The right most valued by all civilized men is the right to be left alone*, en *Harvard Law Review*, Vol. IV, December 15, 1890, No. 5, Boston. Disponible en: <http://www.english.illinois.edu> [Consulta: 2017, junio 29]

- CARBONELL, J. y CARBONELL, M. (2014): *El acceso a Internet como derecho humano*, Cap. II. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México. Disponible en: [http://sitioswwwweb.com/miguel/El\\_acceso\\_a\\_internet\\_como\\_derecho\\_humano.pdf](http://sitioswwwweb.com/miguel/El_acceso_a_internet_como_derecho_humano.pdf) [Consulta: 2017, junio 27]
- CARO, M. (2011): *Alcance y Ámbito de la Seguridad Nacional en el Ciberespacio*, Cuadernos de Estrategia 149, “Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio”. Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa de España, 2011, (Cap. I, pp.48-82). Disponible en: [http://cni.es/comun/recursos/descargas/Cuaderno\\_IEEE\\_149\\_Ciberseguridad.pdf](http://cni.es/comun/recursos/descargas/Cuaderno_IEEE_149_Ciberseguridad.pdf) [Consulta: 2017, julio 15]
- CASTELLS, M. (2001): *Internet, libertad y sociedad: una perspectiva analítica*, Lección inaugural del curso académico 2001-2002 de la UOC. Disponible en: [http://www.uoc.edu/web/esp/launiversidad/inaugural01/intro\\_conc.html](http://www.uoc.edu/web/esp/launiversidad/inaugural01/intro_conc.html) [Consulta: 2017, junio 27]
- CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (2013): *Hacia la transformación digital de América Latina: las infraestructuras y los servicios TIC en la región*, diciembre 2013. Disponible en: [http://publicaciones.caf.com/media/39809/informe\\_tecnologiacaf.pdf](http://publicaciones.caf.com/media/39809/informe_tecnologiacaf.pdf) [Consulta: 2017, julio 13]
- DE TERWANGNE, C. (2012): *Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido*, Monográfico en “VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet”, Revista de Derecho, Internet y Política. Universitat Oberta de Catalunya, febrero 2012. Disponible en <http://idp.uoc.edu> [Consulta: 2017, junio 27]
- GONZÁLEZ-COTERA, J. (2012): *Relato del VII Congreso Internacional sobre Internet, Derecho y Política: Neutralidad de la red y derecho al olvido*, en “VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet”, Revista de Derecho, Internet y Política. Universitat Oberta de Catalunya, febrero 2012. Disponible en <http://idp.uoc.edu> [Consulta: 2017, julio 20]
- INTERNATIONAL FEDERATION OF LIBRARY ASSOCIATIONS AND INSTITUTIONS – IFLA (s/f): *Fundamentos y antecedentes legislativos: El derecho al olvido en el contexto nacional y regional*. Traducción al español del documento *IFLA Statement on the Right to be Forgotten*. Traducido por la Dirección de Traducciones de la Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina. Disponible en: <http://www.ifla.org/files/assets/clm/statements/rtbf-background-es.pdf> [Consulta: 2017, junio 23]



- KONDOROSI, F.(2002): *Los derechos del hombre en un mundo globalizado*. Universidad de Veszprém, Hungría. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/830961.pdf> [Consulta: 2017, julio 15]
- ORZA, R. (2012): *Derechos fundamentales e Internet: nuevos problemas, nuevos retos*, en Revista de Derecho Constitucional Europeo, REDCE, año 9, núm. 18, julio – diciembre 2012. Universidad de Granada, España, pp.275–336. Disponible en: [http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/10\\_ORZA.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/10_ORZA.htm) [Consulta: 2017, junio 23.]
- RALLO, A. (2010): *A partir de la protección de datos. El derecho al olvido y su protección*, en Revista núm. 85 - octubre - diciembre 2010, Fundación Telefónica, España. Disponible en: [https://telos.fundaciontelefonica.com/dyc/telos/nmerosanteriores/nmeros80102/detalleanteriores\\_85telos\\_dossier6\\_pv1/seccion](https://telos.fundaciontelefonica.com/dyc/telos/nmerosanteriores/nmeros80102/detalleanteriores_85telos_dossier6_pv1/seccion) [Consulta: 2017, julio 27]
- SARAVIA, L. (2014): *CEPAL aportes a la reflexión educativa*, (agosto 11). Foro Educativo, 25 años 1992 – 2017. Disponible en: <http://foroeducativo.com/cepal-aportes-a-la-reflexion-educativa/> [Consulta: 2017, agosto 14]
- STUART, J. (1859): *Sobre la Libertad*, traducido del inglés por Josefa Sainz Pulido, Madrid: AGUILAR, 2016. Disponible en: <http://www.libros-gratis2016.files.wordpress.com/2016/01/stuart-mill-john-sobre-la-libertad.pdf> [Consulta: 2017, julio 23]
- VALERI, P. (2009): *Curso de Derecho Comercial Internacional*. Caracas: Ediciones LIBER, segunda edición.

### Artículos de prensa

- EL MUNDO.es (2011): *Naciones Unidas declara el acceso a Internet como un derecho humano*, Navegante tecnología, publicación digital. Madrid: El Mundo.es. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/06/09/navegante/1307619252.html> [Consulta: 2017, julio 13]
- THE ECONOMIST (2016): *How John Perry Barlow views his Internet manifesto on its 20th anniversary*, (February 8). Disponible en: <http://www.economist.com/news/international/21690200-Internet-idealism-versus-worlds-realism-how-john-perry-barlow-views-his-manifesto> [Consulta: 2017, julio 3]

### Cuerpos normativos y jurisprudencia

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011): *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, sentencia del 29 de noviembre.

Disponible en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_238\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf) [Consulta: 2017, julio 5]

INFOCURIA – JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (2014): *Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) del 13 de mayo. Asunto: C-131/12*. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES> [Consulta: 2017, julio 30]

NACIONES UNIDAS (2012): *Resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas bajo el N° A/HRC/20/L.13 del 29 de junio*. Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet (2012). Disponible en: <http://www.un.org/es/> [Consulta: 2017, junio 27]

Otras consultas a través de Internet

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Derecho al Olvido*. Disponible en: <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion> [Consulta: 2017, junio 29]

PORTAL INFORMATIVO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS. Disponible en: <http://www.cuidatusdatos.com/> [Consulta: 2017, junio 24]

WIKIPEDIA: ***Derecho al Olvido***. Disponible en: [https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_al\\_olvido](https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_al_olvido) [Consulta: 201]

## RESUMEN

No es posible concebir la sociedad del siglo XXI sin Internet. Comprender los complejos procesos sociales que tienen lugar hoy en día, pasa por entender en qué momento vivimos: la globalización o era del conocimiento digital. Lo que otrora parecía imposible o era difícil, hoy la tecnología lo acerca con sólo oprimir una tecla. La información está allí, en la red, disponible en todo lugar y en todo momento, con lo que obtenerla y difundirla ya no es un problema. La ONU ha declarado el derecho al acceso a la Internet como un derecho fundamental más, pero acceder a la información puede, igualmente, colidir con el derecho a la privacidad, generando complejas situaciones en las que el individuo puede ver lesionados su honor e imagen. Surge, entonces, una garantía para dar respuesta a estas complejas dinámicas, producto de los avances tecnológicos: el derecho al olvido digital, cuya realidad

no puede desconocer la disciplina jurídica. Este derecho se fundamenta en la autodeterminación informativa y en el derecho al acceso a la Internet. A este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), N° C/131/12 del 13 de mayo de 2014, constituye el principal antecedente de este derecho, la cual fue dictada como cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional española (AN), relacionada con la interpretación de varios preceptos de la Directiva 95/46/CE de protección de datos, cuyo origen del litigio fue el accionar de un ciudadano español demandando oposición al tratamiento que de sus datos personales hacía Google.

## **PALABRAS CLAVE**

Derecho humano,  
globalización,  
internet,  
olvido digital,  
protección de datos,  
unión europea

## **ABSTRACT**

It is not possible to conceive the society of the 21st century without Internet. Understanding the complex social processes that take place today, comes to understand at what time we live: globalization or era of digital knowledge. What once seemed impossible or difficult, today technology brings it closer by just pressing a key. The information is there, in the network, available everywhere and at all times, so getting it and spreading it is no longer a problem. The UN has declared the right to access the Internet as a fundamental right, but access to information can also collide with the right to privacy, generating complex situations in which the individual can see their honor and image damaged. There is then a guarantee to respond to these complex dynamics, the product

of technological advances: the right to digital oblivion, who serenity can not ignore legal discipline. This right is based on information self-determination and the right to access the Internet. In this regard, the judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU), No. C / 131/12 of May 13, 2014, constitutes the main antecedent of this right, which was issued as a preliminary ruling question raised by the Spanish National Audience (AN), related to the interpretation of several precepts of Directive 95/46 / EC on data protection, whose origin of the litigation was the action of a Spanish citizen demanding opposition on the treatment of their personal data by Google.

## **KEYWORDS**

Human right,  
globalization,  
internet,  
digital oblivion,  
data protection,  
European union

# **LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL: MÁS ALLÁ DEL DERECHO PENAL\*. DR. EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN\*\*.**

## SUMARIO

I. La corrupción como problema jurídico. II. La corrupción internacionalizada. III. La puesta en escena. IV. Principios generales. V. Aplicación de los principios generales.

---

\* Ponencia presentada en las Jornadas de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), Bogotá, 9 y 10 de noviembre de 2017.

\*\* Miembro Honorario y Presidente del Comité Consultivo de la ASADIP; Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

*–Me pasa la cuenta –dijo.  
–¿A usted o al municipio?  
El alcalde no lo miró. Cerró la puerta,  
y dijo, a través de la red metálica  
–Es la misma vaina.*

GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ, Un día de estos.

## I. LA CORRUPCIÓN COMO PROBLEMA JURÍDICO

La corrupción parece ser el más verdadero producto de la globalización. Está por todas partes y desde todas partes afecta a todos en cualquier parte.<sup>1749</sup> No es un monopolio o un privilegio de algunos países, es un fenómeno realmente internacional.<sup>1750</sup> En este sentido, es de destacar que el combate contra la corrupción, percibida como un “cáncer social”,<sup>1751</sup> ha dejado de ser una mera preocupación nacional o unilateral, para pasar a ser objeto de esfuerzos de cooperación multilateral a nivel mundial. En el ámbito interamericano es de señalar la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 y, en otras partes del mundo, la Convención de Derecho Penal y la Convención de Derecho Civil del Consejo de Europa sobre Corrupción, ambas de 1999, la Convención de la OECD para Combatir el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacio-

<sup>1749</sup> Ver el *Corruption Perception Index 2016 de Transparency International*, [https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016)

<sup>1750</sup> Un miembro de la Procuraduría General de la República brasileña afirma que: *o ‘jeitinho’ não é ‘privilegio’ do Brasil. A corrupção existe no mundo (é quase ínsito as sociedades) e creio que jamais deixará de existir*, en “‘A corrupção é um cancro’. Entrevista com Douglas Fischer”, *Panorama Legal-Edição Especial*, Maio 2014, Porto Alegre, p. 20 et seq., 22.

<sup>1751</sup> Ver nota anterior.

nales de 1997, la Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Combate de la Corrupción de 2003 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. Sin embargo, el combate jurídico contra la corrupción se dirige principalmente desde las esferas del Derecho Penal y del Derecho Administrativo.<sup>1752</sup> Los aspectos civilistas o de Derecho Privado no han sido muy estudiados o aprovechados hasta la fecha. En este sentido, el presente ensayo trata de examinar algunos aspectos de Derecho Privado y de Derecho Internacional Privado relativos a la corrupción.

Lo anterior lo hacemos, principalmente, bajo las premisas desarrolladas por la Academia Internacional de Derecho Comparado que, en su 19° Congreso de Derecho Comparado, celebrado en Viena, Austria, entre el 20 y el 26 de julio de 2014, convocó a la presentación de ponencias nacionales sobre el tema “La corrupción en los contratos comerciales internacionales y sus efectos en Derecho Privado”, encargándose de la relatoría general los profesores Michael J. Bonell y Olaf Meyer. Del continente americano presentaron ponencias el profesor Joshua Karton de Canadá, el profesor Padideh Ala’i de los Estados Unidos de Norteamérica y la profesora Claudia Madrid Martínez junto con el suscrito por Venezuela. Esto quiere decir que de Latinoamérica solo se recibió un informe nacional.

Para los propósitos de este ensayo tomaremos en especial consideración, además del informe general y de los informes nacionales ya citados, el informe preparado por los profesores R. H. Kreindler y F. Gesualdi que examinan el tema propuesto desde la perspectiva de los Principios UNIDROIT de 2010 sobre los Contratos Comerciales Internacionales a la luz de la práctica arbitral comercial.<sup>1753</sup>

<sup>1752</sup> Ver, por ejemplo, las legislaciones de 151 países en Thomas Gruetzner et al. (Editores), *Anti-Bribery Risk Assessment. A systematic Overview of 151 countries*, C.H. Beck, Hart Publishing, Muenchen, Oxford, 2011.

<sup>1753</sup> Michael J. Bonell/Olaf Meyer (Editores), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Springer, Heidelberg et al., 2015. La ponencia venezolana lleva el título de “Fighting Corruption from the Civil Side: Echoes from the Silence of Venezuelan Contract Law” y fue publicada previamente en *Venezuela. Some current legal issues 2014. Venezuelan National reports to the 19th International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Vienna, 20-26 July 2014 (In memory and in homage of Irene de Valera)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial

En vista de las peculiaridades nacionales que se pueden presentar al definir la corrupción, hemos evitado adoptar una noción precisa, y comprender bajo tal término lo que general y comúnmente entendemos por corrupción mediante soborno o pago de incentivos no debidos para obtener favores por parte de un tercero. En todo caso, a pesar de que la corrupción se asocia más al ámbito público, de los funcionarios del Estado, también en algunos ordenamientos jurídicos se habla de corrupción en el sector privado. Nosotros nos limitamos al ámbito de la corrupción en el sector público.

Según el conocimiento empírico que tenemos, o el que nos proporcionan los medios de comunicación, la corrupción involucra diversos actores que acuerdan ciertos términos de un negocio jurídico de contenido patrimonial para alcanzar un resultado determinado. En otras palabras, la corrupción se vale de una figura típica del Derecho Privado para alcanzar sus fines. Es decir, la corrupción supone la celebración de contratos de variado tipo, ya sea entre, llamemos, un particular, persona natural o jurídica, y un funcionario público, aunque pueden ser varios, actuando con o sin intermediarios.

## II. LA CORRUPCIÓN INTERNACIONALIZADA

La situación se complica más si los supuestos de hecho se internacionalizan, por ejemplo, cuando los actores involucrados provienen de diversos Estados -cuando los contratos para la gestión de corrupción se ejecutan en varios países o cuando ellos suponen movimientos transfronterizos de divisas. Se trata entonces de examinar en qué medida el Derecho Privado y el Derecho Internacional Privado intervienen en la lucha contra los actos de corrupción y en qué medida tales disciplinas jurídicas estimulan o combaten los aparentemente tan perniciosos efectos de la corrupción en nuestro mundo tan globalizado. Una dificultad adicional es la notoria ausencia de precedentes judiciales que nos muestren los hechos y los problemas legales que surgen con ocasión de los

---

Jurídica Venezolana, Serie Eventos No. 31, Caracas, 2014, p. 115 et seq. Otras ponencias presentadas corresponden a la legislación de los siguientes países: Alemania, China, Dinamarca, Estonia, Holanda, Inglaterra, Italia, Polonia, Portugal, República Checa, Singapur y Suiza.



contratos que facilitan la corrupción. En el informe general de los profesores Bonell y Meyer se menciona que ni en Portugal ni en Venezuela los autores de los informes nacionales pudieron ubicar una sola decisión que discutiera las consecuencias civiles de la corrupción y que en Polonia se habla de una “sorprendente escasez” de decisiones en la materia, mientras que en Italia son solo “unas pocas” las sentencias. Lo anterior es realmente llamativo cuando, muy recientemente, la prensa de un país latinoamericano mencionaba la existencia de más de 36.000 casos de corrupción investigados actualmente por el Ministerio Público nacional.<sup>1754</sup> Por lo tanto, la discusión que sigue se basará principalmente en la legislación tal y como está en las leyes y códigos, dado que rara vez se discuta cómo es que se aplica la ley en la praxis. Además, vista la ausencia de legislación civil especializada en materia de corrupción, las respuestas y análisis a la problemática civil de la corrupción se efectúan (como de hecho lo reconocen los informes nacionales presentados al Congreso de Viena) en base a las reglas generales sobre los contratos y las obligaciones, las cuales también se aplican en virtud de los criterios generales sobre responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos. En estos últimos casos, sin embargo, se trata principalmente de la responsabilidad del agente del delito, de sus cómplices, cooperadores y facilitadores respecto de la víctima y del Estado que sanciona el delito. Nosotros nos centraremos en la especial relación jurídica que se establece en los escenarios planteados por los relatores generales del Congreso ya mencionado y que describiremos más adelante.

### III. LA PUESTA EN ESCENA

He aquí la puesta en escena según lo solicitado por los relatores generales: “El contratista A del país X celebra un contrato con el intermediario B (“el Contrato de Comisión”), según el cual B, a cambio del pago de una comisión de USD 1 millón, pagaría por cuenta de A la cantidad de USD 10 millones a C, un alto asesor de adquisiciones de D, siendo D el Ministro de Economía y Desarrollo del país Y, para

<sup>1754</sup> “Fiscalía. 36.124 expedientes de corrupción esperan en el limbo”, *El Nacional*, Lunes 14 de Agosto de 2017, p. P-3.

inducir a D a adjudicarle a A el contrato para la construcción de una nueva planta eléctrica en el país Y (el Contrato Principal”). B le paga a C el soborno de USD 10 millones y D le otorga a A el Contrato Principal.”

De lo anterior se aprecian varias relaciones jurídicas, a saber: (i) Por una parte, la que involucra al contratista A con el intermediario (mandatario o comisionista) B, que sería un contrato de comisión (o mandato con o sin representación), por llamarlo de alguna manera, (ii) en ejecución de lo anterior surgiría la relación entre B y C (o entre A y D, según el tipo de representación conferido a B y C), una suerte de contrato ejecutado por B, en nombre propio (o no), pero por cuenta de A (y tal vez por C en nombre propio pero por cuenta de D, dependiendo de la relación entre C y D) y (iii) el contrato de construcción entre A y D, ambos en nombre y por cuenta propia.

Este esquema puede decirse que es generalmente seguido en la práctica. El uso de intermediarios bajo la forma de contratos de comisión, asesoría, consultoría o similares, con vaga descripción de las obligaciones del mandatario o representante es típico, a veces estableciendo remuneraciones desproporcionadas (que al menos parcialmente serán usadas por el consultor o agente para sobornar a algún funcionario capaz de influir en la decisión del otro contratante) o sujetas a la contingencia de que un contrato sea otorgado al mandante o principal, pero sin que medie intervención del mandante o principal manteniéndose este al margen de las negociaciones entre B y C. Todo esto es, según se menciona en el citado informe general, una *red flag*, un indicio grave de la finalidad oculta perseguida por el contrato: la procura de un contrato por vía de corrupción. Se trata de crear por vía contractual una apariencia (o *simulación*) de legalidad.<sup>1755</sup> No sorprende que algunos países hayan prohibido el uso de intermediarios en la contratación con entes gubernamentales. Tal es el caso de Argelia, como se expuso en el famoso caso *OTV v. Hilmarion*, en el cual el demandante obtuvo un contrato con el gobierno argelino para el demandado, actuando como

<sup>1755</sup> En relación con el Derecho venezolano, ver Pedro J. Saghy Cadenas, *La noción de simulación de contrato*, Colección Estudios Jurídicos No. 118, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, esp. 69 y seq.; 217 et seq.

intermediario a pesar de la prohibición de ley. Interesante desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado es que el contrato con el intermediario estaba sujeto al Derecho suizo.<sup>1756</sup> Sobre esto volveremos más adelante. De esta forma, continuaremos el análisis distinguiendo entre “contrato para la gestión de corrupción” (A-B y/o C-D) y “contrato obtenido por corrupción” (A-D).

#### IV. PRINCIPIOS GENERALES

Para hacerle frente a situaciones como las antes descritas, en ciertas legislaciones, los autores prefieren utilizar la noción de “ilicitud” antes que la de “ilegalidad” al referirse a la violación de la ley, del orden público o de las buenas costumbres. En este último caso también se usa la expresión “inmoralidad”. Este es el caso de Venezuela.<sup>1757</sup> Tal planteamiento se basa en el artículo 6 del Código Civil que establece: “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”. Aunque esa disposición no determina los efectos de tal renuncia, los autores aceptan que un acuerdo en violación de la ley, el orden público o las buenas costumbres es nulo y genera responsabilidad civil. Ciertamente que, de existir una legislación anticorrupción que castigue este tipo de conductas, ella reflejaría altos valores morales (buenas costumbres) imperantes en una sociedad que deben ser respetados al interactuar con la administración pública, cuya violación no solo haría ilegal el contrato sino que lo haría ilícito por violar las buenas costumbres y, por lo tanto, nulo.<sup>1758</sup> Los profesores Bonell y Meyer, en el informe ya citado, consideran que la nulidad de “contratos para la gestión de corrupción” es un *principio trasnacional de derecho* que, además, es ratificado por todos los informes nacionales presentados al Congreso de Viena.

<sup>1756</sup> ICC Case No. 5622, *Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation*, YbCA XIX (1994), p. 105 et seq.

<sup>1757</sup> En esta sección seguimos principalmente al profesor José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 5a. edición, 3a. reimpresión, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Interjuris Fundación, Caracas, 2017, p. 226 et seq., 295 et seq., 368 et seq.

<sup>1758</sup> Aquí seguimos lo expuesto en Eugenio Hernández-Bretón/Claudia Madrid, nota 5.

Asimismo, es importante referirse a otras dos disposiciones en materia de contratos que tiene que ver con la noción de ilicitud. Ellas tienen que ver con el objeto del contrato, que debe ser lícito (artículo 1155 del Código Civil venezolano) y con la causa del contrato que debe también ser lícita (artículo 1157 del mismo Código). En términos generales, todas las negociaciones, tratos, acuerdos, contratos celebrados o pagos hechos en ejecución de compromisos contraídos en violación de las disposiciones imperativas en materia de anticorrupción serán ilícitos y en consecuencia nulos. Si cualquiera de esos negocios o conductas se considera como causa de un subsiguiente contrato celebrado con la administración pública, en el sentido de que los negocios o conductas previas constituyen la razón económica-jurídica de la celebración del contrato subsiguiente, entonces la causa será ilícita y el llamado contrato subsiguiente será nulo. En este sentido destacamos que el artículo 1157 del Código Civil venezolano tiene su origen en los artículos 27 y 29 del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y los Contratos de 1927.<sup>1759</sup> En este sentido, el referido artículo 1157 dispone: “La obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a la Ley, a las buenas costumbres o al orden público. Quien haya pagado una obligación contraria a las buenas costumbres, no puede ejercer la acción de repetición sino cuando de su parte no haya habido violación de aquéllas.” Esta es la tendencia que siguen países como Francia e Italia y la provincia de Quebec en el Canadá para considerar nulo el contrato.

La última parte del artículo 1157 venezolano se inspira en diferentes formulaciones del principio *nemo auditur*, como lo son (i) *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, (ii) *in pari causa turpitudinis melior est conductio possidentis*, y (iii) *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*.

Algunos autores van más allá del texto del artículo y plantean que idéntica consecuencia se debe aplicar en caso de contratos cuya causa viole el orden público o la Ley. Cuando en los casos anteriores el

---

<sup>1759</sup> Ver en general Oscar E. Ochoa G., *Los 80 años del Proyecto Ítalo-francés de Código de las Obligaciones y de los Contratos (1927-2007)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Serie Misceláneas No. 6, 2008.

Código prohíbe la *actio de in rem verso* está permitiendo el enriquecimiento sin causa. Sin embargo, creemos justificable esta solución basados en el deseo del legislador de evitarle a los tribunales la embarazosa situación de tener que decidir reclamaciones relativas a contratos celebrados y ejecutados por personas deshonestas. En suma, sería absurdo brindar protección legal a las mismas personas que han violado el ordenamiento jurídico. Es un asunto de moralidad y sanidad jurídicas. Las legislaciones de Alemania, Estonia, Francia, Inglaterra, Italia, Singapur, Suiza y Venezuela excluyen la posibilidad de la acción de restitución. Por su parte, las legislaciones de Dinamarca, la provincia de Quebec, de los Estados Unidos de América y los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales 2010 lo permiten dependiendo de las circunstancias del caso particular. En Holanda, Polonia, Portugal y la República Checa sería posible el reembolso del monto pagado, así lo informan los relatores generales Bonell y Meyer.

En atención a la participación de terceros (agentes, mandatarios, comisionistas, etc.) en la ejecución de actos de corrupción en la contratación, resulta también necesario recoger los principios aplicables a la representación. Así, tenemos que los actos realizados en los límites de sus poderes por el representante en nombre del representado, producen directamente sus efectos en provecho y en contra de este último (artículo 1169 del Código Civil venezolano). El mandato puede ser con sin representación (artículos 376 y 379 del Código de Comercio venezolano). El representante no debe exceder los límites de su mandato (artículo 1689 del Código Civil venezolano) y si los excede responde no solo por dolo, sino por culpa (artículo 1693 del Código Civil venezolano). El representado no queda obligado por los actos del representante sino cuando lo ratifica expresamente (artículo 1698, última parte, del Código Civil venezolano). En todo caso, el representado no puede ratificar un contrato cuya causa es ilícita.

Además de lo anterior, también serían aplicables los principios en materia de responsabilidad patrimonial, ya sea en materia de contratos o de hechos ilícitos.

## V. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

El contrato para la gestión de corrupción, celebrado para obtener un beneficio, aunque este sea debido al contratante o que haya sido obtenido sin el auxilio de la corrupción, debe ser nulo por violar reglas legales imperativas. Su objeto y su causa (real, probablemente secretos) son ilícitos. Adicionalmente, sería violatorio de las buenas costumbres y del orden público permitirle al agente, comisionista o intermediario exigir judicialmente su comisión o pago. En nuestro caso matriz, A podría rehusar el pago acordado con el intermediario.

A continuación se presentan una serie de variantes del escenario inicial. Supongamos para comenzar que ya el intermediario B pagó el soborno a C, y que D no le adjudica el contrato a A. Se pregunta si B puede solicitar de A el pago de la comisión acordada, y si A puede recobrar de B el soborno pagado a C.

En ambos casos creemos que la respuesta es negativa. Permitir el pago de la comisión sería tolerar la violación de una norma imperativa que sanciona la corrupción y el pago de una obligación nula por objeto y causa ilícitos. En todo caso, sería contrario a las buenas costumbres permitir que B cobrara la comisión. Por otra parte, la *actio de in rem verso* por parte de A solo sería admisible en la medida en que de parte de A no haya habido violación de las buenas costumbres, lo cual no parece ser el caso.

Ahora, suponiendo que D, al otorgar el contrato a A, no sabía o no debía saber acerca del soborno pagado a C, se pregunta si D puede optar por tratar el contrato obtenido por A como válido y exigirle a A el cumplimiento del contrato y quedar D obligado a cumplir sus obligaciones según el mismo contrato, sujeto a un ajuste del precio en atención al monto pagado por soborno. En la alternativa, puede D tratar el contrato celebrado con A como inválido, de manera tal que ninguna parte pueda reclamar a la otra.

En estos casos, creemos que la solución única es afirmar la nulidad del contrato procurado mediante actos de corrupción, ya sea por violación de normas imperativas o por objeto o causa ilícitos. Los vicios señalados no son susceptibles de ser ratificados y la administración pública no podría modificar o ajustar el contrato celebrado, pero sí podría

exigir la reparación de daños extracontractuales por hecho ilícito causados con ocasión de la celebración de dicho contrato. El intermediario no tendría acción bajo el contrato o la ley.

Pasamos a continuación a variar un poco los hechos según el cuestionario de los relatores generales del Congreso de Viena. Luego de otorgado y firmado el contrato principal, A ya ha casi concluido la obra y se produce un cambio de gobierno, que alega que ese contrato es nulo debido a los actos de corrupción ejecutados por el contratista y rehúsa el pago del 50% del precio del contrato. Se pregunta si el contratista puede cobrar el monto de la obra ejecutada y si la administración pública puede recuperar el monto ya pagado.

Se trata aquí de las consecuencias de la nulidad del contrato principal. La aplicación de los principios anteriormente identificados al caso bajo examen debe responder a la finalidad de las normas imperativas, principios de orden público o buenas costumbres violadas por los actos de corrupción. Es decir, las soluciones de Derecho Privado deben favorecer la prevención y la erradicación de la corrupción. Esto se lograría sancionando, desde la óptica del Derecho Civil, de la manera más severa la conducta del contratista incurso en actos de corrupción. En tal sentido, basado en los principios moralizadores recogidos en materia de causa, el contrato sería nulo por ilicitud de la misma, además de violar el orden público y las buenas costumbres; por ello el contratista debería verse impedido de exigir el pago restante por la obra ejecutada, ser obligado a restituir lo ya recibido y reparar los eventuales daños que su conducta antiética e ilícita hayan causado al gobierno propietario de la obra. No creemos que proceda una acción de enriquecimiento sin causa por parte del contratista, pues ello conduciría a inutilizar los efectos jurídicos civiles de las normas contra la corrupción, poniendo al Derecho y al aparato de justicia a disposición de quien ha violado normas imperativas, de orden público y protectoras de la moralidad social. En aplicación del principio de *nemo auditur* el contratista no puede beneficiarse de su propia torpeza. La obra ejecutada debe quedar a beneficio del Estado contratante como consecuencia de la determinación de la comisión de delitos.

La solución antes esbozada se diferencia de manera tajante de la solución que se alcanzaría bajo los Principios UNIDROIT de 2010.

Según el comentario al artículo 3.3.2 de los Principios de 2010, como resultado de la ponderación de los intereses del contratista y del gobierno contratante, *it would not be fair* dejar que el gobierno reciba la obra casi completa por la mitad del precio acordado. Como consecuencia de ello, el contratista debería recibir *an allowance in money* correspondiente a la obra realizada y el gobierno *may be granted restitution of any payment it has made exceeding this amount*. Esta solución es referida por los profesores Kreindler y Gesualdi en su informe que lleva el título de *The Civil Law Consequences Of Corruption Under The UNIDROIT Principles Of Intenational Commercial Contracts: An Analysis In Light Of International Arbitration Practice*, como una respuesta a los *concerns that have become more compelling in international commercial deals* y como *a first step toward the breaking of what is known as the "paradox of corruption"*. A pesar de las bondades anunciadas, no creemos que la solución de los Principios 2010 contribuya a la lucha contra la corrupción transfronteriza y, más bien, le brinda protección jurídica a quien intencionalmente sabe que viola normas imperativas, de orden público y de clara función moralizadora.

Los relatores generales han afirmado que las anteriores razones no pueden resultar convincentes al no tomar en cuenta el principio de proporcionalidad y afirman que el cumplimiento del contrato no es proporcional al monto del soborno y añaden que si la sanción no es proporcional a la ilegalidad cometida, entonces es excesiva y perjudicial para los negocios.

Estamos en desacuerdo con tal razonamiento pues no se trata de proteger negocios o de proteger al gobierno de un país corrupto sino de defender la pulcritud en la conducción de los negocios internacionales, donde quiera que sea, lo cual excede a cualquier perjuicio que pueda reclamar el particular involucrado en contratos obtenidos mediante corrupción.

Muestra de ello son los intentos de aplicar la ley nacional a actos de corrupción de autoridades extranjeras que se han llevado a cabo extraterritorialmente a cabo a través de la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* de los Estados Unidos de América<sup>1760</sup> y de la *Bribery Act* del

<sup>1760</sup> Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (15 U.S.C. §§78dd-1 et seq.)



Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.<sup>1761</sup> Si los hombres se dan cuenta que al incurrir en actos de corrupción o valerse de contratos procurados por corrupción no tendrán acción para exigir el cumplimiento de lo acordado o no tendrán acción judicial para recuperar lo invertido o cobrar por el trabajo ejecutado, entonces necesariamente habrán de tomar el camino correcto de no violar los estándares de moralidad universales y de sanidad jurídica de las transacciones comerciales.

Para completar el ejercicio de investigación y reflexión, el requerimiento de los relatores generales incluyó dos escenarios más que pasamos a revisar de seguidas. En el primer escenario A, fabricante de aviones en el país X, sabiendo que C, el Ministro de Defensa del país Y, desea comprar cierto número de aviones militares, celebra un contrato con B, una compañía de consultoría con sede en el país Y, según el cual B, mediante el pago de una comisión, negociará la posible compra por C de los aviones fabricados por A. No obstante los esfuerzos de B, C no compra los aviones de A, se pregunta si A puede negarse a pagar la comisión a B, invocando una norma legal del país Y que prohíbe la contratación de intermediarios en la negociación y celebración de contratos con entes gubernamentales.

Para examinar este caso hicimos uso de una de las técnicas controvertidas del Derecho Internacional Privado, las normas de aplicación inmediata o necesaria. En tal sentido, independientemente del ordenamiento jurídico que regule el contrato de agencia o comisión entre A y B (probablemente el Derecho de Y), que es para nuestros efectos un contrato internacional en el sentido del aparte primero del artículo 1° de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP V-México 1994) por tener los contratantes sus establecimientos en diferentes Estados Partes, creemos que se debe examinar la naturaleza de la norma del país Y que prohíbe la contratación de intermediarios en la negociación y celebración de contratos con entes gubernamentales para así determinar si la misma califica como normas imperativas o leyes de aplicación inmediata o necesaria, que protegen los intereses del país Y por razones económico-político-sociales. De resultar este el caso, que así lo creemos, visto el carácter de

<sup>1761</sup> Bribery Act 2010 (c.23).

norma anticorrupción que le atribuimos a la prohibición en cuestión, resultaría que a tenor del artículo 11 de la citada Convención el juez del caso podría discrecionalmente aplicar la norma prohibitiva del país Y, que sería una norma de un tercer Estado, cuyo Derecho no rige el contrato de comisión, visto que el Derecho de Y presenta “vínculos estrechos” con el contrato en cuestión.<sup>1762</sup> De esta manera el contrato de agencia o comisión sería ilícito y por ende nulo, pudiendo A rechazar el pago de la comisión pactada con B a pesar de que el contrato en cuestión podría ser válido según el Derecho que lo rija.

El segundo escenario es el siguiente: A, fabricante de aviones en el país X, conoce que C, el Ministro de Defensa del país Z, está interesado en adquirir un número de aviones militares, celebra un contrato con B, un intermediario basado en el país Z, según el cual B, mediante un “honorario” de 5% del precio del contrato de venta de los aviones, se encargará de “negociar” la compra de los mismos por parte de C (“Contrato de Compra”), en el entendido de que B pagará la mitad del “honorario” a un asesor de adquisiciones de alto rango de C. Una vez que C ha adquirido los aviones, A se rehúsa a pagar el “honorario” según lo acordado alegando la ilegalidad del contrato con B, se pregunta si B puede exigir el pago fundamentándose en que en el país Z no solo no hay prohibición de utilizar intermediarios en la negociación y celebración de contratos con entes gubernamentales, sino que es una práctica generalmente aceptada que los intermediarios “compartan” sus “honorarios” con los respectivos negociadores gubernamentales del contrato.

En este caso se impone tomar en cuenta la naturaleza de las normas del foro en materia de corrupción, pues ello llevaría a la posibilidad de invocar bien normas de aplicación inmediata o necesaria del tribunal que conozca del caso<sup>1763</sup>, o de invocar uno de sus principios de orden público internacional, para así rechazar la aplicación o el resultado de las normas y prácticas comerciales extranjeras. Una vez más, se ratifica

<sup>1762</sup> El aparte único del artículo 11 dispone así: Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

<sup>1763</sup> El encabezamiento del artículo 11 antes mencionado dice: No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.

que la nulidad de los “contratos para la gestión de corrupción” es un principio transnacional de derecho. Por lo tanto, B no puede exigir el pago de su “honorario “fundamentándose en que en el país Z no hay prohibición de utilizar intermediarios en la negociación y celebración de contratos con entes gubernamentales y que es una práctica generalmente aceptada que los intermediarios “compartan” sus “honorarios” con los respectivos negociadores gubernamentales del contrato, pues de permitirlo se estaría violando el principio fundamental del ordenamiento jurídico nacional que condena la corrupción y todos los acuerdos sirven para facilitarlos, siendo nulo el referido contrato para la negociación y celebración de un contrato con C. Esta, creemos, es la única solución.

## RESUMEN

La corrupción recorre el mundo y va dejando su viciosa secuela en todos los países. No hay país que escape a su venenosa acción, pero los esfuerzos por prevenirla y atacarla no son coordinados. El Derecho ataca la corrupción por considerarla socialmente perniciosa y moralmente destructora, sin dejar de lado su impacto en las economías de todos. Sin embargo, hasta el presente, desde el punto de vista jurídico el énfasis se ha puesto en los aspectos penales y administrativos de la corrupción. Este trabajo es una sencilla contribución a la exposición de los remedios y funciones del Derecho de las Obligaciones y de los Contratos en el combate contra la más grave enfermedad social, en donde creemos que más allá del Derecho Penal, el Derecho Privado y el Derecho Internacional Privado pueden brindar un importante apoyo para desincentivar la corrupción como medio para hacer negocios internacionales.

## PALABRAS CLAVE

Corrupción  
Contratos Internacionales  
Derecho Privado  
Derecho Internacional Privado  
Principios UNIDROIT 2010

# 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. Arístides 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

*Dr. Humberto Njaim*

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 (e)*

Sillón N° 21  
*Dr. René De Sola*

Sillón N° 22  
*James Otis Rodner*

Sillón N° 23  
*Dr. Ramón Escovar León*

Sillón N° 24  
*Dra. Cecilia Sosa Gómez*

Sillón N° 25  
*Dr. Román José Duque Corredor*

Sillón N° 26  
*Prof. Gabriel Ruan Santos*

Sillón N° 27  
*Prof. José Antonio Muci Borjas*

Sillón N° 28  
*Prof. Carlos Ayala Corao*

Sillón N° 29  
*Dr. César Augusto Carballo*

Sillón N° 30  
*Prof. Alberto Baumeister Toledo*

Sillón N° 31  
*Vacante*

Sillón N° 32  
*Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia*

Sillón N° 33  
*Dr. Alfredo Morles Hernández*

Sillón N° 34  
*Dr. Enrique Lagrange*

Sillón N° 35  
*Dr. Carlos Leañez Sievert*

*Dr. Luis Guillermo Govea U., h*

*Dr. Luis H. Farías Mata*

*Dr. Oscar Hernández Álvarez*

*Dr. Fortunato González Cruz*

*Dr. Luis Napoleón Goizueta H.*

## COLABORADORES ESPECIALES

*Don José Getulio Salaverría - Estado Anzoátegui*

*Dr. Gilberto Guerrero Quintero - Estado Aragua*

*Dr. Egberto Abdón Sánchez Noguera - Estado Mérida*

# 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 Yanés*

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. Falleció 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.

INDIVIDUOS DE NÚMERO POR ORDEN DE SUCESIÓN

*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. 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. Carlos Acedo Sucre.*

Electo en sesión ordinaria del 7 de junio de 2016.

*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.

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. 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. Silvestre Tovar Lange*

Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1951. No se incorporó. Murió el 5 de octubre de 1957.

*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. Héctor Cuenca*

Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1958. No se incorporó. Murió el 14 de abril de 1961.

*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. 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. Gustavo Herrera*

Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre de 1941. No se incorporó. Murió el 1° de febrero de 1953.

*Dr. Luis Cova Arria*

Electo en sesión ordinaria del 21 de marzo de 2000. Se incorporó el 20 de junio de 2000.

*Dr. Carlos Siso*

Electo en sesión ordinaria del 15 de abril de 1953. No se incorporó. Murió el 9 de mayo de 1954.

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. 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. Félix Montes*

Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1936. No se reincorporó. Murió el 26 de octubre de 1942.

*Dr. Humberto Njaim*

Electo en sesión ordinaria del 7 de octubre de 2003. Se incorporó el 29 de marzo de 2005.

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.

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.

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. Arcaya*

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.

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.

*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.

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.

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 Gorrondonga*

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.

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.



INDIVIDUOS DE NÚMERO POR ORDEN DE SUCESIÓN

*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. 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. 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 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 Lairet  
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

### 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

### E

Dr. Ramón Escovar Salom  
Dr. Alfonso Espinoza

### F

Dr. Celestino Farrera

### 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

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

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 Villafañe  
 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

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

## SECRETARIOS DE LA ACADEMIA DESDE SU FUNDACIÓN

Dr. Cristóbal L. Mendoza	Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez
Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza	Dr. Gustavo Planchart Manrique
Dr. Diego Bautista Urbaneja	Dr. Gonzalo Pérez Luciani
Dr. Juvenal Anzola	Dr. Boris Bunimov Parra
Dr. Francisco Vetancourt Aristeguieta	Dr. Luis Cova Arria
Don Rafael Martínez Mendoza	Prof. Alberto Baumeister Toledo
Prof. Augusto Mijares	Dr. Eugenio Hernández-Bretón
Dr. Carlos Montiel Molero	Prof. Gabriel Ruan
Dr. Víctor M. Álvarez	Dr. Humberto Romero-Muci
Dra. Hildegard Rondón de Sansó	Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia

# MIEMBROS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

## ALEMANIA

Dr. Erik Jayme

## ARGENTINA

Dr. José Domingo Ray

Dr. Diego Fernández Arroyo

## BRASIL

Dr. José Manuel Arruda Alvim

Dra. Claudia Lima Marques

## COLOMBIA

Prof. Jorge Vélez García

Prof. Guillermo Sarmiento Rodríguez

Dr. Mauricio Plazas Vega

## CHILE

Prof. Alejandro Guzmán Brito

## 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 Perezniето Castro

## PERÚ

Prof. Carlos Soto Coaguila

## REPUBLICA DOMINICANA

Dr. Manuel Morales Lama

## URUGUAY

Dr. Didier Operti Badán

# COMISIONES PERMANENTES DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

## **Derecho Civil y Mercantil**

René De Sola  
Alfredo Morles Hernández

Enrique Lagrange  
Luis Cova Arria

## **Derecho Público Eclesiástico, Derecho Español y Derecho Administrativo**

Hildegard Rondón de Sansó  
Josefina Calcaño de Temeltas

Allan R. Brewer-Carías

## **Derecho Romano, Principios de Legislación, Sociología y Legislación Comparada**

Carlos Leáñez Sievert

Pedro Nikken

## **Economía Política, Leyes de Hacienda y Leyes Especiales**

Humberto Romero-Muci

Alfredo Morles Hernández

## **Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público y Privado**

Carlos Leáñez Sievert  
Allan R. Brewer-Carías  
Eugenio Hernández Bretón

José Muci-Abraham  
Pedro Nikken

## **Derecho Penal, Procedimiento Civil, Enjuiciamiento Criminal, Medicina Legal y Antropología**

Arístides Rengel Romberg

Eugenio Hernández Bretón



# 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](http://www.acienpol.com)).