

Palabras del Dr. Fred Aarons P. con ocasión de la presentación del libro de su autoría intitulado *“CONTRIBUCIONES DEL DERECHO PARA EL CRECIMIENTO ECONÓMICO. (Experiencias del control cambiario en Venezuela)”*

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 conyunturas 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

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, entendiendo 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 .