

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

BOLETÍN

de la

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

**HOMENAJE AL DOCTOR
JOSÉ SANTIAGO NÚÑEZ ARISTIMUÑO
(1920-2020)**

**ENERO - JUNIO 2020 - N° 160
CARACAS / VENEZUELA**



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

**HOMENAJE AL DOCTOR
JOSÉ SANTIAGO NÚÑEZ ARISTIMUÑO
(1920-2020)**

ENERO-JUNIO 2020 / N° 160
CARACAS / VENEZUELA

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Junta Directiva Período 2020-2021

Presidente:	<i>Humberto Romero-Muci</i>
Primer Vicepresidente:	<i>Julio Rodríguez Berrizbeitia</i>
Segundo Vicepresidente:	<i>Luciano Lupini Bianchi</i>
Secretario:	<i>Rafael Badell Madrid</i>
Tesorera:	<i>Cecilia Sosa Gómez</i>
Bibliotecario:	<i>Carlos Ayala Corao</i>

Individuos de Número

Luis Ugalde, S.J.	Gerardo Fernández Villegas
José Guillermo Andueza	James-Otis Rodner
Vacante	Ramón Escovar León
José Muci-Abraham	Román J. Duque Corredor
Enrique Urdaneta Fontiveros	Gabriel Ruan Santos
Alberto Arteaga Sánchez	José Antonio Muci Borjas
Jesús María Casal	César A. Carballo Mena
Vacante	Juan C. Carmona Borjas
Allan Randolph Brewer-Carías	Salvador Yannuzzi Rodríguez
Eugenio Hernández-Bretón	Alfredo Morles Hernández
Carlos Acedo Sucre	Héctor Faúndez Ledesma
Luis Cova Arria	Carlos Leáñez Sievert
Ramón Guillermo Aveledo	Luis Guillermo Govea U., h
Hildegard Rondón de Sansó	Oscar Hernández Álvarez
Henrique Iribarren Monteverde	Fortunato González Cruz
Josefina Calcaño de Temeltas	Luis Napoleón Goizueta H.
Guillermo Gorrín Falcón	

Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Nº 160 / enero-junio 2020

Caracas, Venezuela

Periodicidad semestral

Hecho el depósito de Ley

Depósito Legal: pp193602DC482

ISSN: 0798-1457

1. Derecho-publicaciones periódicas

CONSEJO EDITORIAL

Rafael Badell Madrid

Ramón Escovar León

Eugenio Hernández-Bretón

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

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

© Copyright 2012

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Avenida Universidad, Bolsa a San Francisco,

Palacio de las Academias

Caracas 1121-A

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

Fax: (0212) 483 26 74

e-mail: academiadecienciaspoliticas@gmail.com

Página web: www.acienpol.org.ve

Diseño de portada: Evelyn Barboza V.

Diagramación: Oralia Hernández

Impreso en Venezuela

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

ÍNDICE

CENTENARIO DEL DOCTOR JOSÉ SANTIAGO NÚÑEZ ARISTIMUÑO (1920-2020)

PRONUNCIAMIENTOS

1. Pronunciamiento de las Academias Nacionales ante los graves atentados contra la soberanía e institucionalidad de la Asamblea Nacional. 08 de enero de 2020.....	15
2. Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el Informe de la Comisión de Encuesta OIT (República Bolivariana de Venezuela) de 17 de septiembre de 2019. 10 de enero de 2020.....	19
3. Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el estado de alarma decretado ante la pandemia del coronavirus (COVID-19). 18 de marzo de 2020	25
4. Pronunciamiento interacadémico nacional contra el inconstitucional control de la investigación científica sobre el COVID-19. 30 de abril de 2020.	37
5. Pronunciamiento interacadémico nacional ante la amenaza a la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales por emitir una opinión científica sobre la epidemia del COVID 19. 15 de mayo de 2020.....	43
6. Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales con relación a las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que designó a los integrantes del Consejo Nacional Electoral y los órganos electorales subalternos, y que intervino varios partidos políticos. 18 de junio de 2020	49
7. Pronunciamiento Interacadémico en vista de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia designando los rectores del Consejo Nacional Electoral y sus órganos subalternos, e interviniendo varios partidos políticos. 18 de junio de 2020.....	59

8. Comunicado de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre las agresiones por funcionarios militares contra la abogada Eva Sofia Leal. 24 de junio de 2020 63

EVENTOS

1. VISITA DEL PROF. DR. RAINER GROTE INVESTIGADOR DEL INSTITUTO MAX PLANCK DE DERECHO PÚBLICO COMPARADO Y DE DERECHO INTERNACIONAL UNIVERSIDAD DE HEIDELBERG-ALEMANIA, EN CELEBRACIÓN DEL CENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR. 21 de enero de 2020

- Aproximación a la Constitución de Weimar en la ocasión de su centenario, Prof. Rainer Grote. Investigador del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y de Derecho Constitucional Universidad de Heidelberg, Alemania 71

- El hundimiento de la Constitución y de la República de Weimar, Dr. Jesús María Casal. Individuo de Número de la Corporación 95

2. CONFERENCIA LOS GOBIERNOS DEL PUEBLO EN EL PENSAMIENTO POLÍTICO DE LA INDEPENDENCIA (1810-1830) A CARGO DEL PROFESOR LUIS DANIEL PERRONE 03 de marzo de 2020

- Apertura del acto a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales..... 143

- Conferencia a cargo del profesor Luis Daniel Perrone 147

FOROS

1. EL PETRO: ASPECTOS JURÍDICOS, ECONÓMICOS Y CONTABLES 11 de marzo de 2020

- Apertura del Foro a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales..... 171

- Naturaleza del Petro y sus implicaciones en la economía venezolana. Prof. Aarón Ibrahim Olmos Rísquez, profesor del IESA 177

La instrumentación de “el Petro” como pretendido criptoactivo y la idea de derecho. Desde el fenómeno del Bitcoin al síndrome del Petro. Prof. Roberto Hung Cavalieri, profesor de las Universidades UCAB y Monteávila	201
El Petroengaño contable. Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales	243
El Petro y la obligación tributaria. Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas, Individuo de Número de la Corporación	279
El Petro y la actividad comercial. Dr. Miguel Mónaco, profesor de la Universidad Católica Andrés Bello.....	311

2. VIDEOCONFERENCIA HOMENAJE AL PENSAMIENTO JURÍDICO Y POLÍTICO DE JUAN GERMÁN ROSCIO 30 de abril de 2020

Presentación del Foro virtual a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	325
El reglamento de Roscio y las elecciones de 1810: una convocatoria a la igualdad. Dra. Carole Leal, Directora e Individuo de Número de la Academia Nacional de la Historia	331
Un breve recuento biográfico de Juan Germán Roscio. Prof. Inés Quintero Montiel, Individuo de Número de la Academia Nacional de la Historia.....	351
Teología política de Roscio: dignidad humana, justa rebelión y soberanía. Luis Ugalde, S.J., Individuo de Número de la Corporación	361
Juan Germán Roscio, pensamiento y acción constitucional: entre el conciliarismo y la ilustración. Dr. Tulio Alberto Álvarez, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello.....	381

3. VIDEOCONFERENCIA “BEATIFICACIÓN DE JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ”. ASPECTOS ECLESIASTICOS, CANÓNICOS, OBRA CIENTÍFICA, ACADÉMICA Y PROFESIONAL 07 de mayo de 2020

Presentación del Foro virtual a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	431

Intervención de su Eminencia Baltazar Cardenal Porras.....	437
Proceso de beatificación del Siervo de Dios José Gregorio Hernández. Padre Gerardino Barrachini	445
Doctor José Gregorio Hernández (1864-1919). Ciudadano preclaro, Médico, Científico, Maestro y Siervo de Dios... Dr. Rafael Muci-Mendoza.....	457

4. VIDEOCONFERENCIA ASPECTOS JURÍDICOS DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 26 de mayo de 2020

Presentación del Foro virtual a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	477
El decreto del estado de alarma en Venezuela con ocasión de la pandemia del Coronavirus: inconstitucional, mal concebido, mal redactado, fraudulento y bien inefectivo. Dr. Allan Brewer-Carías, Individuo de Número de la Corporación.....	487
Retos de la pandemia del COVID-19 para el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos. Dr. Carlos Ayala Corao, Individuo de Número de la Corporación.....	533
Una mirada al Derecho Administrativo en Venezuela a la llegada del COVID-19. Dr. Rafael Badell Madrid, Individuo de Número de la Corporación.....	565
Breves notas sobre las garantías judiciales en el caso de estado de excepción de alarma por la Pandemia del COVID-19 y el Tribunal Supremo de Justicia. Dr. Román José Duque Corredor, Individuo de Número de la Corporación.....	625
COVID-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos. Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre, Individuo de Número de la Corporación.....	639
Reflexión sobre los efectos de la pandemia en las obligaciones tributarias. Prof. Gabriel Ruan Santos, Individuo de Número de la Corporación	663
COVID-19. Breves notas sobre su influjo en las relaciones de trabajo. Dr. César A. Carballo Mena, Individuo de Número de la Corporación	681
Neolengua jurídica y COVID-19. Dr. Ramón Escovar León, Individuo de Número de la Corporación.....	699

Algunos aspectos penales en tiempos del COVID-19. Dr. Alberto Arteaga Sánchez, Individuo de Número de la Corporación	723

5. VIDEOCONFERENCIA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN POR CAUSA DEL COVID-19 04 de junio de 2020

Presentación del Foro virtual a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	733
Consideraciones sobre la teoría de la imprevisión en los contratos administrativos en virtud del COVID-19. Dr. Rafael Badell Madrid, Individuo de Número de la Corporación.....	741
Consideraciones generales sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales en el derecho comparado. Dr. Enrique Urdaneta Fontiveros, Individuo de Número de la Corporación	769
La teoría de la imprevisión y su tratamiento en el Código Civil Peruano. Prof. José Antonio Pejovés Macedo, profesor de Derecho Marítimo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.....	803
La Admisión en la Ley de Comercio Marítimo de la cláusula “Rebus sic stantibus” (las cosas quedan como están). Dr. Luis Cova Arria, Individuo de Número de la Corporación.....	811

6. VIDEOCONFERENCIA ALCANCES DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL 18 de junio de 2020

Presentación del Foro virtual a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	829
El arbitraje y su relación y control por el poder judicial: la jurisdicción concurrente. Dr. Hernando Díaz-Candia	835
El Laudo en el Derecho Privado. Dr. Salvador Yannuzzi, Individuo de Número de la Corporación.....	849
La Impugnación del Laudo Arbitral. Dr. José Gregorio Torrealba	871
Consideraciones generales sobre el arbitraje. Naturaleza jurídica. Dra. Cecilia Sosa Gómez, Individuo de Número de la Corporación	927

PRESENTACIONES DE LIBROS

1. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES AUTOR DR. RAFAEL CHAVERO

04 de febrero de 2020

Palabras del autor Dr. Rafael Chavero 939

2. PRESENTACIÓN VIRTUAL DEL LIBRO RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO: LA OTRA MIRADA

16 de junio de 2020

Presentación a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 951

Indicios de la relación de trabajo y empresas digitales. Dr. César A. Carballo Mena, Individuo de Número de la Corporación 957

PREMIOS DE LA ACADEMIA

ENTREGA DE LOS PREMIOS

“DR. GUSTAVO PLANCHART MANRIQUE”,
“DR. TOMÁS POLANCO ALCÁNTARA”
Y “ABOG. ANDRÉS ELOY BLANCO”

DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES 2018-2019

18 de febrero de 2020

Palabras de apertura del Presidente Dr. Humberto Romero-Muci, leídas por el Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia, Primer Vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 993

Lectura del Veredicto del Premio Mención Profesionales “*Dr. Gustavo Planchart Manrique*” por el Dr. Ramón Guillermo Aveledo, Miembro del Jurado.. 999

Palabras de Carlos Fernando Calatrava Piñerúa ganador de la Mención de Honor al trabajo: “De La Crisis a la Traición. Post-Chavismo y Sistema Político Venezolano” 1005

Palabras del Prof. Pedro Luis Planchart Pocaterra 1009

Lectura del Veredicto del Premio Mención Tesis de Post-grado y Trabajos de Ascenso en el Escalafón Universitario “*Dr. Tomás Polanco Alcántara*” por el académico Gerardo Fernández Villegas, Miembro del Jurado 1015

Palabras de la Señora María Antonia Fernández de Polanco.....	1021
Palabras del Prof. Javier L. Ochoa Muñoz, ganador del Premio “ <i>Dr. Tomás Polanco Alcántara</i> ”, Mención Tesis de Post-grado y Trabajos de Ascenso en el Escalafón Universitario, por su trabajo “La Eficacia de las Sentencias Extranjeras y el Derecho de Acceso a la Justicia, una Mirada desde la Gobernanza Global”	1025
Lectura del Veredicto del Premio Mención Estudiantes “ <i>Abog. Andrés Eloy Blanco</i> ” por el académico Prof. Enrique Urdaneta Fontiveros, Miembro del Jurado	1029
Palabras de Mariangelina Socorro, ganadora del Premio “ <i>Abog. Andrés Eloy Blanco</i> ”, Mención Estudiantes por el trabajo “Análisis de los aspectos bioéticos y jurídicos del reconocimiento de la ciudadanía saudí a la inteligencia artificial Sophia”	1033

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

1. ¿Cuánto vale el Petro? Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas.....	1041
2. Arthur Kaufmann: El pensar filosófico después de la calamidad. Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia	1051
3. La fraudulenta y fallida “Magia” del Juez Constitucional en Venezuela. De cómo se “transforma” una acción de amparo, que fue declarada sin lugar, en una vía para emitir declaraciones políticas, sobre hechos políticos, ignorando la justicia y el debido proceso (Sobre la sentencia de la Sala Constitucional No. 65 del 26 de mayo de 2020). Dr. Allan R. Brewer-Carías	1229
4. Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional que ordenó a DIRECTV continuar de manera inmediata con la prestación del servicio de televisión por suscripción. Dr. Rafael Badell Madrid	1253
5. Comentarios a las sentencias de la Sala Constitucional relativas al nombramiento de las autoridades del Consejo Nacional Electoral. Dr. Rafael Badell Madrid.....	1267
6. Comentarios a las sentencias de la Sala Constitucional por medio de las cuales se intervinieron los partidos políticos Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular. Dr. Rafael Badell Madrid.....	1305

7. El proceso de canonización. La perspectiva jurídica en relación a la causa del Venerable Dr. José Gregorio Hernández. Prof. Gerardo Fernández Villegas.....	1325
8. Los Pandemicismos en el español y otros abusos en el lenguaje jurídico por causa del COVID-19. Don Santiago Muñoz Machado, Director de la Real Academia Española de la Lengua	1361
9. Relanzamiento de la actividad energética en Venezuela. Primera entrega. Modalidades de participación del sector privado en las actividades primarias. (Hidrocarburos líquidos). Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas	1387
10. Ensayo comparativo entre principios que rigen la interpretación de contratos en algunos anteproyectos de derecho comunitario europeo y el derecho venezolano. Prof. Guillermo Gorrín Falcón.....	1451
11. COVID-19 y fuerza mayor en los contratos. Dra. Sheraldine Pinto Oliveros	1465
12. Fundaciones. Breve reseña de su regulación en Venezuela y estudio comparado con otras legislaciones en América Latina. Dra. Samantha Sánchez Miralles.....	1485
13. La Corte Internacional de Justicia y el diferendo del Esequibo. Dr. Héctor Faúndez Ledesma	1513
14. Evolución del pensamiento político de Albert Camus. Prof. Ramón Escovar Alvarado	1543

ACUERDOS

1. Creación de la Orden Academia de Ciencias Políticas y Sociales “Juan Germán Roscio”	1553

ACUERDO DE JÚBILO

1. Por el premio otorgado de <i>Best Small Delegation</i> a la Delegación del Colegio San Ignacio de Loyola, Chacao, Estado Miranda, con ocasión de su muy destacada participación en la sexagésima sexta (66 ^a) Sesión del <i>Harvard Model United Nations</i> (HMUN), Cambridge, estado de Massachusetts, Estados Unidos de América	1563

2. Por el premio otorgado de Mejor Delegación Internacional a la Delegación de la Unidad Educativa Academia Mérici, con ocasión de su participación en la sexagésima sexta (66ª) Sesión del *Harvard Model United Nations* (HMUN), Cambridge, estado de Massachusetts, Estados Unidos de América 1567
3. Por el premio otorgado de Mejor Delegación Internacional a la Delegación de la Universidad Metropolitana (METROMUN) en la sexagésima sexta (66ª) Sesión del *Harvard Model United Nations* (HMUN), Cambridge, estado de Massachusetts, Estados Unidos de América..... 1571
4. Por cumplirse, el día 23 de mayo de 2020, los cien años del nacimiento del Dr. José Santiago Núñez Aristimuño, en la ciudad de Maturín, estado Monagas 1575
5. Por cumplirse, el 1º de abril de 2020, los cien años del nacimiento del Dr. Víctor Manuel Giménez Landínez, en el estado Yaracuy 1579
6. Acuerdo Interacadémico de júbilo con ocasión de que el Sumo Pontífice Francisco, en fecha 19 de junio de 2020, promulgó el Decreto de Beatificación del Dr. José Gregorio Hernández 1585
7. Por los cuarenta años de ininterrumpida labor editorial de la Revista de Derecho Público, publicada por la Editorial Jurídica Venezolana y con el auspicio de la Fundación de Derecho Público 1591

ACUERDOS DE DUELO

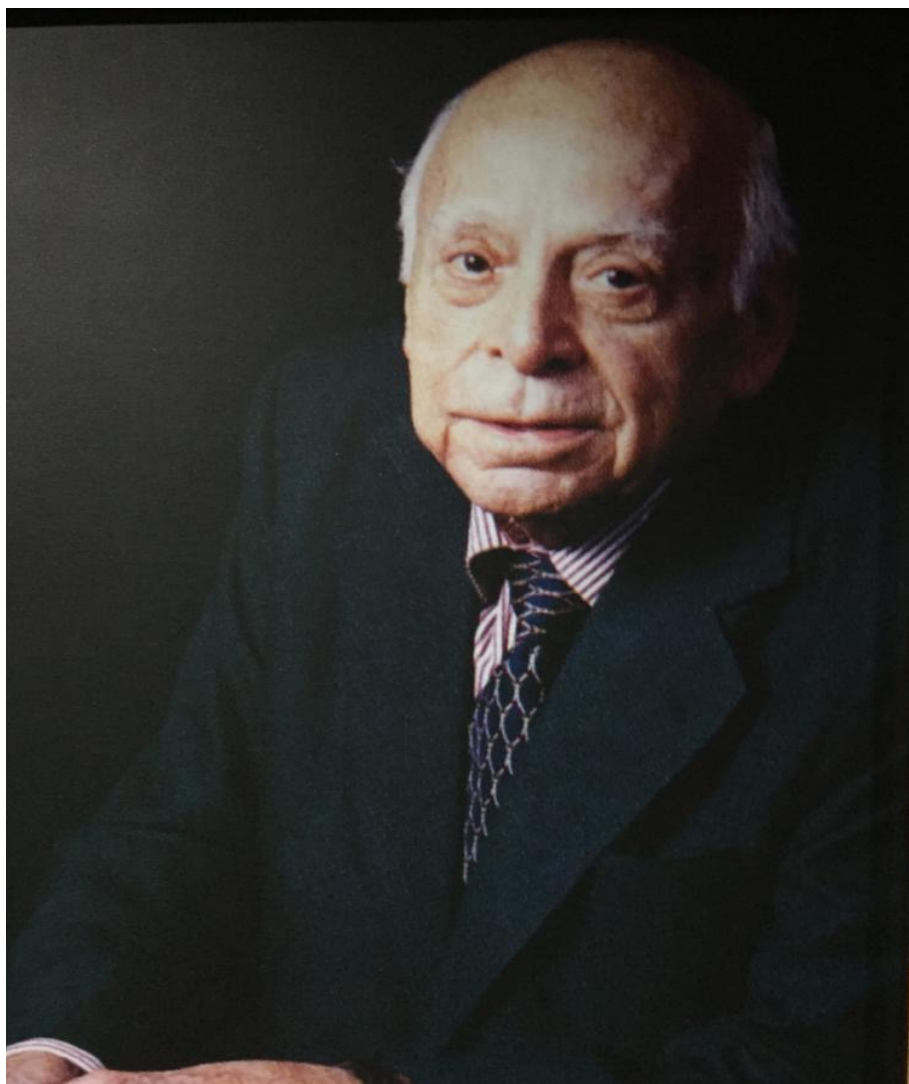
1. Por el sensible fallecimiento del Dr. Pedro Nikken, en la ciudad de Caracas, el día 09 de diciembre de 2019, Individuo de Número de esta Corporación, Sillón N° 9 1597
2. Por el sensible fallecimiento del ilustre jurista venezolano, Dr. Alí José Venturini Villaroel, en la ciudad de Caracas, el día 10 de diciembre de 2019 1603
3. Por el sensible fallecimiento del doctor Asdrúbal Baptista Troconis, Miembro Fundador, Individuo de Número y ex Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas 1607

IN MEMORIAM

1. Palabras pronunciadas por el académico Prof. Carlos Ayala Corao, en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 21 de febrero de 2020, con motivo del sensible fallecimiento del académico Dr. Pedro Nikken..... 1615
2. Palabras pronunciadas por la académica Dra. Hildegard Rondón de Sansó, en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 21 de enero de 2020, con motivo del acuerdo de duelo por el sensible fallecimiento del jurista Dr. Alí José Venturini Villaroel 1625

BOLETINES DIGITALES

Boletín Digital Acienpol – enero 2020	1631
Boletín Digital Acienpol – febrero 2020.....	1632
Boletín Digital Acienpol – marzo 2020	1633
Boletín Digital Acienpol – abril 2020	1634
Boletín Digital Acienpol – mayo 2020	1635
Boletín Digital Acienpol – junio 2020	1636
LEY SOBRE ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES.....	1637
REFORMA PARCIAL DEL REGLAMENTO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES (aprobado el 19 de mayo 2020)	1645
NÓMINAS	1673
NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS A SER PUBLICADOS EN EL BOLETÍN Y EN LA PÁGINA WEB DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES	1699



DOCTOR JOSÉ SANTIAGO NÚÑEZ ARISTIMUÑO
(1920-2020)

**CENTENARIO DEL DOCTOR
JOSÉ SANTIAGO NÚÑEZ ARISTIMUÑO
(1920-2020)**

El pasado 19 de mayo del año en curso la Academia de Ciencias Políticas y Sociales dictó por unanimidad un Acuerdo de Júbilo en conmemoración del centenario del natalicio del académico Dr. José Santiago Núñez Aristimuño, quien en vida ocupó el Sillón N° 11. Esta edición del Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales está dedicada a su memoria.

Para recordar su memoria y sus logros, a continuación reproducimos el texto del Panegírico escrito por el Dr. Eugenio Hernández-Bretón (“Discurso de Incorporación del Dr. Eugenio Hernández-Bretón a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 145, Enero-Diciembre 2007, Caracas, p. 57 y ss., esp. p. 59-65.), en homenaje al doctor José Santiago Núñez Aristimuño, “un venezolano integral, orgulloso de sus orígenes, notable hombre público, correcto magistrado, autor de importante obra jurídica y abogado de merecida fama”, según reza el Acuerdo de esta Academia.

He aquí su texto.

Con la protección de los Santos Desiderio y Florencio, el día de la celebración de la aparición de Santiago Apóstol, un 23 de mayo del año 1920, nació el Dr. José Santiago Núñez Aristimuño en la ciudad de Maturín, capital del estado Monagas. Fue, sin embargo, en Caicara de Maturín, entonces capital del Distrito Cedeño de ese mismo estado, en donde transcurrió su infancia. Allí llegó cuando cumplía dos años, el 23 de mayo de 1922 y permaneció hasta 1932, con una breve estadía en Quiriquire entre 1929 y 1930.¹ A Maturín y Caicara siempre les profesó “inmarchitable afecto”², al punto que según el propio

¹ José Santiago Núñez Aristimuño, *En el Desvanecer de los Recuerdos. Fragmentos del acaecer de un pueblo venezolano 1925-1932*, Caracas, Anauro Ediciones, 1992, pp. 9 y ss.

² Eloy Lares Martínez, *Contestación al Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del Dr. José Santiago Núñez Aristimuño*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1986, p. 41.

Núñez Aristimuño cuando se le interrogaba acerca del lugar de su nacimiento contestaba: “Maturín”, agregando, “en forma espontánea e inmediata...”, “pero mi crianza fue en Caicara”. Sus padres, Ángel Félix Núñez Tovar y Carmen Aristimuño de Núñez, nacieron y murieron en Maturín, habiendo celebrado matrimonio en dicha ciudad en 1910³.

Crece el niño Núñez Aristimuño en Caicara de Maturín, para ese entonces de unos dos mil habitantes. Hasta 1928, Caicara de Maturín era un pueblo cuya iluminación se hacía a base de faroles de kerosén en la vía pública y de kerosén y carburo en las viviendas. El farolero se encargaba de encender todas las noches las mechas de los 21 faroles en las 21 esquinas iluminadas del terruño monaguense⁴. No existía el agua corriente y para las necesidades ordinarias el agua era escasa sobre todo en verano, pues en invierno los aguaceros facilitaban las tareas de aseo diario. El agua había que transportarla en burro desde el Morichal, y era frecuente que la muchachada escolar resolviera el problema con el baño diario en el río, a la salida de la escuela después de las cuatro y media de la tarde, y justo antes de regresar a casa, a la cual se volvía a paso lento para que, como lo contaba el propio Núñez Aristimuño, “el calor y el sudor producido por el caminar rápido, no acabaran con el frescor corporal del baño en las límpidas aguas del inolvidable Guarapiche”⁵. Como muchos de los venezolanos de aquel tiempo, el Dr. Núñez Aristimuño, entonces un niño de once años, padeció el paludismo. Era tal la mortandad “que hubo un momento en el cual se le pidió al señor Cura Párroco (de Caicara) que no hiciese tocar más en doble de muerte las campanas, para evitar que el temor colectivo creciera peligrosamente en la población”⁶.

La difícil situación económica y el inicio de la explotación Petrolera en el Oriente del país constituyeron los factores que llevaron a la familia Núñez Aristimuño a reubicarse en Quiriquire en 1929, en donde un año antes, en 1928, brotaba por vez primera el *stercus demoni* en el pozo Moneb-1 ó Quiriquire 1. En ese pueblo con “olor a petróleo”, como en los pueblos del Oriente venezolano descritos por Miguel

³ José Santiago Núñez Aristimuño, op.cit., p. 19.

⁴ Id., p. 31.

⁵ Id., p. 32-34.

⁶ Id., p. 21-22.

Otero Silva en su novela *Oficina N° 17*, “el oscurantismo y la incuria presentaban mayores proporciones de las existentes en la casi totalidad del país, muestra de lo cual lo constituía el hecho de no funcionar (en Quiriquire) ninguna escuela, ni pública ni privada”. Por ello, el deseo del niño Núñez Aristimuño, y el propósito de sus padres, lo llevaron a regresar a Caicara en 1931, a fin de que completara el primer ciclo de la primaria y luego concluyera su primaria e iniciara el bachillerato en Maturín en 1933⁸.

En la Caicara de Maturín del niño Núñez Aristimuño, “zona de clima cálido, pero no ardiente”, al igual que en el Macondo de García Márquez, “no hay hielo en el pueblo y las neveras no se conocen”. No había forma de guardar y conservar alimentos, “ni en su estado natural ni ya preparados, solo la leche hervida en la mañana se mantiene sin corromperse hasta la noche⁹”. Por esto es que no puedo dejar de citar la frase del personaje enloquecido de *Cien Años de Soledad*, José Arcadio Buendía, el patriarca, cuando junto con sus hijos José Arcadio y Aureliano, con temor y júbilo, conoció y tocó el hielo por vez primera y entonces exclamara: “Este es el gran invento de nuestro tiempo¹⁰”. Durante ese tiempo se fue formando un niño que sería un hombre de “cristiana humildad¹¹”.

En esos años también se formó en el espíritu del niño Núñez Aristimuño un gran gusto y amor por las tradiciones y cosas típicas de nuestra patria. La música se hizo de todo su agrado, particularmente su aprecio por los vales venezolanos, apreciación inculcada por su padre, y de entre los cuales consideraba a la famosa pieza *Castro en Margarita* del compositor margariteño Don Vicente Cedeño, como “uno de los mejores vales venezolanos”¹². Igualmente, mantuvo siempre gratos recuerdos de las fiestas típicas de su tierra natal, especialmente la celebración

⁷ Miguel Otero Silva, *Oficina N° 1*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1961.

⁸ José Santiago Núñez Aristimuño, op. cit., p. 9. Ver también p. 21, p. 51-52.

⁹ Id., p. 45.

¹⁰ Gabriel García Márquez, *Cien Años de Soledad*, Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, Colombia, 2007, p. 28-29.

¹¹ José Santiago Núñez Aristimuño, *Discurso al tomar posesión del cargo de Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el día diez de abril de mil novecientos ochenta y cuatro*, Imprenta de la Corte Suprema de Justicia, Caracas, 1984, p. 7.

¹² José Santiago Núñez Aristimuño, *En el Desvanecer...*, p. 31.

del “Día de los Inocentes” o “Día de los Locos” como se le bautizo a ese día allá en Caicara¹³, con la tradicional danza del Mono, y la celebración del día de Santo Domingo de Guzmán, el 4 de agosto, Patrón del pueblo¹⁴. Así se fue haciendo un hombre profundamente orgulloso de su venezolanidad.

En 1936 es enviado a Caracas, lo cual en épocas invernales podía tomar hasta cinco días¹⁵, para así poder completar estudios de bachillerato en el Liceo Fermín Toro. A partir de 1939 cursa estudios de Derecho en la “Vieja Casona de San Francisco”, recibiendo en este mismo paraninfo donde hoy nos encontramos, lo que el propio Núñez Aristimuño llamó el “pomposo título de Doctor en Ciencias Políticas”, el 30 de julio de 1945¹⁶. En esos años fue profesor de Geografía e Historia de Venezuela, y de Geografía e Historia Universal en Caracas. Una vez graduado regresa a Maturín, en donde inicia el ejercicio de la profesión de abogado y se desempeña como profesor de las materias antes referidas en el recién creado Liceo Miguel José Sanz¹⁷.

El retorno al terruño también supone el inicio de una larga carrera de actividad política. Derrocado el gobierno del Presidente Rómulo Gallegos, regresa el Dr. Núñez Aristimuño al ejercicio privado de su profesión en la ciudad de Caracas¹⁸. Para ese tiempo había celebrado matrimonio con la Dra. Manuela Gómez de Núñez, de quien enviudaría muchos años más tarde. De esa unión nacieron sus cuatro muy queridos hijos: José Santiago Núñez Gómez, abogado y muy apreciado colega, Manuel José Núñez Gómez, María Cristina Núñez de Turco-Rivas y Carmen Cecilia Núñez de Cuevas. El doctor Núñez Aristimuño se ve obligado a fijar residencia en los Estados Unidos de América, hasta enero de 1958¹⁹. En 1961 es nombrado Procurador General de la República hasta marzo de 1966, cuando es nombrado Ministro de Justicia, cargo que ocupó hasta el final del período del Presidente Leoni. Como

¹³ Id., p. 25-26.

¹⁴ Id., p. 61 y ss.

¹⁵ José Santiago Núñez Aristimuño, *Discurso...*, p. 22.

¹⁶ José Santiago Núñez Aristimuño, *En el Desvanecer...*, p. 10.

¹⁷ Eloy Lares Martínez, op. cit., p. 42.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

Ministro de Justicia, decía el Doctor José Andrés Fuenmayor, el Doctor Núñez Aristimuño fue la “causa remota de la creación y nombramiento de la Comisión de Reforma” del Código de Procedimiento Civil, integrada por los Doctores Luis Maury Crespo, Leopoldo Márquez Áñez, Aristides Rengel Romberg y el propio Fuenmayor²⁰. El compromiso del octor Núñez Aristimuño con la Comisión de Reforma fue tal que el mismo “dedicaba parte de su tiempo para asistir a las reuniones e intervenía en ellas”²¹. Esos trabajos concluyeron muchos años después con la promulgación del Código de Procedimiento Civil hoy en día vigente. De su gestión como Procurador General, me comentaba su hijo José Santiago, tal vez la época de mayores satisfacciones como profesional del Derecho del octor Núñez Aristimuño, dijo su inmediato sucesor el Dr. Eloy Lares Martínez: *“Sus dictámenes revelan, amén de la claridad del criterio jurídico, el esfuerzo del espíritu amante del estudio. Hallé un despacho bien organizado, sujeto a vigorosa disciplina. Hasta en los más mínimos detalles, observé pruebas de la pulcritud administrativa de mi inmediato antecesor. Tuvo, además, una virtud no frecuente en los altos jerarcas: el tino en la escogencia de los colaboradores. Los que encontré en aquel despacho habían sido seleccionados en razón de su idoneidad y honradez, sin que se hubieran tomado absolutamente en cuenta para su nombramiento, consideraciones de amistad o simpatías políticas”*²².

Para 1979 regresa a la función pública como Magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, pasando en 1984 a ocupar la Presidencia de esa Corte, hasta su renuncia, por motivos de orden familiar, en diciembre de 1985²³. Allí pudo desarrollar toda su vocación por los temas procesales, muy especialmente puso al servicio público sus conocimientos sobre el recurso de casación, materia sobre la cual produjo un caudal de muy útiles publicaciones²⁴.

²⁰ José Andrés Fuenmayor, “Evolución del Estudio del Derecho Procesal en el País”, en *Opúsculos Jurídicos. Evolución y Perspectiva del Derecho Procesal en el País*, UCAB, Caracas, 2001, p. 21, 29.

²¹ Ibidem.

²² Id., p. 43.

²³ Eloy Lares Martínez, op. cit., p. 43.

²⁴ Id., p. 43-44.

En su discurso de toma de posesión del cargo de Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Dr. Núñez Aristimuño decía: *“He prestado el juramento de cumplir ese privilegiado mandato, conforme con la Constitución y las leyes; pero deseo agregar que lo desempeñaré con firmeza, con autenticidad, sin dobladuras y con republicana rigurosidad en la exigencia de cumplimiento de sus deberes y obligaciones a quienes integran el personal de la Corte, sin que ello signifique de mi parte, inusitada postura de pretendida infalibilidad, porque jamás me he creído dueño de la verdad lo que no he aceptado en quienes han servido al Estado bajo mi dirección, es la holgazanería y la desidia, y no podría tolerarlos ahora, sin ofender mi propia conciencia y sin traicionar a Venezuela que, ..., a todos nos reclama máximo rendimiento y total dedicación en el cumplimiento de las funciones asignadas²⁵”*. Era la palabra del hombre fiel a los principios cultivados desde que era un niño en Caicara de Maturín.

El Dr. Núñez Aristimuño fue electo Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 31 de mayo de 1985, para ocupar el Sillón N° 11, vacante por el fallecimiento del Dr. Francisco Manuel Mármol, quien fue profesor de la asignatura Derecho Internacional Público durante los estudios del Dr. Núñez Aristimuño. Años después, quiso el destino que el mismo Dr. Mármol fuese colaborador del Dr. Núñez Aristimuño. En tres ocasiones requirió el Dr. Núñez Aristimuño de los conocimientos del Dr. Mármol en el campo del Derecho Internacional, su especialidad. El propio Dr. Núñez Aristimuño nos dice al respecto: *“En todas ellas, sus dictámenes fueron de un denso contenido, diáfanos, de indiscutible lucimiento y procedencia en sus conclusiones, y con ocasión de todas ellas, se negó en forma absoluta y definitiva a recibir honorario alguno. Convencido estoy de que asumió esa conducta, en el seguro conocimiento de que, con ello, servía a la República, al mismo tiempo que, complacía y favorecía al amigo²⁶”*. El 29 de octubre de 1986 se incorporó a esta Academia el Dr. Núñez Aristimuño con el trabajo *La reposición. Su estructura y su funcionamiento*

²⁵ José Santiago Núñez Aristimuño, *Discurso...*, p. 7-8.

²⁶ José Santiago Núñez Aristimuño, *Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, 1986, p. 6-7.

en el proceso conforme a la doctrina de la Casación Civil. Un trabajo propio del campo por el cual profesó el mayor interés.

El Dr. Núñez Aristimuño dedicó sus últimos años al ejercicio privado del Derecho, especialmente desde 1997, como Socio Principal del Bufete Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez. Tuvo la inmensa fortuna de que en vida recibiera especiales homenajes. Uno de ellos fue la organización y realización desde 1989, en su ciudad natal, de las Jornadas de Derecho “Dr. José Santiago Núñez Aristimuño”, con el patrocinio de la Universidad Católica Andrés Bello, el Colegio de Abogados del estado Monagas y el Instituto de Estudios Jurídicos “Dr. Rafael Naranjo Ostty”. El 21 de febrero de 2005, próximo a celebrar sus 85 años de vida, falleció en Caracas el Dr. Núñez Aristimuño, junto a su tan querida familia, confortado con el afecto de su esposa Beatriz Herrera de Núñez, sus hijos y sus nietos.

He querido así cumplir con la exigencia legal y reglamentaria de elogiar la memoria de quien me precediera en el Sillón N° 11 de esta Ilustre Corporación, y dejar testimonio de genuino respeto y admiración por un hombre de luchas, de incuestionable identidad venezolanista, de logros y de ejecutorias, quien invitaba a los venezolanos “a que conozcan y sientan con pasión nuestra historia, para estar ciertos de que al lado de los días gloriosos y heroicos existe un siglo de penurias e iniquidades”, en el convencimiento de que “en toda esa compleja realidad, encontrarán aliento para la superación y para contribuir a que el país reencuentre la ruta del progreso y el desarrollo²⁷”.

²⁷ José Santiago Núñez Aristimuño, *Discurso pronunciado con motivo de las “Jornadas de Reflexión sobre los estudios del Derecho en la Venezuela de hoy, y de un modo especial en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, el 10 de diciembre de 1984*, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, Caracas, 1984, p. 24.

PRONUNCIAMIENTOS

**PRONUNCIAMIENTO
DE LAS ACADEMIAS NACIONALES
ANTE LOS GRAVES ATENTADOS
CONTRA LA SOBERANÍA
E INSTITUCIONALIDAD
DE LA ASAMBLEA NACIONAL
08 DE ENERO DE 2020**

Las Academias Nacionales en cumplimiento de los fines que les señalan las leyes de su creación y, sus miembros, en acatamiento de sus conciencias como miembros de las mismas, hacen público su rechazo a una nueva violación de la institucionalidad en el país. Repudiamos sin ambages los hechos acaecidos en el Palacio Federal Legislativo el día 05 de enero de 2020, con ocasión de la elección de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional para el periodo 2020-2021.

Es un hecho público que al presidente de la Asamblea Nacional y a muchos otros diputados les fue negado ilegalmente, por los organismos de seguridad del Estado, el acceso al Palacio Federal Legislativo. Ello no impidió que se instalara legítimamente la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, aunque no fuera en su espacio natural. En su lugar, se pretendió establecer una nueva Junta Directiva violando los procedimientos establecidos en la normativa legal. Además, se agredió con violencia a algunos diputados, incurriendo en flagrante desafuero.

Acciones como estas, claramente al margen de la legalidad, son indignas de un país democrático y deben ser rechazadas de manera inequívoca por la ciudadanía y por las instituciones que aún mantienen su integridad moral.

Las academias Nacionales reconocen la legitimidad constitucional de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, presidida por el diputado Juan Guaidó, y su condición de presidente encargado de la República y rechazan, por inconstitucional, cualquier tesis de que existen dos Juntas Directivas de la Asamblea Nacional.

Por preciarnos de ser un país que, hasta hace unos pocos lustros, mantuvo un sólido sistema democrático como forma de vida política y dio ejemplos de civilidad; por el respeto que debemos a los fundadores de nuestra nacionalidad; por el compromiso que debemos asumir frente

a las generaciones por venir, condenamos todo tipo de violaciones a la institucionalidad y a los derechos civiles y políticos.

Las Academias Nacionales reafirman el derecho de todos los venezolanos a vivir en democracia, bajo principios morales y éticos y no sometidos a la imposición de la fuerza bruta.

Caracas, 8 de enero de 2020

Dr. Horacio Biord Castillo
Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Dra. Carole Leal Curiel
Directora de la Academia Nacional de la Historia

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

Dr. Humberto-Romero Muci
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Dra. Mireya R. Goldwasser
Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas,
Matemáticas y Naturales

Dr. Humberto García Larralde
Presidente de las Academia Nacional de Ciencias Económicas

Dr. Eduardo Buroz Castillo
Presidente de la Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat

**PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
SOBRE EL INFORME DE
LA COMISIÓN DE ENCUESTA OIT
(REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA)
DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019
10 DE ENERO DE 2020**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha analizado y difundido el Informe que -el 17 de septiembre de 2019- emitió la Comisión de Encuesta designada por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con ocasión de la queja interpuesta por delegados empleadores ante la 104ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo -con base en el art. 26 de la Constitución de la OIT- sobre la aplicación de sus Convenios 26 (sobre métodos para la fijación de salarios mínimos), 87 (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación) y 144 (sobre la consulta tripartita), ratificados por Venezuela.

El Informe describe el severo déficit de diálogo social y las gravísimas violaciones a la libertad sindical que han caracterizado las relaciones laborales en Venezuela durante los últimos veinte años¹. También, advierte y fundamenta: “i) un persistente y grave hostigamiento de la acción de FEDECAMARAS y sus afiliados, así como de organizaciones de trabajadores no afines al Gobierno; una situación de impunidad en relación con actos de violencia, amenazas, persecución, estigmatización, intimidación, así como otras vulneraciones de las libertades civiles, sufridas por sus dirigentes y miembros; ii) prácticas de favoritismo o promoción de organizaciones paralelas y de discriminación, suplantación e injerencia en las actividades de las organizaciones de empleadores y trabajadores no afines, e injerencia en las relaciones entre empleadores y trabajadores; todo ello vulnerando las garantías previstas en el Convenio núm. 87; y iii) la inobservancia de las obligaciones de consulta tripartita sobre la fijación del salario mínimo (Convenio núm.26),y sobre cuestiones relativas a la promoción de la aplicación de las normas internacionales del trabajo (Convenio núm. 144), así como

¹ Pág. 232.

la ausencia de diálogo social en los términos preconizados por las normas de la OIT”².

La Academia exhorta al Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, a cumplir con sus obligaciones internacionales bajo los tratados y convenios vigentes y, en consecuencia, a adoptar -más allá de su respuesta inicial al Informe³- las medidas idóneas para el cumplimiento de las recomendaciones emanadas de la Comisión de Encuesta OIT: i) promover “un clima desprovisto de violencia, amenazas, persecución, estigmatización, intimidación u otra forma de agresión, en el que los interlocutores sociales puedan ejercer sus actividades legítimas, incluida la participación en un diálogo social con todas las garantías”; ii) respetar “la autonomía de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, en particular con relación al Gobierno o a partidos políticos”, y suprimir “toda injerencia y favoritismo de las autoridades estatales”; iii) cumplir “las obligaciones de consulta previstas en los Convenios núms. 26 y 144, [sin excluir...] a FEDECAMARAS [ni a las...] organizaciones sindicales no afines al Gobierno”; y iv) crear y convocar “a la mayor brevedad [...múltiples] mesas de diálogo para acompañar la aplicación de las [anteriores] recomendaciones”⁴.

Considera la Academia que la sincera y oportuna ejecución de estas recomendaciones por parte del Gobierno, podría contribuir -como se afirma en el Informe de la Comisión de Encuesta OIT- *a la democracia, la reconciliación nacional y la justicia social para una paz y prosperidad duradera*⁵.

De otra parte, se exhorta también -y ofrece apoyo institucional- a las organizaciones de empleadores y de trabajadores de los sectores público y privado, sin distinción alguna, a impulsar mecanismos autónomos y bipartitos de diálogo y concertación que faciliten el restablecimiento de un sistema democrático de relaciones laborales.

² Pág. viii.

³ Comunicación de 27 de noviembre de 2019, suscrita por el Ministro del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo y dirigida al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, afirmando -entre otros aspectos- que el Informe de la Comisión de Encuesta OIT incurrió en el vicio de *ultra o extra petita*.

⁴ Págs. viii-x y 229-231.

⁵ Pág. 232.

Difúndase el presente pronunciamiento y remítase a las instancias nacionales e internacionales correspondientes.

En Caracas, a los 10 días de enero de 2020.

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

**PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES
SOBRE EL ESTADO DE ALARMA DECRETADO
ANTE LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS
(COVID-19)
18 DE MARZO DE 2020**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en cumplimiento de sus deberes legales, en defensa de los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia, ha decidido realizar un primer pronunciamiento sobre las medidas adoptadas, para mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el Coronavirus (COVID-19).

Es un hecho público y notorio, que la humanidad está sufriendo los efectos de una enfermedad infecciosa global producida por el Coronavirus (COVID-19), con graves consecuencias para la salud de las personas contagiadas, que en algunos casos de personas adultas mayores o con ciertas condiciones preexistentes, puede incluso causar la muerte. Es también conocido, que este virus es de fácil y rápida transmisión, lo cual llevó a que en fecha 12 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud¹ (OMS) declarase como una situación grave de “pandemia”, realizando conjuntamente con la Organización Panamericana de la Salud (OPS) una serie de recomendaciones a los Estados y a las personas sobre las medidas para proteger la salud y prevenir su propagación².

El respeto, la garantía y protección de los derechos humanos a la salud y a la vida es una responsabilidad constitucional e internacional de los Estados, los cuales tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para la prevención y el tratamiento de las personas afectadas. Esas medidas deben ser: necesarias, idóneas y proporcionales a la situación planteada. Ello implica, que estas medidas deben ser, además, las adecuadas médica y técnicamente; y no, cualquier medida que no sea conducente (eficaz) para lograr el fin de prevenir la propagación del

¹ Ver, Documentos Técnicos, disponibles en: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>

² Ver, Documentos Técnicos, disponibles en: <https://www.paho.org/es/documentos-tecnicos-ops-enfermedad-por-coronavirus-covid-19>

virus y el tratamiento de las personas afectadas. Finalmente, esas medidas a adoptar por los Estados deben ser objeto de actos jurídicos formales, debidamente motivados, publicados oficialmente y divulgados adecuadamente. Ello es fundamental, a fin hacerlas del conocimiento previo de la población darles fundamento y certeza a las actuaciones del Estado y poder controlar su conformidad técnica y jurídica.

En Venezuela, la Presidencia de la República de Nicolás Maduro Moros decidió decretar el *estado de alarma* en todo el territorio nacional, mediante Decreto N° 4.160 publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.519 de fecha 13 de marzo de 2020, a fin de que el “Ejecutivo Nacional” adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias de protección y preservación de la salud de la población venezolana, para mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen (art. 1). El referido decreto establece una serie de medidas y el anuncio y la delegación de otras medidas, la cuales consisten fundamentalmente, en primer lugar, en un *régimen de suspensión de actividades*: (i) escolares y académicas (art. 11); (ii) espectáculos públicos, exhibiciones, conciertos, conferencias, exposiciones, espectáculos deportivos y, en general, cualquier tipo de evento de aforo público o que suponga la aglomeración de personas (art. 12). En segundo lugar, se establecen (iii) limitaciones a los establecimientos dedicados al expendio de comidas y bebidas (arts. 12 y 13); y finalmente, se ordena (iv) el cierre de los parques de cualquier tipo, playas y balnearios, públicos o privados (art. 14).

Así mismo, el decreto habilitó al Ejecutivo Nacional para: (i) suspender los vuelos hacia territorio venezolano o desde dicho territorio por el tiempo que estime conveniente (art. 15); (ii) ordenar la suspensión de actividades en determinadas zonas o áreas geográficas (art. 8), con excepción de las indicadas en el artículo 9 *eiusdem*; y, para (iii) ordenar restricciones a la circulación en determinadas áreas o zonas geográficas, así como la entrada o salida de éstas (art. 7).

El decreto establece también un *régimen de las personas*, que consiste en una medida de cuarentena o aislamiento temporal, para aquellas: (i) sospechosas de haber contraído el Coronavirus que causa el COVID-19; (ii) se haya confirmado que lo han contraído; y hayan

estado expuestos a pacientes sospechosos o confirmados de haberlo contraído (arts. 23 al 29).

Con relación a los *establecimientos de atención médica, hospitales, clínicas y ambulatorios públicos o privados*, el decreto establece que “adecuarán sus protocolos a los lineamientos del Ministerio del Poder Popular para la Salud”. Ello incluye, (i) la posibilidad de ser designados o requeridos como hospitales de campaña o centinela en materia de coronavirus COVID-19, “*no estando sujetos a horario, turno o limitación de naturaleza similar*” (art. 17). Además de ello, (ii) las autoridades competentes en materia de salud deberán evaluar las condiciones de seguridad de las edificaciones hospitalarias, a los fines de “*ordenar las obras de reacondicionamiento que se requieran a corto plazo, así como la construcción de obras de carácter temporal o permanente necesarias para que, coordinadamente con el Sistema de Protección Civil y Administración de Desastres, respondan a la emergencia sanitaria*” (art. 21).

Por otro lado, con relación a la *inspección de establecimientos, personas o vehículos*, el artículo 28 del decreto dispone que, “[l]os órganos de seguridad pública queda autorizados a realizar en establecimientos, personas o vehículos las inspecciones que estimen necesarias cuando exista fundada sospecha de la violación de las disposiciones de este Decreto”, estando autorizados dichos órganos de seguridad, para “*tomar las medidas inmediatas que garanticen la mitigación o desaparición de cualquier riesgo de propagación o contagio del coronavirus COVID-19*”; para lo cual, simplemente el Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz “deberá establecer los parámetros de actuación adecuada”.

Finalmente, el decreto dispone la creación de una *Comisión Presidencial para la Prevención y Control del Coronavirus (COVID-19)*, integrada exclusivamente por funcionarios públicos, la cual tendrá por objeto coordinar y asesorar todo lo relativo a la implementación de las medidas que sean necesarias adoptar para frenar y controlar la propagación de la pandemia del Coronavirus (arts. 30 al 36).

Este pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en consistencia con otros anteriormente realizados por ella y por las otras Academias Nacionales, no implica el reconocimiento de la

legitimidad del gobierno presidido por Nicolás Maduro Moros, quien ha dictado tales medidas en virtud de detentar el control del Estado venezolano y de la fuerza pública.

La Academia se ve en la obligación de realizar las siguientes observaciones preliminares y recomendaciones sobre las medidas adoptadas, con especial referencia al decreto de estado de alarma:

En primer lugar, la Academia observa que el gobierno comenzó a adoptar una serie de medidas materiales relativas a la restricción del libre tránsito y suspensión de actividades laborales, desde el mismo viernes 13 de marzo pasado, aún antes de que se conociera la publicación oficial del decreto de estado de alarma. En efecto, la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.519 de fecha 13-03-20 en la cual aparece publicado el decreto de esa misma fecha, apenas se conoció de su circulación pública durante el día 17 de marzo de 2020. Como quedó dicho *supra*, la publicación oficial previa de los actos jurídicos es necesaria para llevar a cabo los actos materiales de ejecución; además, para poder darle la certeza y conocimiento público previo a los referidos actos. Si bien puede ocurrir que, en casos extremos, el mismo día en que se dicte el decreto de un estado de excepción sea necesario comenzar su ejecución, su publicación debe ocurrir a la mayor brevedad posible, por ejemplo, al día siguiente de ser dictado (excepto por fuerza mayor, que no fue el caso)³. Por lo cual, estos actos materiales ejecutados sin la publicación oficial previa de los actos jurídicos constituyen por tal motivo vías de hecho y violan el ordenamiento jurídico.

La Academia observa, además, que se han impuesto medidas de (i) suspensión de vuelos hacia territorio venezolano o desde dicho territorio y (ii) restricciones a la circulación en determinadas áreas o zonas geográficas, y la entrada o salida de éstas, sin que el Ejecutivo Nacional haya dictado los decretos previos publicados en la Gaceta Oficial, en los cuales se indiquen, además, las medidas alternativas que permitan la circulación vehicular o peatonal para la adquisición de bienes esenciales. Ello ha generado igualmente una situación de vías de hecho y demás arbitrariedades, que, en nada contribuye a enfrentar la crisis actual.

³ Vgr., artículo 22 de la *Ley Orgánica de Estados de Excepción* (Gaceta Oficial N° 37.261 del 15 de agosto de 2001).

La Academia observa que el decreto delega en la Vicepresidenta Ejecutiva de la República (en consulta con los Ministros del Poder Popular con competencia en la materia), la facultad para ordenar la suspensión de otras actividades. Esta norma no sólo resulta contradictoria con la contenida en el artículo 8 del mismo decreto, sino que además es inconstitucional. En efecto, el artículo 8 *eiusdem* establece, que es el Presidente de la República -y no la Vicepresidenta- quien podrá ordenar la suspensión de actividades en determinadas zonas o áreas geográficas. Pero, además, el artículo 337 constitucional establece que es el Presidente de la República en Consejo de Ministros, quien podrá decretar los estados de excepción, el cual deberá contener las regulaciones correspondientes al ejercicio del derecho cuya garantía se restringe (art. 339). Esta lectura constitucional conforme a la cual, es al Presidente de la República en Consejo de Ministros, a quien le corresponde dictar las “medidas” que regulan o desarrollan los estados de excepción, es confirmada por lo dispuesto en la *Ley Orgánica de Estados de Excepción (LOEE)*, conforme a la cual el “*presidente de la República, en Consejo de Ministros, tendrá las siguientes facultades: a) Dictar todas las medidas que estime convenientes en aquellas circunstancias que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. b) Dictar medidas de orden social, económico, político o ecológico cuando resulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hechos*” (art. 15) (cursivas añadidas). Por ello, decretado el estado de excepción y sus medidas regulatorias, conforme a la *LOEE*, lo único que puede delegar el Presidente de la República es su “ejecución” en otras autoridades que el Ejecutivo Nacional designe (art. 16), pero no la adopción misma de las medidas. En todo caso, las delegaciones de competencias, en los supuestos permitidos por el ordenamiento jurídico, deben seguir los requisitos, directrices y parámetros necesarios, lo cual no es el caso.

La Academia observa que lo mismo indicado *supra* 2, debe decirse con relación a la *suspensión de vuelos internacionales*. El artículo 15 del decreto establece que el “Ejecutivo Nacional” podrá suspender los vuelos hacia territorio venezolano o desde dicho territorio por el tiempo

que estime conveniente, cuando exista riesgo de ingreso de pasajeros o mercancías portadoras del coronavirus COVID-19, o dicho tránsito represente riesgos para la contención del virus. No obstante, a renglón seguido, dicho artículo dispone que no será el Ejecutivo Nacional (Presidente en Consejo de Ministros) sino el “*Ministro del Poder Popular con competencia en materia de transporte aéreo, mediante Resolución*”, quien dictará las medidas de suspensión de vuelos indicada en dicho artículo.

Con relación a la *inspección de establecimientos, personas o vehículos* establecida en el artículo 28 del decreto, la Academia observa, que esta norma es excesivamente abierta y discrecional, invitando a la arbitrariedad en su ejecución. Se deja en manos de los órganos de seguridad pública, las inspecciones de personas, establecimientos o vehículos, sin ningún parámetro objetivo de justificación, más allá de que ellos mismos consideren que existe una fundada sospecha de la violación de cualquiera de las disposiciones del decreto. Pero, además, esta norma permitiría a esas autoridades de policía, ejecutar cualquier medida inmediata para garantizar la mitigación o desaparición de cualquier riesgo de propagación o contagio del Coronavirus. Se trata de una norma absurda, ilegal e inconstitucional de un empoderamiento abierto arbitrario por excesivo, que además arriesga a las propias personas de las policías a contagios derivados de estas actividades que ejecuten, sin contar necesariamente con los protocolos de protección personal adecuados.

Con relación a las medidas dispuestas por el decreto respecto a los *establecimientos de atención médica, hospitales, clínicas y ambulatorios públicos o privados*, la Academia observa que estas cargas extraordinarias impuestas a las hospitales, clínicas y ambulatorios privados para adecuar sus protocolos, trabajar como hospitales de campaña o centinela sin horarios, turno ni limitación alguna y las obras de reacondicionamiento para responder a la emergencia sanitaria, deben correr por cuenta del Estado, como responsable y garante de la salud pública.

La Disposición Final Primera del decreto establece que el Presidente de la República podrá dictar otras medidas que estime “convenientes”. La Academia observa, que las medidas extraordinarias que se pueden dictar en un estado de excepción son únicamente las estrictamente “necesarias e idóneas” frente a las circunstancias de orden

social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto “resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos” (art. 337, *Constitución*). Esta disposición es incluso reconocida en el artículo 1 del decreto, el cual dispone la declaración del estado de alarma a fin de que, el Ejecutivo Nacional adopte las medidas “urgentes, efectivas y necesarias”. Por lo cual, una medida que sea simplemente “conveniente”, pero que no sea “necesaria” y mucho menos idónea, no alcanza el umbral constitucional exigido para que pueda ser dictada mediante decreto ejecutivo en un estado de excepción.

La Disposición Final Sexta del decreto dispone, que la suspensión o interrupción de un procedimiento administrativo como consecuencia de las medidas de suspensión de actividades o las restricciones a la circulación que fueren dictadas, no podrá ser considerada causa imputable al interesado, pero tampoco podrá ser invocada como mora o retardo en el cumplimiento de las obligaciones de la administración pública. La Academia observa, que esta disposición debería ser objeto de mayor precisión, para determinar cuáles procedimientos administrativos y cuales plazos de prescripción y caducidad quedan suspendidos o interrumpidos; y cuales no pueden serlo, por ejemplo, por razones de urgencia en interés de los derechos de los administrados.

La Academia observa, en el sentido indicado *supra* 7., que el decreto de estado de alarma ha debido tomar en cuenta otras situaciones de inseguridad jurídica que están presentando las personas frente a la administración pública, como consecuencia de la gravedad de la situación planteada por la pandemia del Coronavirus y a las medidas extraordinarias restrictivas de actividades y de libre circulación de personas y vehículos dispuestas en el decreto. Ello ha conllevado a que las actividades de muchas empresas del país se encuentren suspendidas, lo cual ocasiona una serie de consecuencias en varias materias, como la laboral y la tributaria, que deben ser atendidas de inmediato por el Estado, adoptando las medidas necesarias a tales fines:

En materia laboral, es necesario que el Estado, en aras de la seguridad jurídica, dicte reglas sobre la extensión y consecuencias patrimoniales de la suspensión de actividades productivas, y transfiera las

prestaciones –por ejemplo, con cargo a la seguridad social- que aseguren a los trabajadores la satisfacción de sus necesidades alimentarias sin colocar a las empresas en riesgo de grave deterioro o extinción.

En materia tributaria, en virtud de la suspensión de las actividades de la mayoría de los contribuyentes, el personal responsable del cumplimiento de las obligaciones tributarias se encuentra en sus casas acatando las medidas de aislamiento, y los flujos de efectivo necesarios para el pago de los tributos, y retenciones, se encuentran mermados por la parálisis derivada a las medidas de cuarentena. En virtud de ello, las distintas Administraciones Tributarias deben reconocer la complejidad de la situación actual, la cual configura un caso de fuerza mayor, que hace presumir una imposibilidad de cumplimiento tempestivo por los contribuyentes como de los responsables, tanto de obligaciones tributarias materiales como formales, incluidos accesorios; y de tomar alternativamente medidas dirigidas a mitigar sus efectos en el ámbito fiscal, como son por parte del Seniat y de las administraciones tributarias estatales y municipales: otorgar prórrogas para las declaraciones y pago de impuestos contribuyentes y responsables; fraccionamiento de pagos, así como, modificar los calendarios para la declaración y pago de los tributos.

DOCTOR JOSÉ SANTIAGO NÚÑEZ ARISTIMUÑO **1920-2020**

Por último, la Academia desea realizar las siguientes consideraciones finales:

La pandemia del Coronavirus (COVID-19) afecta a Venezuela en el peor momento de su historia contemporánea. Venezuela sufre una Emergencia Humanitaria Compleja que ha tenido consecuencias dramáticas para un porcentaje mayoritario de la población: desnutrición, falta de atención médica por crisis en los servicios de salud pública, escasez de medicinas, alimentos básicos, suspensiones e interrupciones prolongadas de los servicios públicos básicos de agua y electricidad, pobreza y exclusión. Es evidente la responsabilidad del Estado y en concreto del gobierno de Nicolás Maduro Moros, en las causas de esta emergencia humanitaria compleja y en la falta de respuestas adecuadas

para su superación. Pero también es evidente su deber, a pesar de su ilegitimidad democrática, de adoptar las medidas urgentes, efectivas y necesarias para la protección y preservación de la salud de la población venezolana, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de las personas afectadas.

No obstante, la actual incompetencia estructural e institucional que afecta al Estado venezolano y la emergencia humanitaria compleja que vive el país, hacen predecible que esta pandemia pueda terminar teniendo consecuencias extremadamente desastrosas para la población del país. Por lo cual, la Academia considera que, la única manera de verdaderamente atender eficazmente una situación de suprema gravedad como la planteada, es con la unidad nacional sin exclusiones y con el apoyo decidido de la cooperación efectiva de la comunidad internacional, para lo cual es necesario el retorno a la legitimidad democrática, a la *Constitución* y al Estado de Derecho.

La Academia ha tomado conocimiento de las restricciones al acceso a la información, incluyendo el bloqueo de sitios de internet y la detención de médicos y periodistas por dar informaciones relativas a la crisis de la pandemia del Coronavirus en el país o sobre situación crítica de hospitales públicos. Es muy importante advertir, que de conformidad con la *Constitución* y la *LOEE*, la libertad personal y la libertad de expresión (libertad de información y libertad de pensamiento, conciencia y religión) están dentro del catálogo de los derechos humanos intangibles que no pueden ser restringidos durante los estados de excepción⁴. En este sentido, la Academia se une a la exhortación formulada recientemente a los Estados por órganos de derechos humanos de la ONU, OEA y de la Unión Europea, para promover y proteger el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia COVID-19⁵.

La Academia exhorta al Ejecutivo Nacional a solicitar y a escuchar las opiniones de los médicos especialistas venezolanos, con excelente formación en universidades reconocidas, los cuales han sido excluidos en el manejo y creación de los protocolos de atención y tratamiento de

⁴ Art. 337, Constitución y art. 7, LOEE.

⁵ Disponible en: <https://mailchi.mp/dist/covid-19-los-gobiernos-deben-promover-y-proteger-el-acceso-y-la-libre-circulacin-de-la-informacin-durante-la-pandemia-expertos-internacionales?e=2e1ae4a6a7>

los pacientes afectados con el COVID-19. Así mismo, llama a que se doten de los equipos de protección para el personal de salud, a fin de resguardar la integridad de las personas responsables de atender a la población en esta contingencia nacional.

En Caracas, a los 18 días del mes de marzo de 2020.

Humberto Romero-Muci
Presidente.

Julio Rodríguez Berrizbeitia
1er.Vice-presidente

Luciano Lupini Bianchi
2do.Vice-Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

Cecilia Sosa Gómez
Tesorera

Carlos Ayala Corao
Bibliotecario

**PRONUNCIAMIENTO
INTERACADÉMICO NACIONAL
CONTRA EL INCONSTITUCIONAL CONTROL
DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA
SOBRE EL COVID-19
30 DE ABRIL DE 2020**

En Resolución conjunta de los ministerios de Salud y Ciencia y Tecnología, del 16 de abril pasado (*Gaceta Oficial* No. 41.863, del 21 de abril de 2020), con el pretexto de abordar la pandemia del COVID-19, se restringen innecesaria y desproporcionadamente derechos esenciales asociados a la libertad de investigación científica, violando la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos válidamente celebrados y ratificados por la República.

Entre otras cosas, en la citada resolución, se expresa que *“Es competencia de los Ministerios del Poder Popular para la Salud y de Ciencia y Tecnología definir y velar por el fiel cumplimiento y aplicación de los requisitos que deben cumplir las instituciones, centros de investigación e investigadores independientes para realización de investigación relacionada a COVID-19.”* Los ministerios de Salud y Ciencia y Tecnología se atribuyen competencia para determinar líneas de investigación, y disponen que los resultados de estas *“...deben estar disponibles en los organismos a quien compete para su análisis y aplicación.”* Se establece que cualquier investigación relacionada con el COVID-19 debe cumplir con los requisitos que allí se indica, incluyendo el *“registro en la Página web del Ministerio del Poder Popular para la Ciencia y Tecnología, interconectado con el Ministerio del Poder Popular Para la Salud debiendo aportar toda la información solicitada”*.

Cualquier esfuerzo que se haga en la dirección correcta para combatir esta pandemia y para proteger la salud de los venezolanos es loable, y merece ser apoyado por todos. Sin embargo, es inaceptable que, con el pretexto del estado de alarma decretado por el Ejecutivo Nacional por el coronavirus causante del COVID-19, una dependencia del Estado, en violación de la Constitución, se atribuya competencias que no tiene, y pretenda coartar la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, según lo previsto en los artículos

58 y 59 de la Constitución; así como en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados éstos que tienen rango constitucional, y a los que se somete expresamente la Constitución (art. 339) en los Estados de Excepción.

De acuerdo con los estándares internacionales y constitucionales, como son los contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación, los Estados podrán adoptar medidas para restringir los derechos humanos **“en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación”**. De acuerdo con esos estándares internacionales, además de **‘necesarias’** para hacer frente a la emergencia de que se trate, estas medidas deben ser *proporcionadas* al fin legítimo que se persigue, sin que puedan desnaturalizar el propósito del Estado de Excepción (en grado de alarma, en este caso), utilizándolo para interferir indebidamente en el ejercicio de los derechos de cada persona, tanto de los investigadores científicos como de la sociedad en general.

En Venezuela, las universidades y los centros de investigación llevan adelante la investigación científica en el país. Es a fin de preservar la realización de sus tareas que el artículo 109 de la Constitución consagra la autonomía universitaria. En esta queda incluida la autonomía de investigación, también consagrada en otras leyes como la Ley del Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas. Es de lamentar que, después de dos décadas de privación de recursos financieros, materiales y humanos para cumplir apropiadamente su misión, ahora se pretenda despojar a estas instituciones de su independencia para determinar qué investigar, de acuerdo con qué parámetros, cómo seleccionar a sus investigadores y qué hacer con el producto de sus investigaciones.

El Artículo 3 de esta Resolución contiene aspectos preocupantes en cada uno de sus puntos. Incluso en las circunstancias generadas por el coronavirus, además de contraproducente, resulta arbitrario por desproporcionado pretender que cualquier proyecto de investigación científica sobre el COVID-19 deba contar previamente con un **“registro”** gubernamental, al cual se debe **“aportar toda la información solicitada”**, información ésta que no se conoce con certeza, ya que ni siquiera se indica expresamente en la resolución ministerial. Se menciona la

necesidad de aprobación de cualquier investigación por el Comité de Ética para la Investigación de cada institución, cuando en realidad los comités de ética que operan en las instituciones son Comités de Bioética Humana o Animal, que aplican a proyectos con experimentación en humanos o animales respectiva y exclusivamente.

Queremos invocar nuevamente el derecho de hacer investigación científica en libertad en todas las áreas del conocimiento y en el marco de normativas razonablemente establecidas y no impuestas arbitrariamente.

Por todo lo anterior, las Academias Nacionales deploran y rechazan contundentemente este nuevo ataque al Estado de Derecho y a los derechos humanos y libertades públicas de todos los venezolanos y exigen que la resolución ministerial conjunta sea dejada sin efecto, de inmediato.

Caracas, 30 de abril de 2020

Dr. Horacio Biord Castillo
Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Dra. Carole Leal Curiel
Directora de la Academia Nacional de la Historia

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

Dr. Humberto Romero-Muci
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Dra. Mireya R. Goldwasser
Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas,
Matemáticas y Naturales

Dr. Luis Mata Molleja
Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas

Dr. Eduardo Buroz
Presidente de la Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat

**PRONUNCIAMIENTO
INTERACADÉMICO NACIONAL
ANTE LA AMENAZA A LA ACADEMIA
DE CIENCIAS FÍSICAS, MATEMÁTICAS
Y NATURALES POR EMITIR UNA OPINIÓN
CIENTÍFICA SOBRE
LA EPIDEMIA DEL COVID-19
15 DE MAYO DE 2020**

Según informaciones públicas, el presidente de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente (ANC), Diosdado Cabello, habría amenazado el pasado 13 de mayo, en un medio de comunicación gubernamental, a la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales (ACFIMAN) por su informe sobre el COVID-19. Dicho funcionario habría expresado lo siguiente: **“Esto es una invitación para que los organismos de seguridad visiten esta gente... es una invitación a un tun-tun”**. Las Academias nacionales consideran que tal amenaza configura una intimidación inaceptable contra los derechos humanos de los miembros de dicha Academia, su integridad y libertad personal, su libertad de expresión e investigación científica, derechos todos ellos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El 8 de mayo de 2020 la **ACFIMAN**, en ejercicio de su competencia legal como ente asesor del Estado y de los derechos ciudadanos de sus integrantes, elaboró e hizo público el informe titulado *Estado actual de la epidemia del COVID-19 en Venezuela y sus posibles trayectorias bajo varios escenarios* (<https://acfiman.org/2020/05/08/estado-actual-delaepidemiadelaCOVID-1919envenezuela-y-sus-posibles-trayectorias-bajo-varios-escenarios/>). Allí la **ACFIMAN** declaró que como ***“institución que vela por la generación y difusión del conocimiento sustentado en la evidencia científica, hemos seguido con mucho interés la emergencia de la enfermedad COVID-19, desde la detección del patógeno que la produce el coronavirus SARS-COV-2, por lo que, esperamos que los resultados que aquí se presentan sean de utilidad para diversos sectores de la sociedad, incluidos aquellos que tienen competencia en el diseño de políticas públicas para el manejo eficiente de esta epidemia”***. La ACFIMAN sustentó el informe

con modelos matemáticos y estadísticos sobre el comportamiento del virus en diversos países, incluida Venezuela, y sus posibles proyecciones, ya que tales modelos son **“herramientas que permiten reducir la incertidumbre y consienten separar escenarios probables de escenarios poco probables”**. Dicho informe formula también conclusiones y recomendaciones, ***“debido a que la libre circulación de información científica es fundamental para aprender de forma acelerada sobre el SARS-COV-2 y sus efectos en la población humana”***.

La Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Michelle Bachelet, así como los Relatores Especiales de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los órganos del Consejo de Europa sobre derechos humanos, han advertido de la importancia fundamental de la libre circulación de ideas y opiniones especialmente durante la pandemia del COVID-19. Se trata del ejercicio del derecho de toda persona de buscar, recibir y difundir información y opiniones, sin censura previa y sin temor a consecuencias ulteriores, consagrado en los artículos 57 y 58 de la Constitución, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Conforme al propio texto fundamental y a la Ley Orgánica de Estados de Excepción, este derecho no puede ser restringido, ni siquiera bajo estados de excepción, como es el estado de alarma. Por ello, la libertad de expresión, como lo han confirmado las cortes y tribunales internacionales, es fundamento y piedra angular para la existencia de una sociedad democrática.

Solamente una sociedad informada, puede conocer mejor los hechos y las opciones frente a retos de especial magnitud, como lo es la pandemia generada por el COVID-19.

Muchos científicos y equipos de investigación se encuentran realizando pesquisas para prevenir y enfrentar esta grave enfermedad. Algunos resultados han fracasado, pero otros han presentado avances importantes. No se puede censurar a la ciencia por inconformidad con sus resultados.

Por ello, resulta inaceptable que, desde posiciones de poder, se pretenda amenazar a la ciencia y a los científicos por sus investigaciones y

sus resultados. Conforme a la Constitución, el Estado venezolano debe garantizar la emisión, recepción y circulación de la información cultural y científica (art. 101). Asimismo, el Estado debe reconocer el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones, así como los servicios de información necesarios, por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo (art. 110).

En consecuencia, la amenaza contra la ACFIMAN por el informe sobre el COVID-19 constituye una conducta reprochable, que configura a su vez una intimidación inaceptable contra los derechos humanos de los miembros de dicha institución, la integridad personal, la libertad personal y la libertad de expresión, consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En virtud de lo antes expuesto, las Academias Nacionales acuerdan:

Expresar su rechazo público a la inaceptable amenaza por parte del presidente de la inconstitucional ANC, Diosdado Cabello a la ACFIMAN y sus miembros por el informe sobre el COVID-19.

Hacer del conocimiento de las Academias y corporaciones similares de los demás países del mundo este grave hecho.

Enviar este pronunciamiento a la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Michelle Bachelet, a los Relatores Especiales de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como a los órganos del Consejo de Europa sobre derechos humanos.

En Caracas, a los 15 días del mes de mayo de 2020.

Dr. Horacio Biord Castillo
Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Dra. Carole Leal Curiel
Directora de la Academia Nacional de la Historia

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

Dr. Humberto Romero-Muci
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Dra. Mireya R. Goldwasser
Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas,
Matemáticas y Naturales

Dr. Luis Mata Molleja
Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas

**PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
CON RELACIÓN A LAS SENTENCIAS
DE LA SALA CONSTITUCIONAL
DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
QUE DESIGNÓ A LOS INTEGRANTES
DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL
Y LOS ÓRGANOS ELECTORALES
SUBALTERNOS, Y QUE INTERVINO
VARIOS PARTIDOS POLÍTICOS
18 DE JUNIO DE 2020**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en cumplimiento de sus deberes legales y reglamentarios, en defensa del Estado de Derecho y la democracia, considera su obligación manifestar públicamente su rechazo a las pretendidas sentencias números 68, 69 y 70, de fechas 05, 10 y 12 de junio, respectivamente, del 2020, por medio de las cuales la inconstitucional Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional) designó a los integrantes del Consejo Nacional Electoral y de sus órganos electorales subalternos. Asimismo, esta Corporación rechaza y condena las pretendidas sentencias números 71 y 72 de fechas 15 y 16 de junio, respectivamente, de 2020, por medio de las cuales la inconstitucional Sala Constitucional ordenó la suspensión de las directivas de las organizaciones con fines políticos (partidos políticos) Acción Democrática y Movimiento Primero Justicia; el nombramiento de una “Mesa Directiva ad hoc” y “Junta Directiva ad hoc” respectivamente, con el objeto de reestructurar y ejercer las funciones directivas y de representación de dichas organizaciones; la designación de sus autoridades regionales, municipales y locales; y agregan, que dichas nuevas directivas ad hoc podrán utilizar la tarjeta electoral, el logo, símbolos, emblemas, colores y cualquier otro concepto propio de las señaladas organizaciones con fines políticos.

A. El primer grupo de pretendidas sentencias (68, 69 y 70), que fueron dictadas con motivo de un recurso interpuesto contra la supuesta omisión legislativa por parte de la Asamblea Nacional de designar a los funcionarios que sustituirán en sus cargos a los Rectores principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral, son inconstitucionales, toda vez que:

1. Usurpan las potestades constitucionales de la Asamblea Nacional invocando su previa e inconstitucional declaratoria de desacato, en violación del principio de separación de poderes y el

principio de legalidad, consagrados en los artículos 136 y 137, respectivamente, de la Constitución;

2. Usurpan las funciones propias y exclusivas de la Asamblea Nacional de designar los rectores del Consejo Nacional Electoral y demás integrantes de sus órganos subalternos, en violación del artículo 296 de la Constitución y, en consecuencia, violan el derecho democrático de participación política de todos los venezolanos en la conformación de los órganos que ejercen el poder público, consagrado en los artículos 6, 62, 70, 295 y 296 de la Constitución, así como el derecho de contar con un órgano electoral imparcial, autónomo e independiente integrado por personas no vinculadas a partidos políticos, como garantía esencial para la realización de elecciones libres y democráticas, según se desprende del artículo 294 de la Constitución;
3. Usurpan la reserva legal y las potestades legislativas de la Asamblea Nacional en la regulación de la materia electoral, en violación de los artículos 156.32 y 187.1 de la Constitución;
4. Violan los límites y alcance del control difuso de la constitucionalidad, consagrado en el artículo 334 de la Constitución; y
5. Violan la naturaleza y alcance del recurso de omisión legislativa, establecido en el artículo 336.7 de la Constitución.

La inconstitucional Sala Constitucional incurre nuevamente en *desviación de poder* al pretender anular a través de la incorrecta y desviada interpretación y aplicación de la inexistente figura del “desacato”, las potestades constitucionales propias, exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional. Como lo ha afirmado esta Academia en anteriores oportunidades, *“el supuesto ‘desacato’ en que afirmó se encuentra el órgano parlamentario desde principios del año 2016, “...no solo no existe jurídicamente, sino que ha sido el artificio inventado por el Tribunal Supremo de Justicia para impedir a la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015, el ejercicio de sus atribuciones constitucionales”*¹.

¹ Dictamen de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la necesaria independencia e imparcialidad del Consejo Nacional Electoral como garantía esencial para la realización de elecciones libres y democráticas, del 03 de marzo de 2018.

La inconstitucional Sala Constitucional atenta contra el derecho democrático de participación política de todos los venezolanos en la conformación de los órganos que ejercen el poder público, desde que la facultad constitucional para designar titulares de órganos constitucionales la ejerce la Asamblea Nacional en representación de la voluntad popular mediante el voto de las dos terceras partes de sus integrantes. Se trata de una extensión del voto del pueblo por medio de la participación política indirecta de los ciudadanos a través de sus representantes electos, asegurándose la participación ciudadana en la nominación de candidatos a través del Comité de Postulaciones. De modo que, si se usurpa o vacía dicha potestad, se viola el derecho a la participación y a la representación política como esencia del derecho a la democracia del pueblo venezolano.

Ya esta Academia expresó, y ahora lo reitera, que una de las fundamentales garantías de los procesos electorales para asegurar el derecho al sufragio como máxima expresión de la voluntad popular, es la existencia de órganos electorales autónomos e independientes. Un árbitro electoral independiente e imparcial es un elemento esencial del derecho al voto y de las directrices constitucionales exigidas para la integración del Consejo Nacional Electoral como órgano del Poder Electoral. El incumplimiento del procedimiento constitucionalmente establecido para la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral impide la conformación de un órgano electoral con las características señaladas. Por lo cual, las designaciones de las rectoras del CNE mediante la arbitraria actuación del Tribunal Supremo de Justicia, además de acarrear la nulidad e ineficacia de esas designaciones, por disponerlo así expresamente el citado artículo 138 de la Constitución, viola con ello los derechos políticos fundamentales a la participación política y a acceder al ejercicio de cargos públicos, circunstancia que determina igualmente su nulidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución.

Además, la inconstitucional Sala Constitucional actuó de forma arbitraria por inconstitucional, cuando a través de la pretendida sentencia número 68 pretendió derogar con efectos *erga omnes* 12 normas legales de naturaleza electoral (artículos 14, 15, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182 y 186 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales),

mediante la distorsión del control difuso de la constitucionalidad que nunca puede tener efectos más allá que respecto de las partes del proceso; y además carece del carácter general que corresponde al control concentrado que se ejecuta mediante la decisión de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad, el cual no existió en este caso.

Asimismo, rechazamos la inconstitucional usurpación de las potestades legislativas de la Asamblea Nacional producto de la referida decisión número 68 que “habilitó” al Consejo Nacional Electoral a “llenar el vacío normativo” ante la “laguna generada” por la misma Sala Constitucional “como consecuencia de la desaplicación con efectos erga omnes” de los artículos de la Ley electoral antes indicados “*mediante la potestad reglamentaria que le confiere el cardinal 1 del artículo 293 constitucional*”. Se pretende realizar así una suerte de habilitación o delegación normativa totalmente inconstitucional por inexistente, por cuanto esta materia es de la reserva legal propia de la Asamblea Nacional mediante ley. De manera que la inconstitucional Sala Constitucional, quien no tiene esa competencia, no puede pretender delegar o “habilitar” al Consejo Nacional Electoral para que ejerza facultades legislativas que no tiene, y menos aún a través de normas reglamentarias que son de rango sublegal.

Esta Academia considera su deber alertar a la comunidad sobre la grave distorsión de la naturaleza y alcance del recurso por omisión legislativa en la que ha incurrido nuevamente la inconstitucional Sala Constitucional, ya que, sin desarrollar proceso alguno, sin contradictorio y, por tanto, violando el derecho al debido proceso y a la defensa, no sólo declaró una la omisión del órgano parlamentario, que es inexistente, sino que en exceso de sus facultades procedió a suplir directamente la supuesta omisión, usurpando las funciones constitucionales propias, exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional delegándolas en otro órgano del Estado que carece de la potestad legislativa.

En todo caso, conforme al principio de separación de poderes, el juez constitucional tiene vedado ejercer las funciones propias, exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional. La Constitución no permite a la Sala Constitucional designar altos funcionarios públicos cuyo nombramiento está atribuido expresamente a la Asamblea Nacional y el recurso sólo atribuye la competencia para declarar la omisión legislativa,

y de ser el caso, “pronunciarse sobre los lineamientos necesarios para su corrección”, pero no para dictar los actos constitucionales propios de dicho órgano parlamentario.

En definitiva, la Academia debe expresar públicamente la violación masiva de la Constitución, la democracia y el Estado de Derecho que configuran las sedicentes sentencias 68, 69 y 70 de la inconstitucional Sala Constitucional, mediante las cuales se usurparon los derechos de participación ciudadana a través de sus representantes y las competencias expresas, exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional, para elegir a los rectores y rectoras del Consejo Nacional Electoral. Esta violación material se agrava por el hecho de que las sedicentes decisiones judiciales fueron dictadas sin procedimiento alguno, y en particular, en violación de los requisitos constitucionalmente exigidos, a partir de la lista de postulados que le presenten a la Asamblea Nacional la sociedad civil, las facultades de ciencias jurídicas y políticas y el Poder Ciudadano, según corresponda (penúltimo aparte del artículo 296 constitucional).

B. El segundo grupo de pretendidas sentencias, números 71 y 72 por medio de las cuales se intervienen dos partidos políticos, violan gravemente el derecho a la democracia, los principios y valores superiores del ordenamiento jurídico venezolano como la libertad y el pluralismo político; contarían el derecho constitucional de asociarse con fines políticos y, concretamente, constituyen una inconstitucional intervención en la libre determinación de los partidos políticos que implica la libre elección de su dirección y sus candidatos a cargos de elección popular a través de la selección en elecciones internas con la participación de sus integrantes, establecidos en los artículos 2, 5, 6, 62, 67 y 70 de la Constitución.

Conforme a la Carta Democrática Interamericana, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas es un *elemento esencial* de la democracia (artículo 3). En este sentido, la Constitución (artículo 67) y los instrumentos internacionales de derechos humanos consagran el derecho de los ciudadanos a formar partidos políticos libres. Los partidos están al servicio de la democracia y de los ciudadanos. Ello prohíbe que el Estado a través de su brazo político en el poder judicial, intervenga arbitrariamente los partidos políticos, como ha ocurrido, para someterlos a su proyecto político propio. Por ello, la insólita ocupación y

secuestro de los partidos políticos ejecutada por las sedicentes decisiones judiciales, es una pluriviolaación de la Constitución y la democracia misma, que atenta contra su propia existencia y funcionamiento.

*

La Academia debe advertir públicamente, que bajo las actuales condiciones consistentes, entre otras, en la falta de independencia e imparcialidad del Consejo Nacional Electoral; la ilegalización e intervención de los principales partidos de oposición; la inhabilitación, detención arbitraria y persecución de actuales diputados y dirigentes políticos de oposición; y la ausencia en general de las garantías esenciales para la celebración de elecciones libres, justas y creíbles como expresión de la soberanía del pueblo, no es posible la realización de elecciones legítimas como las de diputados a la Asamblea Nacional.

Como lo ha expresado anteriormente esta Academia, el Consejo Nacional Electoral está integrado irregularmente por rectores y rectoras que han sido designados inconstitucionalmente, no sólo por no cumplir los requisitos de postulación, procedimientos y tramites, sino por haber sido designados por una autoridad constitucionalmente incompetente para ello: Tribunal Supremo de Justicia. Esta integración irregular del Consejo Nacional Electoral, lo ha convertido en una instancia político partidista, que hace nugatorias las garantías constitucionales de igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia electoral, que dicho órgano debe hacer efectivas en todos los procesos electorales. La realización de los procesos electorales exige que se ofrezcan a los ciudadanos garantías mínimas, sin las cuales no puede considerarse que los comicios constituyan un mecanismo legítimo para el ejercicio libre y democrático del derecho al sufragio y la participación política. Esas garantías están referidas al respeto de los derechos de asociación con fines políticos, el derecho individual a postularse como elegible, el ejercicio del derecho al sufragio mediante votaciones libres, universales, directas y secretas, así como la transparencia y equidad en los procesos previos de organización y campaña electoral, todos los cuales están siendo gravemente violados actualmente en Venezuela, siendo un

elemento determinante de esas violaciones la ausencia de independencia en los órganos del Poder Judicial, del Poder Electoral y del Poder Ciudadano².

Por todas las consideraciones expuestas, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales deplora y rechaza este nuevo ataque a la Constitución, a la democracia, al Estado de Derecho y a los derechos democráticos y libertades públicas de todos los venezolanos; y expresa la necesidad imperiosa de restablecer el orden constitucional de todas las instituciones del Estado, especialmente, el Tribunal Supremo de Justicia, quienes deberían ser jueces independientes e imparciales encargados de asegurar su vigencia, en lugar de propender a su violación continuada con fallos como a los que se refiere el presente pronunciamiento.

En Caracas, a los 18 días del mes de junio de 2020.

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

² Dictamen de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la necesaria independencia e imparcialidad del Consejo Nacional Electoral como garantía esencial para la realización de elecciones libres y democráticas, del 03 de marzo de 2018.

**PRONUNCIAMIENTO INTERACADÉMICO
EN VISTA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS
POR LA SALA CONSTITUCIONAL
DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
DESIGNANDO LOS RECTORES DEL CONSEJO
NACIONAL ELECTORAL Y SUS ÓRGANOS
SUBALTERNOS, E INTERVINIENDO
VARIOS PARTIDOS POLÍTICOS
18 DE JUNIO DE 2020**

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

En defensa de la supremacía constitucional, del estado de derecho y de los valores democráticos, expresan públicamente su condena a las pretendidas sentencias de la inconstitucional Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia identificadas con los números 68, 69, 70, 71 y 72, dictadas en fechas 5, 10, 12, 15, y 16 de junio del 2020, respectivamente, por medio de las cuales usurpó la competencia de la Asamblea Nacional, al designar los rectores del Consejo Nacional Electoral y de sus órganos subalternos, e intervino los partidos políticos Acción Democrática y Movimiento Primero Justicia, al decidir el nombramiento de una “Mesa Directiva ad hoc” con el objeto de reestructurar y ejercer las funciones directivas y de representación de dichas organizaciones políticas y la designación de sus autoridades regionales, municipales y locales.

Las sentencias que se rechazan constituyen una inadmisibles intervención del poder judicial en la política y se apartan ética y jurídicamente de la labor que corresponde a un tribunal constitucional, que no es otra que la de asegurar la supremacía de la Constitución.

La inconstitucional Sala Constitucional vuelve a actuar como agente político en violación de los principios constitucionales de separación de poderes y el de legalidad, para, en lugar de ello, usurpar la competencia del órgano parlamentario y realizar ella misma las designaciones de las autoridades electorales, bajo la justificación de la manida tesis de un desacato a sus decisiones.

Tal proceder violenta de forma grave y flagrante los principios democráticos del Estado de Derecho, al arrebatar el derecho de participación política de todos los venezolanos en la conformación de los

órganos que ejercen el poder público, y la garantía de un árbitro electoral imparcial, autónomo e independiente esencial para la realización de elecciones libres y democráticas, como lo consagra y ordena la Constitución, y que en su conjunto conforman el derecho a la democracia.

Las Academias firmantes igualmente rechazan la pretendida “habilitación” que hace la Sala Constitucional en el Consejo Nacional Electoral por ella designado para que sea ese órgano y no la Asamblea Nacional como corresponde, quien las sustituya con actos de carácter reglamentario y no legal, violando además la reserva que la Constitución hace de la regulación de la materia electoral a la Asamblea Nacional.

Finalmente, las Academias deploran la interferencia de la Sala Constitucional en la organización de los partidos políticos para forzar un cambio de sus autoridades sin la decisión de sus bases, sino del grupo por ella escogido violando el derecho constitucional de asociarse con fines políticos y la libre determinación de los partidos en cuanto organización, funcionamiento y dirección conforme lo dispone el artículo 67 de la Constitución.

Las Academias consideran su deber denunciar el uso de la justicia constitucional como mecanismo de control político y desconocimiento de las libertades constitucionales y los principios y valores democráticos.

En Caracas, a los 18 días del mes de junio de 2020.

Dra. Carole Leal Curiel

Directora de la Academia Nacional de la Historia

Dr. Leopoldo Briceño-Iragorry Calcaño

Presidente de la Academia Nacional de Medicina

Dr. Humberto Romero-Muci

Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Dra. Mireya R. Goldwasser

Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas,
Matemáticas y Naturales

Dr. Luis Mata Molleja

Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas

**COMUNICADO DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
SOBRE LAS AGRESIONES
POR FUNCIONARIOS MILITARES
CONTRA LA ABOGADA EVA SOFIA LEAL
24 DE JUNIO DE 2020**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales condena la agresión policial de que fue víctima la abogada ***Eva Sofía Leal*** el día 23 de junio de este año por parte de agentes de la Guardia Nacional Bolivariana. La injustificada violencia ejercida contra la mencionada abogada fue recogida en un video difundido en las redes sociales que muestran una crueldad espeluznante.

Los hechos, según narran los medios de comunicación y las redes sociales, ocurrieron cuando la abogada Leal se dirigía a su residencia en la ciudad de Barquisimeto el 23 junio pasado, día del Abogado. En ese momento fue interceptada en una alcabala de la Guardia Nacional, cuyos funcionarios mostraron una conducta inadecuada y abusiva: al percatarse que ***Eva Sofía Leal*** estaba grabando la conversación y las exigencias de parte de unos agentes militares, fue agredida y golpeada para despojarla de su teléfono celular. Por si fuera poco, la víctima de este abuso fue además arbitrariamente detenida y presuntamente ha sido sometida a juicio militar.

La anterior conducta de los funcionarios de la Guardia Nacional configura una violación de los derechos humanos de la abogada ***Eva Sofía Leal*** a la integridad personal, libertad de expresión, libertad personal y libre circulación. Aún bajo las medidas restrictivas que hayan podido dictarse debido a la pandemia causada por el COVID-19, ello no significa que las autoridades militares y policiales puedan agredir, vejear, golpear, despojar y herir a quienes, justificada o injustificadamente, estén circulando por las calles o se vean en la necesidad de trasladarse dentro de una determinada localidad. Ir a la farmacia, al supermercado o cualquier otra necesidad urgente, no puede merecer una agresión como la descrita. Las personas no pueden ser detenidas y enjuiciadas arbitrariamente, muchos menos ante la jurisdicción militar.

Igualmente hay que llamar la atención sobre los atropellos que incluso durante la pandemia han sido víctimas, entre otros, abogados, defensores de derechos humanos, líderes sociales, miembros de la oposición, trabajadores de la salud y periodistas, en el ejercicio legítimo de sus derechos.

La Academia hace un firme llamado público a:

1. Respetar los *principios sobre el uso de la fuerza por parte de los funcionarios públicos*, adoptados por las Naciones Unidas y recogidos en nuestro ordenamiento jurídico interno;
2. Investigar a los funcionarios responsables de las violaciones a los derechos humanos de la abogada ***Eva Sofía Leal***, a fin de aplicar con debido proceso las sanciones disciplinarias, administrativas, penales y civiles;
3. Poner de inmediato en libertad a la abogada ***Eva Sofía Leal***; cerrar el proceso penal militar que haya podido abrirse en su contra; y repararle los daños personales causados; y
4. Respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas en la ejecución de las medidas necesarias, adecuadas, razonables y proporcionales para enfrentar la pandemia, conforme a la Constitución y el Derecho internacional.

En Caracas, a los 24 días del mes de junio de 2020.

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

EVENTOS

**VISITA DEL PROF. DR. RAINER GROTE,
INVESTIGADOR DEL INSTITUTO MAX PLANCK
DE DERECHO PÚBLICO COMPARADO
Y DE DERECHO INTERNACIONAL -
UNIVERSIDAD DE HEIDELBERG-ALEMANIA,
EN CELEBRACIÓN DEL CENTENARIO
DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR
21 DE ENERO DE 2020**

APROXIMACIÓN A LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR EN LA OCASIÓN DE SU CENTENARIO PROF. DR. RAINER GROTE*

SUMARIO

I. Introducción: La génesis difícil de la Constitución de Weimar. II. La obra de la Asamblea Nacional Constituyente: ¿ruptura o continuidad? III. Las innovaciones de la Constitución de Weimar en el sector institucional. 1. Reforma del sistema federal. 2. Introducción de un sistema parlamentario híbrido. 3. "La Constitución más democrática del mundo": mecanismos de participación directa en la Constitución de Weimar. IV. Intervencionismo estatal en la economía V. Derechos fundamentales y transformación de orden social VI. En particular: los derechos económicos y sociales. VII. Conclusión: la actualidad de la Constitución de Weimar.

* Prof., Dr. iur., LL.M. (Edinburgh), Senior Research Fellow en el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional.

INTRODUCCIÓN: LA GÉNESIS DIFÍCIL DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR

La Alemania moderna llegó a alcanzar su unidad política sólo en la segunda mitad del siglo XIX, después de una lucha que se había iniciado como respuesta a la Revolución francesa y la ocupación de gran parte de los territorios alemanes por tropas francesas durante el reino de Napoleón Bonaparte. El viejo santo imperio romano-germánico (*Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation*) que disolvió Napoleón en 1804 apenas obraba como una fuerza histórica de unidad entre los alemanes viviendo en sus varios territorios. La Constitución del Imperio alemán de 1871 llega después de muchos intentos de unificación que marcan la historia alemana del siglo XIX. La unión sólo es posible una vez que la rivalidad por la hegemonía alemana se resuelve a favor de Prusia y en detrimento de Austria en la guerra de 1866¹.

Sin embargo, la constitución del *Reich* adoptada en 1871 tras la guerra contra Francia que finalmente había sucedido en provocar la adhesión de los estados del Sud al proyecto nacional concebido y dirigido por parte de Prusia, establecía la base legal no a la formación de un estado nacional unitario según el modelo francés, sino al establecimiento de una confederación monárquica. Los estados alemanes, al formar la confederación, no perdieron ni su antiguo carácter, ni su independencia. La Constitución de 1871 se superponía al régimen organizativo de cada uno de los Estados miembros². El preámbulo de la constitución de 1871 mostraba claramente que no se trataba de constituir un estado, sino de convenir las bases de una confederación de reinos, ducados y ciudades

¹ Ana Victoria Sánchez Urrutia, La Fuerza de la Constitución y la Constitución de la Fuerza, *Revista Española de Derecho Constitucional* 13 (1993), 313, 314.

² Sánchez Urrutia (n. 1), 314.

libres para fines determinados y que la autoridad y la soberanía de la nueva entidad surgían tan solo de ese tratado de príncipes³. Las funciones que se entregaban al Imperio confirman más en este punto de vista; tan solo de algunas relativas a la legislación común y de otras sobre comercio, comunicaciones y negocios militares se desprendieron de los estados particulares, reservándose con respecto a las otras materias la plenitud de la soberanía. El emperador de Alemania, a pesar de su sonante título, no era más que el presidente de la confederación, el primero entre los príncipes.

Lo que definía más claramente el carácter del nuevo estado eran las funciones del *Bundesrat*, formado por los representantes de los miembros de la confederación, en el que residía efectivamente el gobierno. En el *Bundesrat*, Prusia tenía derecho a 17 delegados, mientras que el que más tenía después de Prusia era Baviera, con seis. Este significaba también que Prusia era el único Estado que por sí solo podía bloquear una reforma constitucional⁴. Es cierto que al lado existía también el *Reichstag* como cámara elegida directamente por el pueblo alemán, pero sus funciones estaban limitadas a la legislación. No tenía ningún poder del control frente al poder ejecutivo ejercido efectivamente por el Canciller del Reich, nombrado por el Emperador, quien dirigía los asuntos del Reich desde el presidio del Consejo Federal⁵.

El régimen que la Prusia había impuesto a Alemania entonces no era una democracia parlamentaria, sino más bien un sistema de privilegio basada sobre una jerarquía social bastante rigurosa, como lo demuestra la votación por clases para la elección de la Cámara de los Diputados practicada en Prusia hasta el fin de la Primera Guerra Mundial⁶. La sociedad alemana estaba fuertemente dividida en tres sectores:

³ Enrique Martínez Paz, La constitución alemana de 11 agosto de 1919, Revista de la Universidad Nacional de Córdoba 8-9-10 (1921), 257, 258.

⁴ Según el artículo 76 de la Constitución del Imperio alemán de 1871, una reforma constitucional que tuviese 14 votos en contra en el *Bundesrat* era considerada como rechazada.

⁵ Artículo 15 de la Constitución de 1871.

⁶ El padrón electoral se dividía en tres tramos o clases, de acuerdo a las rentas e impuestos de los votantes. Cada una de las clases tenía una ponderación igual a las otras, independientemente del número de electores que la compusieran, por lo que el desequilibrio en la distribución del ingreso hacía que este sistema abrigara distorsiones especialmente fuertes, véase Thomas Kühne, Dreiklassenwahlrecht und Wahlkultur, Düsseldorf 1994.

el primero, los *junker*, herederos de los tradicionales poderes terratenientes, cuyo eje de influencia estaba dado en el mundo rural, decadente por la rápida migración a las ciudades. Un segundo sector, ubicado en los industriales, promotores de medidas estatales como la reducción de aranceles, tropezaba en muchas ocasiones con los intereses terratenientes. Finalmente, el crecimiento rápido del tercer sector, el obrero, en la segunda mitad del siglo XIX supuso un choque con las partes anteriormente descritas y con algunas políticas estatales, lo que fomentó la creación de agrupaciones sindicales y partidos políticos, como el Partido Socialdemócrata (SPD). De esta manera, la balanza electoral comenzó a inclinarse hacia partidos obrero-sindicales, por el peso que ejercían las tasas de crecimiento demográfico urbano y, con él, el aumento del proletariado en las principales ciudades alemanas, por lo que no fue casualidad que partidos socialdemócratas, como el SPD, obtuvieran victorias contundentes en el *Reichstag*: para 1912, fue el partido más votado de Alemania⁷. El fin de la Gran Guerra acentuó estas divisiones internas de la sociedad alemana. El sacrificio que la guerra había exigido al pueblo y la ineficacia de su esfuerzo, iban haciendo crecer el descontento, y con él se acentuaba la opinión que exigía cambios fundamentales en la organización política.

Poco antes del fin de la guerra, en octubre 1918, se dictarán leyes de reforma constitucional que preveían que el Canciller del Imperio nombrado por el Emperador también necesita la confianza del *Reichstag* para ejercer sus funciones y sometían el comando militar del Emperador al control parlamentario. Estas reformas tendieron a desmilitarizar la dirección del Estado – en parte para dilatar los señalamientos hacia la responsabilidad del Ejército en la pérdida de la guerra⁸ – y efectivamente convertían el gobierno alemán en pleno régimen parlamentario⁹. Sin embargo, no bastaron para conjurar la grave situación interna y la rápida degradación de la situación militar de Alemania particularmente en el teatro occidental. El Emperador Guillermo II prefirió la abdicación y el exilio en Holanda a la vida bajo un régimen parlamentario.

⁷ Juan David Restrepo Zapata, La Constitución alemana de Weimar (1919), ¿una utopía en medio de la crisis? Estudios Internacionales 190 (2018), 88.

⁸ Restrepo Zapata (n. 7), 89.

⁹ Reinhard Rürup, Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar, Ayer No. 5: El Estado Alemán (1870-1992), 128/29.

A la hora de la derrota militar los levantamientos comenzaron a aparecer por toda Alemania. Sectores militares se rebelaron contra algunos aspectos de su estructura jerárquica y tomaron el poder de localidades. También, mediante la figura de “consejos”, los obreros se amotinaron y arrebataron al Estado el control de algunas poblaciones, donde el objetivo se convirtió en democratizar y transformar el régimen de propiedad; en una palabra, se pretendía instaurar el socialismo. De todas partes llegaron noticias sobre la formación de Consejos de obreros y soldados. En general, la revolución se deslizó sin alteración esencial del orden económico y sin derramamiento de sangre. En muchas ciudades fue reconocido, sin vacilación alguna, el Consejo de Obreros y Soldados por las autoridades militares, encargándose de la administración municipal¹⁰.

El gobierno transicional en la capital Berlín, por otra parte, fue asumido por el partido SPD encabezado por Friedrich Ebert, promotor de una Asamblea Nacional Constituyente, que transformara al Estado en una república democrática y que resolviera los grandes problemas del momento, tales como la firma del armisticio, la desmovilización del Ejército, evitar la revolución y levantar la economía. Fue a partir de allí que la refundación de Alemania incurrió en la aparición de alianzas que vinculaban a sectores conservadores —donde se incluyó a los militares, pero también a los industriales— con el gobierno y los sindicatos. La prioridad absoluta del sector castrense fue la moderación del proceso revolucionario y la supresión de los consejos levantados por todo el país —intentado así eliminar la influencia comunista sobre las decisiones gubernamentales— mientras que los industriales se comprometieron a endosar un reforzamiento de las garantías laborales de sus empleados, en contrapartida por el mantenimiento de su poder económico. Estos movimientos negociadores fragmentaban con regularidad la cohesión de partidos como el SPD, al cual le reclamaban mayor compromiso en la defensa de sus ideales, segregándose de los partidos como el Comunista de Alemania KPD, y el espartaquista¹¹.

La agitación llegó a un punto de no retorno, del cual surgieron grupos de extrema derecha armados, denominados *Freikorps*, con fi-

¹⁰ Restrepo Zapata (n. 7), 89/90.

¹¹ Restrepo Zapata (n. 7), 90.

nanciamiento de los industriales y con el auspicio de los militares. En parte, estas estructuras derivaron de la desmovilización acelerada que se implementó en el Ejército — algo forzado, además, por la pérdida de la guerra—. Lo anterior daba la impresión a muchos contemporáneos de asistir a una alianza entre socialdemócratas y algunos sectores conservadores para impedir la transformación del statu quo. Un ejemplo de ello, para varios, fue la sofocación de los intentos revolucionarios en Baviera y Múnich, de corte comunista, que fueron contenidos por el Ejército y las *Freikorps*¹². Gran parte de la socialdemocracia veía en el parlamentarismo el mecanismo para conseguir sus ideales políticos, dentro del marco del orden, la tranquilidad y la legalidad, por lo cual, atentar contra esta posibilidad de acción política —nacida del mundo burgués— era vista como dañina por ese sector¹³. El mismo Friedrich Ebert invitaba a adoptar el sistema parlamentario, de lo contrario, “la revolución social será inevitable. Desde luego, yo no la deseo, es más, la odio como a un delito”¹⁴. La búsqueda de la revolución no era opción, más bien su extinción era por lo que combatían en conjunto con otros sectores. De esta manera, junto con una violenta represión por parte de las alas castrenses más conservadoras y recicladas de la guerra —y con una nutrida ayuda de los *Freikorps*— se eliminaron poco a poco los focos que la revolución había dejado en toda Alemania. Sin embargo, pese a la parcial victoria del conservadurismo, las clases dominantes sabían que la coyuntura en la que se encontraban determinaba que la adopción de ciertas políticas en favor de las clases desfavorecidas era necesaria para mantener los fundamentos de su poder¹⁵.

II. LA OBRA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE: ¿RUPTURA O CONTINUIDAD?

Este era el contexto sociopolítico en que tuvieron lugar las elecciones para la Asamblea Constituyente encargada de elaborar una nueva

¹² Restrepo Zapata (n. 7), 91.

¹³ Rürup (n. 9), 131.

¹⁴ Reinhard Kühnl, *La República de Weimar: establecimiento, estructuras y destrucción de una democracia*, Valencia 1991, 26.

¹⁵ Restrepo Zapata (n. 7), 91.

constitución para el país el 19 de enero de 1919. En las elecciones el partido SPD consiguió 165 representantes (el 38% de la Asamblea); el *Zentrum* 90 (20%); y Demócratas Alemanes o DDP 75 (18%), de un total de 423 miembros¹⁶. En las discusiones de la Asamblea que se iniciaron el 6 de febrero en Weimar, lugar que fue seleccionado sobre todo para sustraer la Asamblea a la presión de manifestaciones de masas a esperar en la capital Berlín¹⁷ dominaba una coalición combinando sectores del Partido Centro Católico (*Zentrum*) y del liberal Partido Demócrata Alemán (*DDP*) con el partido SPD, consolidando un control de más de tres cuartos de las curules¹⁸. Esta coalición era un pacto entre las distintas agrupaciones políticas que veían en la nueva república una opción de salida de la peligrosa coyuntura en la que se encontraban, por lo cual apelaron al pueblo alemán para terminar la feroz agitación. Sin embargo, el dilema radicó en cómo construir una constitución que representara las intenciones de sectores tan diferentes de la sociedad alemana ¿Cuál tendría que ser el articulado que demostrara una ruptura con el Antiguo Régimen, pero que al mismo tiempo diera cabida a las clases conservadoras, históricamente detentadoras del poder?

La búsqueda de este compromiso difícil y frágil en una sociedad fuertemente dividida por el resultado desastroso de la guerra y la agitación social fomentado por la quiebra del orden político y social tradicional se refleja en el texto de la Constitución, finalmente adoptado con 262 contra 75 votos el 31 julio¹⁹. Su preámbulo menciona a un pueblo alemán consolidado en forma de nación, que reconocía sus “diversas ramas”, propuesta que intentaba superar la histórica división que representaba la fragmentación de Alemania en entidades regionales en un estilo de Estado federado de prusianos, bávaros, y sajones, entre otros, y así consagrar un Estado nacional alemán. Sin embargo, la mención siguiente que la nación alemana esta “animada de la voluntad de renovar y consolidar su *Reich* en nombre de la libertad y de la justicia” hace una

¹⁶ Ottmar Bühler, Formación de la nueva constitución del Reich. La Constitución alemana, Madrid 1931, 32.

¹⁷ Rürup (n. 9), 142.

¹⁸ Restrepo Zapata (n. 7), 91.

¹⁹ 86 diputados no tomaron parte en la votación final, Rürup (n. 9), 156, quien califica esta reducida mayoría como símbolo del “opaco comienzo” de la Constitución de Weimar.

referencia directa a la prolongación de lo que representaba el pasado *Reich* alemán, confirmando que la nueva Constitución no renuncia a todas las tradiciones venidas del Antiguo Régimen. Este ha sido interpretado como un intento por reformar al Estado desde adentro, refrescando, tal vez, el aparataje institucional que sería imposible de sostener sin una profunda modernización y sin darle características que mostraran el enrolamiento del pueblo y de los nuevos actores políticos y sociales aspirando a la libertad y la justicia²⁰. Según el análisis de Carl Schmitt²¹ la nueva constitución no fundaba un nuevo Estado alemán, sino significaba solo que un pueblo que creía hasta ahora no poder existir políticamente sino a base del principio monárquico, cuando desaparece políticamente ese principio, continuó su existencia por virtud de propia decisión política, mediante una Constitución que se da a sí mismo²². En otros términos, la nueva Constitución no significó el triunfo de una profunda revolución política o social en la Alemania de posguerra, sino un reajuste o profunda reforma institucional²³.

Sin embargo, la Constitución de Weimar consagró por primera vez en la historia constitucional de Alemania la república democrática como régimen constitucional alemán. El artículo 2 dice que el Reich alemán es una república y que el poder público emana del pueblo. En cierto sentido la introducción del principio democrático era una improvisación que carecía de una tradición histórica en que se asiente. Aún algunos meses antes de la revolución los partidos no creían una exigencia de los tiempos el cambio del sistema monárquico de gobierno. Pensaban que este aseguraba mejor los intereses sociales y económicos de las clases trabajadoras que una república democrática capitalista, pero la conmoción producida por la derrota, unidos a los infinitos males que aquejaban al pueblo y la casi imposibilidad en que se encontraban los príncipes para tratar la paz con las naciones extranjeras, privaron a los gobiernos de toda fuerza moral, determinando el desmoronamiento casi

²⁰ Restrepo Zapata (n. 7), 92.

²¹ Sobre la significación de Schmitt para la interpretación de la Constitución de Weimar véase Francisco Serra Giménez, Carl Schmitt, “Teórico” de la Constitución de Weimar, Pensamiento 72 (2016), 505.

²² Carl Schmitt, Teoría de la Constitución, Madrid 1982, 150.

²³ Restrepo Zapata (n. 7), 93.

espontáneo de la monarquía. La república nació, así como una nueva solución al desastre militar y político, encontrada en un momento oscuro y de desesperación²⁴.

III. LAS INNOVACIONES DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR EN EL SECTOR INSTITUCIONAL

De la Constitución de Weimar se ha dicho que es posible identificar varias teorías sobre Estado, pero ninguna clara y definida que permite deducir sobre qué concretos presupuestos ideológico-políticos descansa la organización del poder del Estado y las relaciones entre éste y los ciudadanos²⁵.

Reforma del sistema federal

Con respecto a la organización territorial, la Constitución adopta un modelo que combina tendencias claramente unitaristas como el reforzamiento de las funciones legislativas del Reichstag con aspectos más federalizantes, particularmente en autonomía orgánica que se reconoce a los diferentes *Länder*²⁶. Los estados particulares, los *Länder*, conservan un territorio propio (arts. 2, 18, 78) que en general no puede ser modificado sin la intervención del gobierno o de la población interesada. Tienen una constitución y un gobierno que se dan a sí mismos (art. 17), materias de legislación de su exclusiva competencia y participan en su carácter de entidades con personalidad propia en las decisiones del estado central, del *Reich*, en su gobierno y administración (art. 6).

Sin embargo, el art. 18 clarifica que la división del *Reich* en *Länder* debe servir al mayor desenvolvimiento económico y cultural del pueblo, teniendo en cuenta, dentro de lo posible, la voluntad de la población interesada. Por eso, la modificación de los territorios de los *Länder*

²⁴ Martínez Paz (n. 3), 268.

²⁵ Leonardo Álvarez Álvarez, La Constitución de Weimar ¿Una República sin Republicanos?, Historia Constitucional 12 (2011), 443, 450 refiriéndose a las observaciones del constitucionalista alemán de la época Walter Jellinek.

²⁶ Álvarez Álvarez (n. 25), 453.

y la formación de nuevos *Länder* dentro del Reich es posible, pudiendo realizarse por medio de leyes del Reich en la forma de las relativas a la reforma de la Constitución. El art. 18 se debía al reconocimiento que no era posible ningún equilibrio político mientras Alemania estuviese compuesta por un gran estado, la Prusia, y por otros tantos de importancia absolutamente inferior. El primer proyecto de la constitución había creado por división del territorio prusiano una serie de países y que se libraría una verdadera batalla para el triunfo de este concepto. Pero las circunstancias políticas no favorecieron esta iniciativa: se llegó a temer la separación de Prusia del Reich, y ante tal amenaza se prefirió diferir para más tarde la rectificación de los límites territoriales de los países, compromiso que conducía a la adopción del art. 18²⁷.

Para llenar las funciones que la antigua constitución atribuía al *Bundesrat* se creyó un consejo de un carácter semejante, pero de muy limitadas atribuciones: el *Reichsrat*. El *Reichsrat* se componía de representantes de los *Länder* alemanes a razón de uno por cada millón de habitantes, pero en caso que la población de un país no alcanzó a esa cifra, tenía sin embargo derecho a un representante, y en tal circunstancia, los estados mayores podían también enviar un representante más, si tuvieron un exceso de habitantes que no alcance a un millón, pero que era por lo menos igual al del total de los habitantes del país menor. Los representantes de los países en el *Reichsrat* eran los mismos miembros de sus gobiernos locales, (art. 63), salvo por la Prusia para la que preveía la constitución que la mitad de sus votos procedía no del gobierno prusiano sino de las administraciones de las provincias prusianas (art. 63 y 168), providencia tomada para dar personalidad a los territorios sometidos a la Prusia y para defender al *Reich* de la hegemonía prusiana²⁸. Con el mismo objetivo, art. 61 disponía que ningún *Land* podía ser representado por más de dos quintos del total de los votos.

El carácter especial del *Reichsrat* dentro de la Constitución era definido con claridad en el artículo 60 según lo cual era un órgano creado para representar a “los *Länder* alemanes en la legislación y administración del Reich”, pero esta representación no lo hizo elevar hasta la

²⁷ Martínez Paz (n. 3), 267.

²⁸ Martínez Paz (n. 3), 276.

posición de un órgano propiamente legislativo que integró con el Reichstag un verdadero poder. Sus funciones indicaban claramente que era un cuerpo especial, expresión del régimen federal, con funciones bien limitadas y de escaso poder de decisión, compuestos de enviados representantes de los *Länder* países y para tutelar los intereses particulares de los mismos²⁹. Las funciones atribuidas al *Reichsrat* le hicieron tomar parte en la legislación y administración general y especialmente en los que interesaba a los *Länder*. Intervení en la legislación prestando su consentimiento al gobierno toda vez que éste se dispone a presentar un proyecto de ley (art. 69), o cuando opuso su veto a las leyes sancionadas por el Reichstag (art. 74 y 76), o cuando otorgó o negó su asentimiento al Reichstag para la sanción de un nuevo gasto o un aumento en los fijados por el presupuesto (art. 85). Intervení también en la administración cuando se trató de leyes cuyo cumplimiento era encargado a las autoridades de los *Länder*, respecto a los cuales el gobierno no podía dictar prescripciones administrativas de carácter general sin obtener previamente el consentimiento *Reichsrat* (art. 77).

Introducción de un sistema parlamentario híbrido

Si los cambios a la organización territorial el estado quedaba bastante moderados, esta observación no es válida para la organización política que pasó de un sistema de gobierno monárquico a un sistema parlamentario con una posición fuerte del Presidente del Reich. Este cambio de sistemas políticos en Alemania conducía a un modelo híbrido combinando elementos propios de una república presidencialista, junto a otros más caracteres del régimen parlamentario, así como fórmulas tomadas del sistema de gabinete³⁰. En este sistema un presidente “fuerte”, elegible directamente por el pueblo, debía suponer un auténtico contrapeso frente al *Reichstag*. El motivo político decisivo de esta construcción era el temor de un absolutismo parlamentario”, como lo llamaba Hugo Preuß, el Secretario de Estado en cargo de la preparación del proyecto de Constitución³¹.

²⁹ Martínez Paz (n. 3), 277.

³⁰ Álvarez Álvarez (n. 25), 453.

³¹ Rürup (n. 9), 150.

La Constitución enuncia al *Reichstag* como órgano de representación principal del pueblo alemán. Era compuesto por diputados elegidos por el pueblo alemán para un periodo de 4 años (art. 20). Los diputados gozaban de las garantías de seguridad e independencia precisas para el ejercicio de sus funciones por el tiempo que duraran las sesiones y en tanto que una medida restrictiva podía trabar el libre ejercicio de sus funciones (arts. 36 ss.).

Las funciones desempeñadas por el *Reichstag* eran las relativas al ejercicio de la soberanía, la legislativa y la de control sobre los otros poderes. Ejercía funciones de soberanía al declarar la guerra y concluir la paz (art. 45), al autorizar las alianzas y tratados con los estados extranjeros. La función legislativa era la más amplia, abarcando casi la totalidad de su acción. Los poderes de contralor caracterizaban a la República de Weimar como sistema parlamentario: en el artículo 54 era previsto que el canciller y los ministros necesitan para el ejercicio de sus funciones la confianza del *Reichstag*. Además, podía dirigir interrogaciones e interpelaciones a los miembros del gobierno, pedir al pueblo la deposición del Presidente, y acusar a éste, al canciller y a los ministros ante la corte de justicia del Estado alemán (art. 59). Tenía el derecho a constituir comisiones de investigación (art. 34) y comisiones permanentes para los negocios exteriores, para la defensa de los derechos de la representación popular, frente al gobierno del Reich para el tiempo que no sesiona el *Reichstag*.

Una innovación importante era la creación del Presidente del Reich quién por medio del voto popular, directo y universal de todos los alemanes, representaría la unidad del pueblo. Con esta idea de “*Er-satzkaiser*” se asociaba la esperanza de que el Presidente del Reich, como institución neutral respecto a los partidos, pudiera ejercer una función integradora en el sentido del Estado “por encima de los partidos³²”. El Presidente tendría las facultades de firmar tratados y alianzas internacionalmente y poseería el “mando supremo de todas las fuerzas militares”. Además, tendría el poder importante de declarar el Estado de excepción “suspendiendo provisionalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales” (art. 48), por lo cual, a pesar de sus pocas

³² Rürup (n. 9), 150.

atribuciones, sería fundamental para el correcto funcionamiento de las instituciones y de la vida democrática del Reich.

El Gobierno por otra parte, sería asumido por un gabinete ministerial presidido por un Canciller imperial, que sería nombrado por el Presidente, en dicho órgano descansaría el Poder Ejecutivo del Estado y tendría que tener la “confianza del Reichstag para ejercer su cargo”. El gobierno participó de la acción ejecutiva en cuanto se exigió, para su validez, que el canciller o los ministros refrenden los actos del Presidente del Reich (art. 50) y en cuanto se le autorizó a dictar disposiciones generales y reglamentos para la ejecución de las leyes y vigilar su cumplimiento (arts. 15, 77, 88, 91, 98. 165). Participó de la acción legislativa al presentar proyectos de leyes ante el *Reichstag* (art. 68) y al convocar al *Reichsrat* y tomar parte en sus deliberaciones (art. 64). Dentro del gobierno se advirtió claramente una doble función: una puramente política atribuida al canciller, él es precisamente quien gobierna, y otra de simple administración, encargada, sea individualmente a los ministros, o colectivamente al gabinete (art. 58).

“La Constitución más democrática del mundo”: mecanismos de participación directa en la Constitución de Weimar

Pero el sistema democrático previsto por la Constitución de Weimar no se limitaba a los mecanismos de democracia representativa. Introducía también mecanismos de participación directa del pueblo en el gobierno. Toda vez que se trataba de modificar los límites territoriales de los *Länder*, la voluntad popular debía tenerse en cuenta. Cuando un tercio de los habitantes del *Land* interesado con derecho de voto pidió un plebiscito sobre la cuestión, el gobierno estaba obligado a ordenarlo, y si la solución era favorable a un cambio, el gobierno estaba obligado a presentar un proyecto en este sentido a la Asamblea del *Reich*. Similarmente, el Presidente del *Reich* podía ser depuesto, a pedido de la Asamblea del Reich, por vía de plebiscito. Si este era favorable al Presidente, queda en su puesto y la Asamblea se encontraba disuelta. En otras palabras, en caso de conflicto grave entre el Presidente del Reich y la Asamblea, podía recorrer directamente al pueblo, quien decidió en una sola votación imprimiendo su rumbo al gobierno. El pesado mecanismo del juicio político quedaba aquí reemplazado por el más simple

del plebiscito, ofreciendo esto procedimiento además el medio de evitar los prolongados conflictos de poderes.

La intervención del pueblo en el proceso legislativo era aún más amplia. Para la sanción de las leyes se requería la participación del Presidente del *Reich*, del *Reichstag* y del *Reichsrat*. Si una ley votada por el *Reichstag* fue vetada por el *Reichsrat*, el Presidente del Reich debía, si la ley modificó la constitución, y podía, si se trató de una ley ordinaria, someterla al referéndum popular. Conforme al resultado de éste, predominó el voto de una o de otra Asamblea (arts. 76 y 74). Si una ley dictada por el *Reichstag* no fue aceptada por el Presidente del Reich, éste podía antes de ordenar su publicación someterla al referéndum (art. 73). Era también caso de referéndum cuando lo pidió una vigésima parte de los que tenían derecho a voto, relativamente a una ley cuya publicación había sido suspendida (art. 73). Pero la participación popular en la legislación más interesante resultaba de la de iniciativa de las leyes. Un décimo de los electores podía presentar un proyecto de ley para que sea sometida al referéndum y si éste le era favorable pasó a la Asamblea del Reich para su aprobación.

IV. INTERVENCIONISMO ESTATAL EN LA ECONOMÍA

Otro rasgo característico de la Constitución de Weimar era la consagración de un rol principal en la economía. En consecuencia, directa de la economía de la guerra que ya había roto con gran parte de las tradiciones clásicas del liberalismo la Constitución de Weimar marcó un paso importante consagrando la intervención estatal en la vida económica y social también en tiempo de paz. Contenía una multiplicidad de disposiciones que versan sobre el orden económico, educativo, social, familiar y religioso, entre otros. Sus artículos permitían la vinculación directa del Estado en la regulación y control por parte de este, en las materias e intereses de los temas mencionados. Es de resaltar que el intervencionismo de Estado no fue nuevo para Alemania —ni lo era para el mundo—, solo que las nuevas regulaciones iban más allá de lo acostumbrado³³.

³³ Restrepo Zapata (n. 7), 95.

Los artículos que asignaban atribuciones importantes al Estado en materia de la regulación e infraestructura económica incluyeron los artículos 6³⁴ y 7³⁵. Su análisis pone de relieve que el fortalecimiento del mercado nacional obligaba, en algunos casos, a proteger mediante una carga arancelaria a los productos interiores, su regulación corría por cuenta del Estado, el cual —bajo su única discreción—, tenía la potestad constitucional de incrementarlos o rebajarlos, dependiendo de las necesidades que se estuviesen presentando (Artículo 6). La necesidad de fomentar el desarrollo nacional se daba en un momento de extrema debilidad económica. La Guerra desgastó el complejo industrial construido durante el Imperio y la capacidad fiscal del Estado estaba en entredicho.

La adopción de un ordenamiento que pudiera versar sobre la demografía del país, y con ello sobre los recién nacidos, los niños y los jóvenes, era también un elemento central del intervencionismo estatal en la vida cotidiana de la sociedad alemana. La Constitución abría la puerta a los legisladores para ir más allá y regular aspectos como la maternidad, derechos de la juventud, lo sanitario, lo veterinario e incluyendo “la protección de las plantas contra enfermedades y agentes nocivos” (Artículo 7). De esta manera, el texto de la Constitución indicó el carácter amplio de la intervención estatal, que no solo tuviera en cuenta la economía, sino que también entrarían en el dominio estatal aspectos como la construcción de obras, la regulación del comercio, la industria y hasta la cultura. Además, el artículo 9 permitió la ampliación

³⁴ “El Reich tiene a su cargo la legislación exclusiva sobre: (...) 6. Régimen aduanero, así como unidad del territorio aduanero y mercantil, y libre circulación de mercancías; 7. Organización de correos y telégrafos, incluyendo, además, los teléfonos...”

³⁵ “El Reich legisla sobre: (...) 7. Política demográfica, protección a la maternidad, a los lactantes, a la infancia y a la juventud; régimen sanitario, régimen veterinario y protección de las plantas contra enfermedades y agentes nocivos; (...) 9. Derecho obrero, seguro y protección de obreros y empleados, así como bolsas de trabajo; (...) 12. Derecho de expropiación; 13. Socialización de las riquezas naturales y empresas económicas, así como producción, elaboración, reparto y fijación de precios de bienes económicos para la economía colectiva; 14. Comercio, sistema de pesas y medidas, emisión de papel moneda, régimen bancario y bolsas.... 16. Industria y minería; 17. Régimen de seguros; 18. Navegación, pesca de altura y pesca costera; 19. Ferrocarriles, navegación interior, circulación automotora por tierra, mar y aire; así como la construcción de carreteras, tratándose de tráfico general o en cuanto afecte la defensa del país...”.

de la jurisdicción del *Reich*, siempre que esta tuviera la intención de conseguir el “bienestar común”.

Los medios de transporte similarmente fueron objeto de una exhaustiva intervención. Los ferrocarriles serían propiedad del Estado, quien se encargaría de su expansión y conservación en base del interés general. Además, aquellos que no estuvieran bajo su dominio, quedaban sujetos a la inspección de las autoridades correspondientes. Asimismo, todos los sistemas férreos quedaban a disposición del Estado por casos de defensa nacional. También, las vías fluviales serían objeto de intervención y control por parte de la institucionalidad. El artículo 97 expresaba que “es deber del Reich asumir la propiedad y administración de aquellas vías navegables que sirvan para el tráfico general. (...) Con el traspaso de una vía navegable al Reich, adquiere este el derecho de expropiación, de imponer tarifas, así como el régimen de aprovechamientos fluviales y de navegación”. Con todo lo anterior se configuraba un monopolio estatal a los medios de transporte, llevando la intervención a los niveles de posesión, dominio, control y operación de las arterias del Reich.

En cuanto a la vida social, el Estado se asignaba como misión “velar por la conservación de la pureza, sanidad y fomento social de la familia”, caso que, frente a una libre interpretación, podría justificar algunas teorías vitalistas, nacionalistas o incluso puristas de la raza alemana. También otorgaba a la educación “de la prole”, el carácter de “deber y derecho natural de los padres”, y se definió que la educación de la juventud se debía atender por medio de instituciones públicas, donde la “formación de maestros deberá regularse homogéneamente, siguiendo principios que se aplican a la alta cultura en general. Además, el Estado podía inspeccionar las organizaciones escolares cuando así lo dispusiera. Todo ello implicaba una agrupación de funciones, que pasarían por la autoridad y orden del Estado, que procuraría el “fomento social” y el “bienestar” de Alemania. Intervenir en aspectos como la familia y la educación expandía las posibilidades del Estado de llegar a todos los niveles de la sociedad. Con ello se aseguraría el control y la regulación desde lo micro hasta lo macro³⁶.

³⁶ Restrepo Zapata (n. 7), 97.

Un aspecto importante de tratar en este contexto es la reforma de la tierra que se consagraba en la Constitución. El artículo 155 habló sobre los usos y posesiones de la tierra, expresando que “el reparto y el aprovechamiento del suelo será inspeccionado por el Reich, de tal suerte que impida los abusos y tienda al objetivo de que cada alemán tenga una habitación sana y que todas las familias alemanas, especialmente las numerosas, tengan a su disposición una cantidad de terreno suficiente a sus necesidades”. También agregaba que “podrá ser expropiada la propiedad de aquellos inmuebles cuya adquisición se requiera para las necesidades de habitación, para el fomento de la colonización o rotulación, y para el mejoramiento de la agricultura”. Además, exponía que “el cultivo y explotación del suelo es un deber del propietario para con la colectividad. El aumento del valor del suelo, que no sea debido a una inversión de trabajo o de capital, redundará en beneficio de la colectividad”. Estas capacidades de intervención del Estado modificaban y limitaban la inviolabilidad del régimen de propiedad privada que, a pesar de consagrarse en la Constitución, tenía unos condicionantes claros, basados en la productividad. La tasa demográfica que presentaba Alemania en 1919 – aproximadamente 61 millones de habitantes – requería la desamortización de tierras sin uso. Esto exigió la adopción de herramientas fuertes por parte del Estado, que permitieran la enajenación de la propiedad privada con la función de colectivizarla y volverla productiva. Además, convirtió en deber el cultivo y la producción, como también refundó a la propiedad dentro del espíritu colectivo. Esta faceta de la Constitución destronaba a los latifundistas que se anclaban a la posesión de la tierra como sustento de su poderío económico³⁷.

La colectivización de la tierra, al ser planteada como objeto para el bienestar de las familias, inauguraba una posición socializante de la propiedad, con lo cual tendría matices marxistas, pero que, al mismo tiempo, reconocía a la propiedad privada dentro del marco normativo. Por todo lo anteriormente expuesto, algunos consideraban “contradictorio y oscuro el texto de la Constitución de Weimar respecto de la propiedad privada”, exponiendo la falta de garantías institucionales para afrontar los retos que allí se planteaban los legisladores³⁸.

³⁷ Restrepo Zapato (n. 7), 98.

³⁸ Schmitt (n. 22), 232/33.

V. DERECHOS FUNDAMENTALES Y TRANSFORMACIÓN DE ORDEN SOCIAL

En su segunda parte principal, la Constitución de Weimar consagró un catálogo extendido de los derechos fundamentales de los alemanes. La ampliación de derechos políticos y la homogenización de la igualdad ante la ley de hombres y mujeres, se consiguió con una serie de artículos que planteaban que “todos los alemanes son iguales ante la ley. Hombres y mujeres tienen por principio los mismos derechos y deberes políticos. Los privilegios o restricciones que en materia de derecho público se derivan del nacimiento o pertenencia a una clase determinada quedan abolidos. Los títulos nobiliarios servirán solo como parte del nombre y no se concederán en lo sucesivo. Solo podrán concederse títulos cuando designen un cargo o una profesión. Esto no afecta a los grados académicos (art. 109)”. Este artículo eliminaba los históricos privilegios estamentales de una sociedad profundamente aristocrática, quebrando de esta manera las tradiciones de origen feudal y dando vía libre al nuevo mundo económico y político que deseaban los sectores socialdemócratas³⁹. La no-distinción por clases fue una utopía que tenía sus límites en una sociedad acostumbrada a la tradición aristocrática y monárquica, la posterior aparición de Hindenburg en la presidencia del Estado daría una clara muestra del poco deseo de abandonar las arcaicas distinciones de poder en Alemania.

La adopción de la igualdad ante la ley de todos los alemanes – hombres y mujeres –, implicaba realizar la inclusión del sector femenino en el mundo político, en las mismas condiciones que lo realizaban los hombres. La nueva disposición constitucional reconocía, de este modo, que el papel de las mujeres sería fundamental para la República que planteaban en Weimar. Además, el contexto de Alemania demandaba una democratización de la sociedad y el pasado reciente del país, que posicionó a las mujeres en el sector industrial y económico, mientras los hombres luchaban en el frente de batalla. Ello obligó a los legisladores a extender los derechos y, con ello, los deberes.

³⁹ Restrepo Zapata (n. 7), 100.

El caso femenino también fue tratado y complementado por el artículo 128, donde se menciona que *“todos los ciudadanos, sin distinción, son admisibles a los cargos públicos según su capacidad y aptitudes y con arreglo a las leyes”*, y donde, además, *“se derogan todas las disposiciones de excepción relativas a los funcionarios femeninos”*. De esta manera, las mujeres podían elegir y ser elegidas, en el marco que las leyes dispusieran.

Finalmente, la modernización implicaba una clara política laica en el Estado. En sintonía con esto, la Constitución consolidaba el respeto por la diversidad religiosa en Alemania. El artículo 135 hablaba de la *“plena libertad de creencia y de conciencia. El libre ejercicio del culto está garantizado por la Constitución y queda bajo la protección del Estado”*, libertad que era complementaria a las consagradas en los artículos 118, 123 y 124 de palabra, prensa, reunión y asociación. También el aparato estatal sería independiente de las formulaciones religiosas, y las creencias no podrían interferir en las funciones y decisiones de los empleados públicos. La más explícita referencia al carácter no confesional de Alemania se encontraba en el artículo 137, que señalaba que *“no existe religión del Estado”*, con lo cual se rompía de lleno con los privilegios que las iglesias habían tenido en los asuntos seculares y las limitaba a ejercer sus creencias en el marco de la ley y en iguales condiciones jurídicas, unas y otras. Artículos 137 y las demás disposiciones reglando las relaciones entre el Estado y las comunidades religiosas fueron las únicas que posteriormente han sido incorporados integralmente en el texto de Ley Fundamental de la República Federal de Alemania en 1949.

VI. EN PARTICULAR: LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Todo lo anterior intentaba transformar un sistema político basado en la jerarquización y en el mantenimiento de una sociedad estamental, que estaba desapareciendo en gran parte del mundo occidental. La industrialización acelerada, heredera de la Revolución Industrial británica, fue la promotora de la expansión de un sector fundamental para el

desarrollo económico: la clase obrera. Estos hombres, mujeres e incluso niños, eran la base para el funcionamiento de los complejos industriales que buscaban la consolidación de un sistema económico basado en la obtención de lucro. Durante todo el siglo XIX, Alemania consiguió fomentar todo su aparataje industrial, reforzando el mercado nacional y promoviendo la ciencia y la tecnología. En el proceso se pasó de un Estado con un régimen agrario, fundado en tiempos feudales, a un Estado industrial, que buscaba mercados y lucro dentro y fuera del país. Los obreros se convirtieron en uno de los eslabones más importantes de las cadenas de producción y su contribución al sector muchas veces no se veía retribuida en salarios o en calidad de vida. Bismarck, como buen estadista, había comprendido que debía reducir las presiones de la sociedad, concediendo un paquete de medidas legislativas como la Ley del Seguro de Enfermedad, en 1883, destinada a permitir una atención a la salud de los trabajadores, y una serie de garantías en la vejez.

Frente a los reclamos provenientes de los diferentes sectores sociales, los autores de la Constitución de Weimar incluyeron un conjunto de disposiciones regulando aspectos laborales, sanitarios y pensionales en el texto constitucional, que en ocasiones fueron novedosos en su formulación. Se estipulaba que *“el Reich legisla sobre: (...) protección a la maternidad, a los lactantes, a la infancia y a la juventud; régimen sanitario; (...) Derecho obrero, seguro y protección de obreros y empleados, así como bolsas de trabajo...”* (Artículo 7). Más adelante el artículo 7 señala que *“las energías de trabajo están bajo la protección especial del Reich. El Reich creará un derecho obrero homogéneo”*. Además, *“el trabajo intelectual, el derecho del autor, del inventor y del artista, gozan de la protección y asistencia del Reich. Por medio de convenciones internacionales se procurará dar validez y protección, incluso en el extranjero, a la ciencia, arte y técnica alemanes”*.

Todo ello facilitaba la reclamación y estructuración de derechos sindicales, conseguidos por el peso que la clase obrera ejercía en el Estado alemán de este período. También el derecho al descanso fue señalado por el artículo 139, expresando que *“el domingo y los días reconocidos como festivos, son puestos bajo la protección de la ley como días de descanso y de consagración espiritual”*. El receso laboral también

fue protegido por la Constitución cuando se tratara de ejercer derechos políticos, como en el caso de las elecciones: *“Quien se hallare en una relación de trabajo o servicio como obrero o como empleado, tiene el derecho de disponer de todo el tiempo libre necesario para ejercer sus derechos cívicos, e incluso, cuando con ello no perjudique en gran manera la marcha del trabajo, a ejercer los cargos públicos de carácter honoríficos que se le hubiesen confiado. La ley determinará hasta qué punto tiene derecho a retribución”*.

Esto, sin duda, garantizaba los ejercicios democráticos que fueran convocados por las organizaciones obreras, algo que tenía suma relación con las libertades de sindicalización que se consagraban en el artículo 159 y que velaban por la *“defensa y mejora de las condiciones de trabajo y producción”* y que no distinguía profesión. *“Todas las confabulaciones o medidas que intenten coartar o restringir esta libertad son contrarias a la ley”*. Ello daría pie a fortalecer las causas y los discursos que buscaran la defensa de lo obrero, ya no como un ideal por buscar, sino por consolidar y potenciar.

En cuanto a la legislación social, el artículo 161 exponía que *“para conservar la salud y la capacidad de trabajo, para la protección de la maternidad y para la previsión contra las consecuencias económicas de la vejez, debilidad y azares de la vida, creará el Reich un vasto sistema de seguros con la colaboración directa de los asegurados”*. Esto complementaría las leyes sociales que tenía Alemania, y condicionaba el aporte de los trabajadores. La salud de ellos garantizaba la prestación adecuada de sus servicios y disminuiría la improductividad de las personas.

Una de las disposiciones que pudo interpretarse dentro del espectro socialista, era la que versaba sobre los consejos del trabajo y de economía – algo similar a los consejos propuestos desde el marxismo. En ellas se hablaba de la colaboración de los empleados, a igual nivel que los empresarios en *“la regulación de las condiciones de salario y de trabajo, así como en el desarrollo económico total de las fuerzas productoras”* (art. 165). Entraban en las atribuciones de estos Consejos la de colaborar en la ejecución de las leyes de socialización, y en la elaboración de los proyectos de ley sobre política económica que les eran sometidos por el gobierno. Además, tenían el derecho de presentar por sí

proposiciones de ley sobre materias económicas que el gobierno estaba obligado a remitir al Reichstag⁴⁰. Aunque eran meramente consultivos, invitaban a la vinculación de las fuerzas en los asuntos económicos que afectaran a ambas partes, para tratar de proyectar resultados consensuados. Todo ello estructuró un Estado paternalista, de corriente social, que intentaba promulgar una legislación en favor de algunos sectores importantes para la economía, sin afectar los regímenes de propiedad o a los tenedores de los medios de producción⁴¹.

VII. CONCLUSIÓN: LA ACTUALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR

La Constitución de Weimar era controvertida en su época. La Constitución no era producto de una revolución triunfante sino el fruto de la derrota de Alemania en la Primera Guerra Mundial. No era la proclamación, poderosa y segura de sí, de un nuevo orden político y social. Hacía falta y se la respetaba, mientras fuera necesario, pero no se la amaba, ni en el momento de surgir ni en el ulterior transcurso de República⁴². Por otra parte, las disposiciones sobre la democracia directa tanto como la parte sobre derechos, incluso sobre derechos económicos y sociales, pertenecen a las partes de la Constitución que han dado lugar a su fama como una de las Constituciones más libres de mundo⁴³.

Lo cierto es que los autores de la Ley Fundamental alemana, de la constitución alemana que fue adoptada tras la derrota final de Alemania en la Segunda Guerra Mundial, trataban la constitución precedente largamente como modelo negativo. Sólo el capítulo sobre las relaciones entre el Estado y las comunidades religiosas fueron incorporados integralmente en el texto de la nueva Constitución. Todas las otras partes de la Constitución fueron reformadas, en muchas instancias de manera fundamental. Sobre todo, la arquitectura institucional, especialmente la concepción del Presidente del Reich como *Ersatzkaiser* y sus poderes

⁴⁰ Martínez Paz (n. 3), 279.

⁴¹ Restrepo Zapata (n. 7), 103.

⁴² Rürup (n. 9), 126.

⁴³ Ernst Fränkel, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Stuttgart 1964, 71.

excepcionales del artículo 48, pero también los mecanismos de participación directa de los ciudadanos, fueron identificados como entradas potenciales para corrientes autoritarios y totalitarios a la luz de la experiencia de Weimar, y reformado fundamentalmente.

Sin embargo, se puede decir que el intento de reconciliar la clase obrera con la República a través de la protección constitucional de derechos económicos y sociales ya indicaba un rasgo principal del futuro constitucionalismo alemán de la época posguerra. La implementación de muchas garantías sociales y económicas previstas en la Constitución de 1919 no tuvo lugar, principalmente por que los industriales no reconocían, más la necesidad de políticas sociales progresivas cuando desvaneció el espectro de la revolución en los años siguientes. Frente a eso, el papel que habían jugado los conflictos sociales en el naufragio de la primera República alemana era fuertemente presente en la mente de la clase política alemana que construía un estado de bienestar generoso en la época posguerra sobre una base textual mucho más escasa – esencialmente el principio de Estado social en el artículo 20 de la Ley Fundamental – que la que formaban las varias disposiciones sobre derechos económicos y sociales y la vida económica en la Constitución de Weimar. Por eso lograron, por medio de políticas económicas y sociales progresivas, en la integración de la clase obrera en el estado como fundamento de la estabilidad política y social que siempre había eludido a los arquitectos y defensores de la Constitución de Weimar⁴⁴.

⁴⁴ Ya en los debates de la Asamblea Constituyente en Weimar en 1919 el liberal Friedrich Naumann había introducido la idea del Estado social en el debate sobre derechos fundamentales, véase Rürup (n. 9), 154.

EL HUNDIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA REPÚBLICA DE WEIMAR

JESÚS MARÍA CASAL*

INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN

SUMARIO

I. Introducción. II. La Constitución de Weimar: luces y sombras. III. Los gabinetes presidenciales y la grave degeneración institucional sufrida desde 1930. 1. Los gabinetes presidenciales. 2. La tenaza antiparlamentaria de los artículos 25 y 48 de la Constitución. IV. Las tentativas para salir explícitamente del sistema constitucional de Weimar, el golpe de Prusia y el papel de Carl Schmitt. V. El ascenso de Hitler al gobierno y los últimos decretos de emergencia. VI. Reflexiones sobre el hundimiento de la Constitución de Weimar.

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Premio Georg Forster de la Fundación Alexander von Humboldt.

I. INTRODUCCIÓN

Al haberse cumplido en 2019 el centenario de la aprobación de la Constitución de Weimar, se ha renovado la discusión académica acerca de su significado como fuente político-normativa del periodo de entreguerras¹, que reflejaba aspiraciones de transformación política y social y a la vez conservaba puntos de apoyo con la tradición heredada. Se subrayan sus aportes al constitucionalismo, entre los cuales sobresale la consagración de un sistema democrático, con sufragio universal, igual y libre, lo cual inauguraba la democracia en Alemania, bajo un marco republicano. Ello implicaba un cambio en el paradigma de legitimación, en un régimen que todavía en 1918 mantenía, en el importante Reino de Prusia, un sufragio limitado y desigual que se canalizaba a través de estados o clases, y que tenía una estructura general de poder monárquica, con un parlamento para toda Alemania cuyas funciones eran reducidas, principalmente de deliberación y ratificación de algunas decisiones del Emperador o de su Canciller. Este parlamento era electo mediante sufragio universal masculino, pues las mujeres estaban excluidas del ejercicio del derecho al voto, y las reglas electorales, especialmente las

¹ Vid. entre otros, Häberle, Peter, “La Constitución de Weimar en su texto y su contexto. Una mirada cultural en retrospectiva y perspectiva”, en *Revista Historia Constitucional*, No. 20, 2019, pp. 297 y ss.; Di Fabio, Udo, *Die Weimarer Verfassung, Aufbruch und Scheitern*, Munich, Beck, 2019. Con una óptica referida al antiparlamentarismo de entreguerras vid. Esteve Pardo, José, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2019; Koessler, Manfredo y Zuluaga, John (Ed.), *La Constitución de Weimar en los desafíos del siglo XXI. Una mirada desde Latinoamérica. Homenaje a los 100 años de la Constitución de Weimar (1919–2019)*, Weimar, Eckhaus Verlag, 2019. Se recomienda también consultar en general el No. 20 de la *Revista Historia Constitucional* (2019) con una sección dedicada a la Constitución de Weimar, en <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/issue/view/24/showToc>.

relativas al tamaño de los circuitos, generaban enormes desigualdades con clara orientación desfavorable hacia las mayorías populares².

Estas barreras a la participación política fueron mitigadas mediante reformas que reflejaban reclamos históricos de los sectores obreros, que se habían organizado en lo social y en lo político para obtener condiciones dignas de trabajo y mayores posibilidades de influencia en los asuntos públicos. Algunos logros se obtuvieron durante la Primera Guerra Mundial, como la eliminación de las desigualdades más ostensibles en el sufragio al parlamento del Imperio, y la introducción de las bases para un sistema parlamentario, con el otorgamiento de mayores facultades decisorias a la representación popular y, por tanto, con más incidencia de las mayorías sociales en la conducción política. Sin embargo, esto último ocurrió ya al final de la conflagración mundial y con una élite gobernante que procuraba diluir o evadir responsabilidades ante el previsible fracaso militar y la ulterior firma de la paz, trasladándolas al parlamento³. La Constitución de Weimar abrió las compuertas a las exigencias pendientes y reconoció el verdadero sufragio universal, masculino y femenino, igual y directo, lo que se tradujo entre otras cosas en la supresión del voto por estados en Prusia. La soberanía popular como principio de legitimación se proyectaba además en la previsión de los referendos y otros mecanismos de democracia directa concebidos para dirimir diferencias entre poderes y favorecer la iniciativa popular en la formación de las leyes.

Esta cristalización constitucional de la que ha sido calificada como democracia de masas fue un giro copernicano en Alemania y define un aspecto neurálgico de la Constitución de Weimar. A ello se sumó como signo distintivo la incorporación a la Constitución de contenidos económicos y sociales vinculados a lo que sería denominado el Estado social de Derecho, lo cual trascendería al constitucionalismo comparado. Igualmente, dicho texto normativo abordó un tema que ha sido crucial en la formación del Estado Alemán como lo es la organización político-territorial, esto es, la articulación entre el poder federal y el de

² Frotscher, Werner y Pieroth, Bodo, *Verfassungsgeschichte*, Beck, Munich, 2018, pp. 222 y ss.

³ *Ibid.*, pp. 244 y ss.

los Estados federados (*Länder*), lo cual dio lugar a intensas discusiones durante la preparación de la Constitución, con ajustes, a petición de los *Länder*, en algunos elementos centralizadores del proyecto inicial, que impactaron en la elaboración ulterior del texto constitucional⁴ y desembocaron en un ensayo relativamente original de arreglo institucional en materia de forma de Estado.

El centenario de la Constitución de 1919 ha colocado también en el tapete la discusión recurrente sobre las causas de la caída de la República de Weimar y sobre la influencia de esa Constitución en dicho naufragio y en la irrupción del totalitarismo nacionalsocialista. Los estudios recientes se apartan de algunas visiones que habían estado centradas en los errores en el diseño constitucional como causa explicativa del hundimiento y asumen una perspectiva más amplia y matizada⁵. En general, prevalece la opinión de que son equivocadas las aproximaciones monocausales y de que fueron factores diversos los que condujeron al ocaso de la República de Weimar, de índole interna e internacional; de carácter tanto político como económico; de origen civil y militar. La cultura política jugó también un papel relevante. La Constitución repercutió igualmente en ese desenlace, pues algunas de sus disposiciones facilitaron la erosión institucional que allanó el camino para el dominio autoritario de Hitler. Corrientemente se ha afirmado que el artículo 48 de esa Constitución, referido a las medidas de emergencia que podía adoptar el presidente del Reich en situaciones de excepción, fue la clave para el derrumbamiento de la República proclamada en 1918, pero la cuestión demanda un tratamiento más detenido.

Luego habrá ocasión de examinar esa Constitución y algunas de las críticas que ha recibido. Lo que ahora interesa puntualizar es que, si nos ceñimos a un análisis sobre la incidencia del texto constitucional en la caída de la República de Weimar, el criticable artículo 48 es claramente insuficiente para explicarla, ya que han de tomarse en cuenta asimismo otros preceptos de la Constitución con los que estuvo acoplado

⁴ Jellinek, Walter, “El proceso de elaboración de la Constitución de Weimar”, en Mortati, Constantino, Jellinek, Walter y Bühler, Ottmar, *La Constitución de Weimar, Colección Clásicos del Pensamiento* (Eloy García, Dir.), Madrid, Tecnos, 2010, pp. 77 y ss.

⁵ Dreier, Horst y Waldhoff, Christian, *Das Wagnis der Demokratie*, Beck, Munich, 2018, pp. 9 y ss.; Di Fabio, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

en la fase de degeneración autoritaria. Además, no puede entenderse la funcionalidad de esos preceptos sin considerar las instancias políticas que utilizaron y adulteraron normas de la Constitución para socavarla y el contexto institucional en que esa labor de instrumentalización normativa se llevaba a cabo. La fractura del mundo político, la lucha a muerte entre el comunismo y la socialdemocracia o entre la derecha nacionalista y la izquierda radical, la fragmentación de la representación parlamentaria, y la imposibilidad de construir compromisos para una mínima gobernabilidad, debilitaron enormemente al parlamento y abrieron las puertas a gobiernos dependientes del Presidente del Reich y no del respaldo de la mayoría parlamentaria, a falta de una previsión constitucional expresa sobre la necesidad de contar con la confianza parlamentaria para la investidura del Canciller del Reich.

Esas complicaciones en la dinámica parlamentaria se usaban como pretexto para acudir al artículo 48 de la Constitución, enlazado como veremos con su artículo 25. Esto implicó un desplazamiento hacia una forma de gobierno ejecutivista, con concentración de poderes. El trasfondo de la inoperancia del parlamento y de este desenlace fue, no obstante, la ausencia de lealtad hacia la República por parte de sectores conservadores, que se reunirían en torno al presidente Hindenburg, y de los comunistas. La República de Weimar se derrumba en gran medida en virtud de la existencia de “una República sin republicanos”, “una Democracia sin demócratas”⁶. Esto por supuesto es una simplificación, por cuanto había sectores importantes comprometidos con el cambio hacia un sistema republicano y democrático. Pero los hechos históricos coetáneos a la instauración de la República democrática, junto a la pervivencia en posiciones de poder civil y militar de quienes seguían ligados a la mentalidad monárquica y a los valores de ese orden político y social, conspiraron contra el naciente orden constitucional.

En otras palabras, al determinar el influjo de los errores de la Constitución de 1919 en el declive y ocaso de la República de Weimar debe incluirse en el análisis la realidad del ejercicio del poder en que aquella se insertaba, y al examinar el naufragio de esta República han de tenerse

⁶ Schildt, Axel, *Die Republik von Weimar, Deutschland zwischen Kaiserreich und “Drittem Reich” (1918-1933)*, Erfurt, Landeszentrale für politische Bildung Thüringen, 1997, p. 6.

en cuenta, entre otras, circunstancias como el Tratado de Versalles y sus condiciones; la leyenda de la puñalada por la espalda fraguada en torno a la finalización de la guerra y la firma de la paz; la cruenta pugnacidad desatada en la primera fase republicana, entre los inflexibles defensores de un proyecto de república de consejos de trabajadores y soldados, de inspiración soviética, y quienes en el frente revolucionario de 1918 respaldaron el tránsito hacia un sistema representativo-parlamentario; la grave situación económica inflacionaria sufrida en esa fase, junto a las elevadas reparaciones de guerra y las acciones emprendidas contra Alemania para garantizar su cobro; la generalización de la violencia, hasta el punto de poner en entredicho el monopolio estatal sobre el uso de la fuerza; el apuntalamiento de los militares como factor autónomo de poder, en medio de una significativa militarización de la vida pública, con la propagación de grupos paramilitares, en parte formados o apoyados por el ejército; la desvinculación de cuadros importantes de las fuerzas armadas, de la judicatura y de la administración respecto del nuevo orden republicano y democrático; el acerbo e irreconciliable enfrentamiento entre las distintas fuerzas políticas, como antes se apuntó; y el desplome de la economía en 1929⁷. Igualmente, ha de ponderarse la repercusión de los errores de la Constitución, pero una visión de conjunto permite afirmar que la Constitución de 1919, como marco normativo del primer ensayo democrático en Alemania, fue también una víctima de los actores y circunstancias mencionadas, sobre lo cual volveremos. Por tanto, al aludir al hundimiento de esta Constitución ha de prestarse atención al contexto que llevaba sobre sus hombros.

El estudio del periodo final de la vigencia de la República de Weimar y de su Constitución ha recobrado interés últimamente también en virtud de la creciente literatura relativa a los procesos de desmantelamiento de la democracia constitucional. Se ha mencionado la caída de dicha República como un ejemplo del abrupto colapso de un sistema democrático, en virtud del derrumbe institucional que se precipitó por el uso del artículo 48 que propició Hitler en enero de 1933 y por la subsecuente sanción de la ley de plenos poderes⁸, lo cual merece una

⁷ Ibid., pp. 9 y ss.

⁸ Ginsburg, Tom y Huq, Aziz, *How to save a constitutional democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018, pp. 2018, pp. 35 y ss.

reflexión histórico-constitucional más pormenorizada que ponga de manifiesto el carácter determinante de la degeneración sufrida por esa República al menos desde 1930 y que muestre las insuficiencias de una fotografía focalizada en la llegada del Hitler al poder, en el incendio del parlamento (*Reichstag*) y en las medidas abusivas que se adoptaron con el pretexto de garantizar la seguridad.

Bajo estas premisas y con estos propósitos, en este trabajo se abordarán algunas de las críticas formuladas contra la Constitución de Weimar, así como algunos de los factores determinantes de su hundimiento. También se efectuará un análisis sobre las herramientas jurídicas que, puestas al servicio de una estrategia de gobierno ejecutivista y de planes autoritarios, favorecieron este desenlace. En particular, se aludirá al periodo de los denominados gabinetes presidenciales que se inició en 1930 y culminó con el completo naufragio de la República en 1933. Al considerar los hitos constitucionales fundamentales de esta etapa se destacará también el papel de los juristas. No se pretende desarrollar un tratamiento exhaustivo o histórico de estos temas, sino poner de relieve aspectos clave de esta evolución y de su desembocadura. Al final se formulará una reflexión crítica de conjunto.

II. LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR: LUCES Y SOMBRAS

Es trágica la suerte que corrió la Constitución de Weimar, asediada constantemente por la fragmentación y radicalización política, por los extremismos de la derecha y de la izquierda, hasta 1933, y lanzada luego por el nacionalsocialismo a la fosa común de los despojos del Estado de Derecho. ¿Cómo explicar este naufragio?

Para responder este interrogante es pertinente acudir a los elementos que tomó en cuenta el jurista italiano Constantino Mortati cuando examinó, en 1946, la Constitución de Weimar, en los prolegómenos de la elaboración de la Constitución de la República Italiana de 1948. Son los siguientes: la tradición histórica en que se encuentra inserta la Constitución; el ambiente en que se formó y desenvolvió, y las fuerzas político-sociales y los acontecimientos que recorrieron su existencia⁹.

⁹ Mortati, “La valoración de conjunto sobre la experiencia de la Constitución de Weimar”, en Mortati y otros, *op. cit.*, pp. 18-19.

Es preciso reiterar que sería infundado aludir al fracaso de esa Constitución sin ulteriores matizaciones, ya que en su derrumbe influyeron causas extrañas al diseño constitucional, y sería, por otro lado, un error equipararla al tratado de Versalles de 1919, como símbolo, para los alemanes, de la humillación sufrida y del entreguismo, pese a que esa haya sido entonces una extendida consigna. Tampoco es exacto incluirla entre las Constituciones de profesores del periodo de entreguerras¹⁰, por la notable influencia ejercida durante su formulación por el jurista Hugo Preuss, que sería semejante a la que tuvieron Hans Kelsen y Adolfo Posada sobre las Constituciones austríaca de 1920 y española de 1931, respectivamente, ya que ha sido puesta de relieve su significación histórica como Constitución democrática que reflejaba por primera vez el esfuerzo por incorporar en dicha Carta Suprema reclamos de sectores diversos, bajo el impulso de un pluralismo social y político que rompía los esquemas habituales del siglo XIX en la producción constitucional¹¹.

La Constitución de Weimar jugó un papel trascendental como expresión y símbolo de la lucha por hallar una senda política democrática y de contenido social, alternativa al comunismo, que preservara a la vez los fundamentos del liberalismo. De allí que sirviera de referencia en su tiempo como muestra del constitucionalismo democrático. El ensayo concreto ciertamente fracasó, pero no porque este propósito fuese equivocado ni principalmente porque la Constitución estuviera mal formulada, sino por motivos asociados básicamente al contexto histórico y político a que hizo mención Mortati y a una razón de fondo ligada a la idea motriz de la gestación constitucional.

¹⁰ Vid. Biscaretti, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, D.F./Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 513.

¹¹ De hecho, el proyecto inicial de Hugo Preuss debió ceder justamente en temas relativos a las disposiciones sociales y económicas de la Constitución y a las exigencias de los Estados o *Länder* referidas al reconocimiento de su estatus constitucional y competencias en términos más amplios a los que aquel preveía. La estructura política compuesta de Alemania es evidentemente anterior a esta Constitución, pero el intento de Preuss de racionalizarla y de reforzar la posición del Imperio o Reich y la de los municipios no pudo doblegar todas las reservas planteadas por los Estados, con lo cual lo profesoral que pudiera tener su texto fue en buena medida contrarrestado por las demandas de la realidad; véase Mortati, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

En lo que atañe al diseño institucional, los constituyentes se empeñaron en que ningún órgano constitucional pudiera actuar unilateralmente en la dirección política: ni el presidente del Reich, ni el Canciller o el Gobierno en su conjunto ni el parlamento. Las facultades del parlamento (*Reichstag*) aumentaron y el presidente del Reich, si bien era electo directamente por el pueblo, estaba concebido, aunque no completamente, como una instancia *super partes*. Como fuente última y árbitro permanente del proceso político estaba el pueblo, al cual podía acudir para dirimir conflictos mediante los referendos o plebiscitos constitucionalmente establecidos. Ocurrió, sin embargo, que ni el rol del presidente terminó correspondiéndose con lo pensado, en lo que pudo influir la ausencia de segunda vuelta limitada a los dos candidatos con mayor votación que no hubieran obtenido mayoría absoluta, ni los referendos llegaron a ser un mecanismo realmente operativo de participación democrática y fueron usados con fines demagógicos. En el fondo, el edificio constitucional dependía para su buen funcionamiento de la construcción de mayorías parlamentarias sólidas, que llevaran a trazar con estabilidad una orientación política definida¹². Pero el parlamento se mostró como un cuerpo incapaz no ya de conducir sino de seguir el paso a la dinámica política. La imposibilidad de formar mayorías y de alcanzar consensos, que era manifestación de la división entre los partidos democráticos y de la atomización del electorado, terminó anulándolo como órgano constitucional. Mientras que el presidente, con legitimación democrática directa, podía actuar con resolución dentro de su ámbito competencial, que ofrecía algunas pistas de desplazamiento fuera del molde de una instancia moderadora o *super partes*.

El artículo 48 de la Constitución, que otorgaba poderes excepcionales al presidente en situaciones de emergencia, dio lugar a reiterados abusos ejecutivos que socavaron la institucionalidad democrática, pero no ha de perderse de vista que ello se debió en buena medida a la ausencia de un parlamento mínimamente cohesionado con posibilidad de dictar oportunamente leyes frente a las crisis recurrentes de índole política, económico-financiera y social que vivió la República de Weimar.

¹² Mortati, *op. cit.*, p. 35.

El parlamento ni siquiera estuvo en condiciones de ejercer efectivamente sus competencias de control sobre los decretos presidenciales de excepción, contempladas en el mismo artículo 48, que hubieran podido conducir a que estos quedaran sin efecto. Solo una vez hizo uso el parlamento de esta facultad antes de 1930, mientras numerosos decretos fueron consentidos, al menos tácitamente¹³. La debilidad del parlamento se hizo patente además en el empleo de leyes de autorización o habilitación, no previstas en la Constitución, mediante las cuales se abonaba el terreno para la ejecutivización del sistema, antes de que Hitler figurara de manera relevante en la escena pública nacional.

La formulación del artículo 48 pecó por la extensión de las facultades vagamente contempladas¹⁴ y por no exigir una autorización o aprobación parlamentaria sobre la adopción de las medidas allí previstas, sino solo la obligación **del presidente de dejarlas sin efecto si el Reichstag** lo requiriera. Este precepto no tenía que conducir a la derivación autoritaria que terminó adquiriendo, si el contexto institucional hubiera sido otro, pero facilitó la concentración de poderes que menoscabó la República. En los primeros años de vigencia de la Constitución fue empleado frente a verdaderas situaciones de conflicto interior, aunque luego se ensancharía su campo material de aplicación, lo cual sería una de las grietas por las que discurriría el exacerbado poder presidencial, que se traduciría en la sustitución de la legislación por decretos ejecutivos¹⁵. La laxitud de interpretaciones doctrinales y de pronunciamientos judiciales secundó asimismo este recorrido. La degeneración del artículo 48 en arma antidemocrática se hizo palmaria a partir de la formación del gobierno de Brüning en marzo de 1930, el cual carecía de sustento parlamentario. Cuando este gobierno dictó, con base en el artículo 48, un decreto sobre el saneamiento socioeconómico contenido de medidas que no contaban con respaldo de la mayoría parlamentaria, el parlamento le negó su aprobación, y el asunto fue zanjado

¹³ Bühler, Ottmar, "Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos" en Mortati y otros, *op. cit.*, pp. 203 y ss.

¹⁴ Para una comparación respecto de los poderes extraordinarios que ostentaba el Emperador *vid.* Lübke-Wolff, *op. cit.*, p. 269.

¹⁵ Entre 1920 y 1924 fueron dictados más de cien decretos de emergencia con fundamento en el artículo 48 de la Constitución: Bühler, *op. cit.*, p. 205.

autoritariamente por el presidente del Reich mediante la disolución del parlamento, la consecuente convocatoria a elecciones y la reedición del decreto desaprobad¹⁶.

Pueden apuntarse otras deficiencias regulativas, como la ausencia de una previsión explícita sobre la necesidad del voto de confianza positivo para la formación del gobierno, lo cual permitió al presidente Hindenburg designar al Canciller y a los ministros en marzo de 1930, sin que este gobierno tuviera base parlamentaria, como primer paso hacia el absoluto declive del parlamento que se escenificaría entre ese año y 1933. Sin embargo, pesaron mucho las otras razones arriba apuntadas, junto a las interpretaciones de juristas y tribunales que acompañaron el relajamiento del tejido constitucional.

Así, las leyes de habilitación no estaban contempladas en la Constitución, pero la crisis económica, secundada por las obligaciones derivadas de las reparaciones impuestas por el tratado de Versalles, y el deterioro del marco partidista y parlamentario, propiciaron su adopción. Ante la discusión sobre su posible inconstitucionalidad, se adujo que, al ser dictadas tales leyes con una mayoría de las dos terceras partes, se alcanzaba la mayoría calificada prevista en la Constitución para su reforma, por lo que no tendría sentido plantearse la inconstitucionalidad de tales leyes, pues en todo caso la Constitución habría quedado tácitamente modificada en virtud de las mismas. Según la interpretación dominante del artículo 76 de la Constitución de Weimar, este permitía las reformas constitucionales tácitas¹⁷, pero aun así la fragilidad de la solución salta a la vista, ya que una cosa hubiera sido modificar con carácter general la Constitución para admitir las leyes de autorización o habilitación y otra distinta era sancionar puntualmente leyes que se apartaran de las disposiciones constitucionales, intentando justificarlas mediante mayorías calificadas.

La grieta abierta en la constitucionalidad por los abusos en la invocación del artículo 48 y por las leyes de habilitación, en cuyo trasfondo se hallaba, no lo olvidemos, el hundimiento del parlamento, fue luego transitada por el nacionalsocialismo, con el apoyo del propio presidente

¹⁶ Schildt, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

¹⁷ Bühler, *op. cit.*, pp. 240-241.

Hindenburg, por medio de la emisión del decreto de emergencia del Presidente del Reich para la Protección del Pueblo y del Estado, del 28 de febrero de 1933, fundado en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, con la cual se respondía a los hechos ligados al incendio de la sede del parlamento del Reich. Este decreto suspendió varios derechos civiles y políticos y fue usado para convalidar la detención de Diputados y líderes comunistas, lo cual facilitó la sanción por un parlamento agónico, cercado y mutilado, de la ley de autorización o de plenos poderes del 24 de marzo de 1933, que representó la demolición de la institucionalidad de la Constitución de Weimar, como veremos. El nacionalsocialismo no se molestó en derogar expresamente esta Constitución y en dictar una nueva.

Sorprende que un jurista como Walter Jellinek, al escribir en 1930 sobre la Constitución de Weimar, no hubiera apreciado el declive hasta entonces sufrido por esa Constitución y los serios riesgos que la acechaban. Hallándose en el borde del precipicio hacia el régimen autoritario y luego totalitario que se avecinaba, Jellinek sostuvo, refiriéndose a esa Carta Magna, que: *“Sus diez años de vigencia han servido, a ojos vista, para consolidarla. Quien hoy pretendiera poner en duda su consistencia jurídica o su duración quedaría en ridículo”*¹⁸. Esto puede deberse a un error de percepción de los fenómenos en desarrollo, ya avanzados, aunque se explica también por el punto de inflexión que en parte representó ese año de 1930, en el cual todavía estaba abierta en términos históricos la posibilidad de una salida a la crisis de Weimar distinta a la que finalmente se impuso. Cuando se examina retrospectivamente el ascenso de Hitler al poder, tiende a verse una línea perfectamente continua e inexorable entre el progresivo debilitamiento de la institucionalidad parlamentaria de la República de Weimar y la hegemonía del nacionalsocialismo, pero la cuestión es más compleja, pues como ha sostenido el historiador Ian Kershaw, este no fue un resultado inevitable¹⁹. Pero ya conocemos el desenlace. El mismo Jellinek fue removido de su cátedra como Profesor de Derecho Público de la Universidad de Heidelberg en 1935, por su ascendencia judía.

¹⁸ Jellinek, *op. cit.*, p. 112.

¹⁹ Kershaw, Ian, *Hitler. La Biografía Definitiva*, Madrid, Colombia, Crítica, 2016, p. 330.

¿Cuál fue en definitiva la causa principal del naufragio de la Constitución de Weimar? Fueron muchas, pero desde el punto de vista constitucional Constantino Mortati y Walter Jellinek formularon observaciones dignas de atención. Mortati insistió en que no había en esa Constitución “*un principio unificador claro y coherente*”; de allí la cualidad que le atribuyó de ser una Constitución “*poliédrica*”, por la multiplicidad de motivaciones que presidieron su gestación e impidieron “*dar vida a un organismo coherente en sus partes y bien definido en sus principios de conjunto*”²⁰. Jellinek, si bien reconocía las virtudes generales de esa Constitución, destacó la ausencia de una “*gran y estimulante idea*”, de una “*idea nuclear conductora*”, como la que inspiró a la Asamblea Nacional francesa de 1789 o a la alemana de Fráncfort de 1848; faltó, además, decía, un estadista demoníaco o demiúrgico de la talla de Bismarck²¹. Estos planteamientos, sin compartirlos del todo por lo que después acotaré, invitan a considerar un factor clave al estudiar la génesis y evolución de las Constituciones: la idea o ideas constitucionales que las inspiran y que son determinantes en su concepción.

Desde esta óptica, el ocaso de la Constitución de Weimar obedeció no precisamente a la ausencia de un “*organismo coherente*”, pues es normal que las Constituciones democráticas alberguen tensiones internas, fruto del pluralismo que les sirve de cimiento y están llamadas a preservar. Tampoco sería exacto atribuir su fragilidad a la inexistencia de un liderazgo personal sobresaliente, ya que este puede contribuir a la consolidación de un proyecto constitucional pero no es indispensable. El problema estuvo más bien en que la idea constitucional medular de Weimar, la de la instauración de la democracia y de la república, en sustitución de la Monarquía, no adquirió el vigor social y político suficiente para articular a las demás, por lo que dicha Constitución resultó desgarrada a causa de la pugnacidad existente entre la democracia liberal y la democracia radical; entre la economía capitalista y el socialismo. Como se ha afirmado, las clases burguesas o tradicionales que respaldaron la fundación de la República, “*en el fondo desconfiaban de ella*”²² y en parte conspiraron contra la democracia naciente. La falta

²⁰ Mortati, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

²¹ Jellinek, *op. cit.*, p. 85.

²² Mortati, *op. cit.*, p. 70.

de convicción con que fue aceptada por muchos esa idea constitucional tendencialmente aglutinante fue, pues, una de las razones del desplome del edificio institucional de Weimar.

Con todo, el frágil arraigo de la idea constitucional de Weimar no basta para explicar su deceso, pues este probablemente no hubiera ocurrido, o al menos no en el momento y en la forma en que se precipitó, de no ser por la exacerbación de las pugnacidades en el frente democrático y de los extremismos ocasionada entre otras causas por la crisis económica de 1929, así como por los avances de una de las fuerzas radicales que se alimentaban del hundimiento de la democracia de Weimar, el nacionalsocialismo, que desde afuera y desde adentro de sus cauces operó como factor decisivo de su caída.

Carl Schmitt formuló críticas acerbas contra el sistema político-constitucional de Weimar que iban más allá de las antes comentadas. Se insertaban en la interpelación sistemática que formuló contra el parlamentarismo y sus fundamentos filosóficos y políticos. Para Schmitt era insostenible un orden estatal basado en la idea de la neutralidad ideológica y un régimen de gobierno sostenido en partidos políticos que expresaban la fragmentación de la conciencia nacional. En el marco de lo que calificaba como un fenómeno entonces extendido de un Estado “total”, que invadía las más variadas esferas de la existencia humana concreta, la República de Weimar representaba una versión paradójica de totalidad fracturada que degeneraba en debilidad. El Estado pluralista de partidos encarnado en la República y en la Constitución de Weimar daba lugar a una multiplicidad de “partidos totales”, cada uno de los cuales procuraba abrazar en sí mismo la totalidad, desde su propia cosmovisión. Esta totalidad fragmentada, o esta agregación de partes con pretensión de totalidad, parcelaban la unidad del pueblo alemán y convertían la dinámica política en una satisfacción de intereses particulares y en la búsqueda de compromisos entre partidos, escenificados en el parlamento²³. El parlamento como espacio de construcción racional de soluciones se habría desdibujado por completo. Las bases liberales

²³ Schmitt, Carl, “Weiter Entwicklung des totalen Staats in Deutschland“, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, Duncker & Humblot, 1958, pp. 359 y ss.

del parlamentarismo, sostuvo, se habían disuelto en el contexto democrático, por lo que contraponía liberalismo y democracia²⁴.

Esto por supuesto arrastraba a la Constitución de Weimar, que desde su génesis era reflejo del Estado de partidos que él objetaba duramente. Desbordaría el propósito de este trabajo un análisis del pensamiento de Schmitt sobre estos temas. Basta con señalar que él no se limitaba a plantear observaciones respecto de prácticas o desviaciones que considerara viciadas, cuya corrección pudiera salvaguardar el sentido de la institucionalidad parlamentaria de su tiempo. Por el contrario, se trataba de un cuestionamiento profundo e insalvable con ese modelo político. Su pluralismo debilitante y paralizante, que se agotaba en un funcionalismo mayoritario, tenía que ser sustituido por un orden que abandonara la neutralidad valorativa y dejara de prometer igualdad de condiciones para todos los contenidos ideológicos, fines y corrientes políticas. Había que reconocer los “*contenidos sustanciales y fuerzas del pueblo alemán*”²⁵, y superar las indecisiones de una República que ni siquiera era conceptualmente capaz de enfrentar a los enemigos declarados del sistema que había fundado. La Constitución era vista como contradictoria, dado que, en su primera parte, referida a la organización del poder, procuraba conservar un esquema de gobierno de base liberal y parlamentaria, cónsono con una neutralidad valorativa, mientras que, en la segunda, relativa a los derechos y obligaciones fundamentales de los alemanes, optaba por contenidos materiales específicos. A su juicio, había allí en realidad dos Constituciones irreconciliables, debiendo imponerse la idea que nutría a la segunda, la de la opción valorativa, sobre la primera²⁶. Esto suponía lograr una homogeneidad que en la República de Weimar estimaba imposible alcanzar.

Las críticas de Schmitt esbozadas en esta apretada síntesis lo son, en gran medida, contra la democracia constitucional, inconcebible sin la garantía del pluralismo ideológico y sin su reproducción en diversidad de partidos políticos. En lo que concierne a la Constitución de Weimar y la aludida contradicción entre su primera y su segunda parte,

²⁴ Esteve Pardo, *op. cit.*, pp. 108 y ss.

²⁵ Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Munich, Duncker & Humblot, 1932, p. 97.

²⁶ *Ibid.*, pp. 40 y ss. y 97-98.

hay que observar que, si bien esta Constitución estaba llena de tensiones internas, estas no se manifestaban solo entre su primera y su segunda parte, sino que recorrían la Constitución en distintas áreas y bajo criterios diferentes a los allí planteados. Eran en esencia nudos referidos a la transición desde el orden de la monarquía constitucional, cuyos soportes sociales eran en principio homogéneos, a un sistema democrático, abierto al protagonismo de fuerzas sociales plurales. Los había también entre la democracia representativa y los nuevos procedimientos de participación directa, o entre la garantía de derechos de libertad y la de derechos o cometidos sociales. Y estas tensiones no resultaban insalvables. Presentar el problema como una alternativa entre la Constitución neutral o pluralista y la Constitución militante en defensa de unos contenidos específicos que correspondieran con la unidad del pueblo alemán, era ya un anticipo del tipo de régimen político, no total sino totalitario, que Schmitt estaría pronto dispuesto a secundar, de la mano de uno de los enemigos acérrimos de la República de Weimar. Como afirmó certeramente Hans Kelsen, los tempranos cuestionamientos de Schmitt contra el parlamentarismo lo eran en realidad contra la democracia misma²⁷.

III. LOS GABINETES PRESIDENCIALES Y LA GRAVE DEGENERACIÓN INSTITUCIONAL SUFRIDA DESDE 1930

1. Los gabinetes presidenciales

No es objeto de este trabajo examinar la evolución de la República de Weimar desde su proclamación el 9 de noviembre de 1918 hasta la dimisión del gabinete encabezado por Hermann Müller el 27 de marzo de 1930, el cual representó el último gobierno de base parlamentaria de esa República. Ello marca el inicio del abierto socavamiento de los fundamentos parlamentarios de la República de Weimar, como también del relato y del análisis que se expondrán a continuación. Es preciso advertir, sin embargo, que esa dimisión guarda continuidad con un proceso

²⁷ Kelsen, Hans, *Das Problem des Parlamentarismus*, Viena, Wilhelm Braumüller, 1925, pp. 39 y ss.

previo de deterioro en la marcha de las instituciones, cuyo trasfondo fueron, entre otros factores, la radicalización de posiciones tanto en el sector trabajador como en el industrial o empresarial, con invitaciones de un lado a la construcción de una democracia económica que entraba en pugna con el sistema capitalista y, del otro, a abandonar las contemplaciones con el socialismo y con ciertos excesos de la legislación social y a mitigar el poder de los partidos políticos²⁸. Esto además atravesado por la crisis económica mundial de 1929 y el enorme desempleo que ocasionó. Por otra parte, ya estaban en la escena nacional Hitler y el Partido Nacionalsocialista, el cual había obtenido doce escaños en las elecciones parlamentarias de 1928, como parte de una estrategia que Goebbels resumió así: “*Vamos a entrar en el Reichstag...como el lobo entre el rebaño*”²⁹. La participación de corte demagógico de Hitler en la consulta popular sobre el Plan Young de diciembre de 1929 le dio una proyección importante en toda Alemania y su partido y posturas extremistas adquirieron un peso significativo dentro de la derecha nacionalista y popular³⁰.

Los resultados de las elecciones de 1928 hicieron indispensable la formación de una gran coalición, dominada por el Partido Socialdemócrata de Alemania (SPD), la cual naufragó en marzo de 1930 por diferencias que en sí mismas eran de poca significación pero que fueron magnificadas por la radicalización de posiciones ya mencionada. Ante el conflicto surgido entre los integrantes de la coalición, el canciller Müller dimitió y cayó este gabinete, lo cual no dio lugar a que se buscaran seriamente fórmulas para un nuevo gobierno nacido de acuerdos entre bancadas, sino que eso fue descartado y se aprovechó la ocasión para desarrollar ideas que se habían venido gestando, según las cuales convenía prescindir de la dependencia del parlamento y de las composiciones partidistas para formar gobierno³¹, a fin de avanzar, sin ataduras con el SPD, en el despliegue de programas políticos y económicos.

²⁸ Schildt, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

²⁹ Kershaw, *op. cit.*, p. 276.

³⁰ *Ibid.*, p. 283.

³¹ *Ibid.*, pp. 286 y ss.; Grimm, Dieter, “Weimars Ende und Untergang”, en Dreier y Waldhoff, *op. cit.*, p. 264.

Inmediatamente, Heinrich Brüning fue designado Canciller por el presidente Hindenburg y el gabinete correspondiente se oficializaría el 30 de marzo de 1930. Para ello Hindenburg se valió del artículo 53 de la Constitución, que le facultaba para nombrar al Canciller, y de su artículo 54, que si bien supeditaba el desempeño de este cargo a la confianza del parlamento no exigía expresamente un voto de investidura, sino solo aludía a la posibilidad de que el Canciller fuera cesado en sus funciones mediante una moción de censura aprobada por el parlamento. Esta regulación restringida sobre la confianza parlamentaria ya había sido introducida en la Constitución del Imperio mediante una reforma constitucional de 1918, poco antes de la caída de la monarquía, con lo cual hubo aquí una cierta proyección o vestigio de un esquema de parlamentarismo no consolidado, con un presidente del Reich que, si bien era elegido por el pueblo, evocaba en parte la figura y poderes del Emperador del régimen precedente. El presidente del Reich no solo designaba al Canciller, y a los ministros a propuesta de este, sino que podía de igual modo removerlos. Estos y otros aspectos de la regulación constitucional explican que este sistema de gobierno haya sido calificado como semiparlamentario³².

Antes de 1930 se había acudido a este mecanismo de la designación presidencial sin sustento parlamentario, pero se asumía que ello generaba una situación pasajera, llamada a superarse tan pronto fuera posible, mediante la formación de un gobierno nacido del acuerdo de una mayoría parlamentaria. Mientras que a partir de la integración del gabinete del Canciller Brüning, Hindenburg decidió obviar cualquier intento de alcanzar un gobierno surgido del apoyo parlamentario. La enorme dificultad en que se hallaban los partidos representados en el parlamento para articular posiciones y tomar decisiones allanaba el camino a esta evolución, que Hindenburg apuntaló, en lugar de procurar contrarrestarla. Ello dio inicio a los denominados gabinetes presidenciales (*Präsidialkabinette*)³³, lo cual implicaba en apariencia un desplazamiento hacia un sistema de gobierno cada vez más semipresidencial, ya que

³² Lübke-Wolff, Gertrude, “El concepto de democracia de la Constitución de Weimar“, en *Revista Historia Constitucional* No. 20, *op. cit.*, pp. 256 y ss.

³³ Schildt, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

se reducía la relevancia del parlamento en la formación del gobierno y se incrementaba la del presidente, electo por sufragio universal y directo. Sin embargo, en realidad se trataba de una degeneración autoritaria del sistema de Weimar. La praxis institucional y el marco democrático-parlamentario del ejercicio del poder habían decantado la fórmula del artículo 54 de la Constitución en una dirección distinta a la que hubiera tenido en el régimen del Imperio. Los fundamentos democráticos del sistema de Weimar apuntalaron desde el principio la búsqueda de mayorías en el parlamento y de su confianza para constituir el gobierno. Cuando Hindenburg abandonó los gabinetes parlamentarios y optó por designar con perspectivas duraderas a un Canciller de su confianza para que llevara a cabo las políticas concertadas con él mismo, se produjo una mutación de orientación autoritaria que pronto se haría visible.

Al menos desde abril de 1930 el funcionariado jurídico del Ministerio de Justicia venía trabajando en la definición de la mejor ruta que habría de seguirse para hacer viable este nuevo esquema de gobierno. Se consideraron alternativas como una ley de habilitación o la aplicación del artículo 48, párrafo 2, de la Constitución³⁴. Se prefirió la segunda, pues se entendía que la primera requería la mayoría calificada exigida para las reformas a la Constitución, que era difícil de obtener. Se consultó, entre otros juristas, a Carl Schmitt, en relación con el alcance de los poderes contemplados en el artículo 48, quien se pronunció a favor de su uso para emitir ordenanzas o decretos de necesidad o emergencia en materias económicas, sociales e incluso financiero-presupuestarias, con lo cual se apartaba del criterio que antes había sostenido en sentido contrario. Alegaba, entre otros fundamentos, la necesidad de desechar interpretaciones que hicieran al gobierno republicano inoperante, incapaz de actuar³⁵. En una dirección similar opinarían posteriormente connotados profesores, defensores del orden parlamentario y de la estructura constitucional de Weimar, quienes se ceñían a un análisis formalista o exegetico de las reservas de ley contenidas en la Constitución o

³⁴ Feldman, Gerald (Ed.), *Die Nachwirkungen der Inflation auf die deutsche Geschichte 1924-1933, Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien 6*, Munich, R. Oldenbourg Verlag, 1985, pp. 281 y ss.

³⁵ *Ibid.*, pp. 284-285.

invocaban la práctica institucional acumulada desde los primeros años de vigencia de la Constitución, lo cual abonaría una interpretación amplia, no restrictiva, de los poderes excepcionales, así como la existencia de límites constitucionales y controles parlamentarios, entre otros argumentos³⁶.

La opción por el artículo 48, párrafo 2, de la Constitución, como asidero para la actuación de un gobierno que carecía de base parlamentaria para desarrollar un programa por vía legislativa, estaba enlazada con la disolución del parlamento en caso de que este ejerciera su facultad de exigir dejar sin efecto las medidas adoptadas de acuerdo con el artículo 48. La disolución del parlamento y consecuente convocatoria a elecciones estaba regulada en el artículo 25 de la Constitución, que confería al presidente del Reich la atribución de ordenarla, sin sujetarla a condiciones constitucionales específicas y con una formulación bastante indeterminada. Para evitar excesos tan solo se había precisado que la disolución solo podía ordenarse “*una vez por el mismo motivo*”, lo cual dio lugar no obstante a dudas interpretativas y a posiciones, como la de Schmitt, que soslayaban el propósito restrictivo de este inciso³⁷, el cual a fin de cuentas no operó en realidad como una limitación. Desde la disolución del 18 de julio de 1930 la aplicación del precepto quedó desajustada de cualquier parámetro constitucional, como se pondría también de manifiesto en las dos disoluciones de 1932 y en la de febrero de 1933. A título de ejemplo puede mencionarse el decreto de disolución del 12 de noviembre de 1932, en el que se decía que: “*Existe el peligro de que el parlamento del Reich exija la anulación del decreto del 4 de*

³⁶ Anschütz, Gerhard y Jellinek, Walter, *Reichskredite und Diktatur, Zwei Rechtsgutachten*, Tubinga, Mohr, 1932, pp. 5 y ss.; Thoma, Richard, „Die Notstandverordnung des Reichspräsidenten von 26. Juli 1930“, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1931, pp. 12 y ss.

³⁷ Según Carl Schmitt hubiera sido lícito disolver reiteradamente el parlamento hasta alcanzar una mayoría con capacidad política de decisión, porque esto no hubiera sido una repetición del motivo de la disolución, sino la búsqueda de las condiciones para que el cuerpo representativo pudiera fijar su postura sobre los temas fundamentales planteados en asuntos de gobierno. Esto no fue exactamente lo que pasó de inmediato, pero ponía de manifiesto tempranamente (1924) la opinión de Schmitt sobre las fragilidades del parlamentarismo de Weimar y abonaba el terreno de la maleabilidad del artículo 25 de la Constitución, lo que sí se correspondería con los hechos futuros; Schmitt, “Reichstagsauflösungen”, *Verfassungsrechtliche Aufsätze, op. cit.*, pp. 13 y ss.

septiembre de 1932”³⁸. Es decir, ahora la sola posibilidad de que el parlamento pretendiera hacer uso de la facultad de control que le otorgaba el artículo 48, párrafo 3, era suficiente para disolverlo. Ello favoreció el desmantelamiento del parlamento, reforzó la posición ya prominente del presidente y fue de utilidad luego para satisfacer los reclamos caprichosos e interesados de Hitler de adelantar elecciones con el propósito de consolidar su ascenso sin compromisos con fuerzas del sistema a la jefatura del gobierno. Veamos cómo operó esta tenaza contra el parlamento conformada por los artículos 25 y 48 de la Constitución.

2. La tenaza antiparlamentaria de los artículos 25 y 48 de la Constitución

Brüning avanzó decididamente en el plan unilateral trazado. Advirtió incluso que emplearía *“todos los medios constitucionales”*³⁹ para lograr la aprobación de las medidas financieras que había definido. Ya este punto de partida dejaba poco margen para soluciones transaccionales. Como ya se dijo, esta clase de arreglos estaba lejos de la génesis y espíritu del nuevo gobierno. No obstante, el SPD manifestó su voluntad de aceptar muchas de las reformas propuestas e invitó a buscar acuerdos en temas sociales más sensibles⁴⁰. Pero el plan se aplicó según lo previsto. El 16 de julio de 1930 se presentó al parlamento el proyecto para ser aprobado por vía legislativa, como correspondía conforme a la Constitución, pero no obtuvo mayoría. Seguidamente el presidente del Reich promulgó la ordenanza o decreto de emergencia que ya había sido preparado para tal eventualidad, el cual recogía las mismas disposiciones carentes del respaldo mayoritario del parlamento. El 18 de julio fueron presentadas en el parlamento una moción para exigir que las medidas dictadas fueran dejadas sin efecto, de acuerdo con el artículo 48, párrafo 3, de la Constitución, y otra para censurar al gobierno. Una vez que la primera fue aprobada, fue retirada la segunda por sus

³⁸ El texto de la motivación de los sucesivos decretos de disolución puede verse en Schmitt, *“Reichstagsauflösungen”*, *op. cit.*, p. 27.

³⁹ Bracher, Karl D., *Die Auflösung der Weimarer Republik*, Berlín, Ring Verlag, 1955, p. 301.

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 301 y ss.

proponentes⁴¹. No obstante, allí mismo Brüning hizo público el decreto de disolución emitido por el presidente Hindenburg⁴², quien el 26 de julio dictó un nuevo decreto de emergencia que ampliaba el que había sido rechazado por el parlamento y había sido revocado.

El Ejecutivo había torcido el brazo al Legislativo con grave daño para la institucionalidad. Con razón se ha sostenido que, con este uso o imposición de los decretos de emergencia, bajo el manto del artículo 48, comenzó la primera fase de la transformación autoritaria de la República de Weimar y que con la mencionada disolución del parlamento se había descartado toda posibilidad de retorno hacia un esquema de gobierno parlamentario⁴³. Nótese que la facultad del parlamento de exigir la revocación de las medidas dictadas con base en el artículo 48, párrafo 2, era el único límite y control específico previsto al respecto en la Constitución. El motivo aducido en el decreto de disolución promulgado por el presidente fue que el parlamento había requerido que fueran dejadas sin efecto las medidas dictadas. Cuando el parlamento que cumple sus funciones de control es disuelto precisamente por haberlas ejercido y, peor aún, con la finalidad de reeditar de inmediato el decreto rechazado, se rompe el balance o contrapeso entre los poderes públicos. En estas circunstancias se afirmó, con tino, que el derecho del estado de emergencia había degenerado en un estado de emergencia para el derecho⁴⁴.

Durante la Presidencia de Ebert se había producido, en marzo de 1924, una disolución del parlamento ligada a la negativa de este a aprobar la perdurabilidad de decretos que habían sido dictados con base en una ley de habilitación o delegación y que el gobierno consideraba vitales⁴⁵; pero no solo el contexto y alcance de esos decretos eran otros, sino que la disolución del parlamento y la reedición del decreto de

⁴¹ Feldman (Ed.), *op. cit.* p. 283.

⁴² La disolución conducía a la instalación de una Comisión permanente con facultades limitadas, que funcionaba hasta la celebración de elecciones, en un plazo no mayor a sesenta días, y la reinstalación del parlamento.

⁴³ Bracher, *op. cit.*, pp. 302-303.

⁴⁴ Afirmación del Profesor Alexander Burggraf und Graf zu Dhona-Schlobitten, citado en Feldman (Ed.), *op. cit.*, p. 284.

⁴⁵ *Id.* el motivo de la disolución en Schmitt, “Reichstagsauflösungen”, *op. cit.*, p. 27.

emergencia ocurridas en 1930 eran la confirmación de la intransigencia del gobierno, amparado por el Presidente del Reich, y de su posición de desplegar unilateralmente un programa ajeno a la mayoría parlamentaria. Mientras que la disolución de 1924 obedeció a una diferencia política que fue resuelta tras la elección, cuando el parlamento electo se instaló y aprobó, a requerimiento del gobierno, la extensión de la vigencia de los decretos correspondientes. En 1930 las elecciones no fueron convocadas para resolver una disputa política concreta ni para lograr que se formara un gobierno surgido del parlamento, sino principalmente para continuar en la misma dirección ejecutivista y progresivamente autoritaria, como en efecto ocurrió.

Una consecuencia provocada por la disolución del parlamento en julio de 1930 fue el ascenso del nacionalsocialismo en las elecciones de septiembre de ese año, en las cuales logró pasar del 2,6% al 18,3% de los sufragios. Los partidos que respaldaban al gobierno de Brüning consiguieron solo un tercio del apoyo popular y las demás organizaciones sufrieron en general una importante pérdida de votos. Los socialdemócratas, con un 24,5% de los sufragios y en medio de la fragmentación de posiciones políticas reinante, no se hallaban en condiciones de articular una coalición para aspirar a gobernar y optaron desde entonces por no obstaculizar las decisiones del gabinete de Brüning, a fin de evitar que un bloqueo constante, como el procurado por los partidos extremistas de izquierda y derecha, entre estos el nacionalsocialismo, y la eventual convocatoria a nuevas elecciones condujeran a un crecimiento de esta última organización⁴⁶. El gobierno del canciller Brüning siguió apoyándose en decretos de emergencia promulgados por el presidente Hindenburg, que ahora el SPD no osaba objetar. Se acentuó el funcionamiento autónomo o separado del gobierno, con un parlamento que no tenía posibilidades reales ni de bloquear las medidas de Brüning ni de construir acuerdos para la legislación. El SPD estaba atrapado entre un gabinete cuyo programa no compartía, pero permitía que se llevara a cabo y los extremismos desestabilizadores, y se quedaba cada vez más solo en la defensa del orden político-constitucional de Weimar. Con

⁴⁶ Schildt, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

frecuencia el Partido Nacionalsocialista y el Partido Comunista coincidían en el sentido del voto, en su afán de dificultar la gobernabilidad.

Se expandió el radio temático de los decretos de emergencia. Estos terminaron sustituyendo a la legislación en esferas diversas, llegando a perfilarse como pequeños códigos legales, y cruzaron cómodamente el umbral de la legalidad presupuestaria⁴⁷. La doctrina sostenía que en la Constitución existían remisiones explícitas a la ley formal en ciertos ámbitos, las cuales eran resistentes a los poderes calificados de dictatoriales del artículo 48⁴⁸, es decir, que no podían ser satisfechas mediante decretos de necesidad dictados con base en dicho precepto. Entre ellas incluía Richard Toma la aprobación de la ley general de presupuesto y otros supuestos en que la Constitución requería de la regulación *mediante* ley, siendo determinante en la interpretación el uso de esta formulación, o alguna equivalente, en el texto constitucional. Mientras que cuando la remisión se refería a la adopción de actos estatales *con base en una ley*, una delegación legislativa o un decreto de emergencia en principio no estaban excluidos⁴⁹. De poco sirvió esto para contener el proceso de agigantamiento del campo de los decretos emitidos invocando el artículo 48 constitucional. El propio Toma estimó compatible con la Constitución el decreto del 26 de julio de 1930 que reeditaba y ampliaba el que había sido rechazado por el parlamento, porque, sin perjuicio de lo que enseguida se dirá, no invadía materias comprendidas por ese tipo de reservas legales y, como argumento de refuerzo, porque no estaba operativo en ese momento un parlamento que pudiera legislar sobre los respectivos asuntos⁵⁰. Pese a que esta interrupción de sus sesiones había sido causada por la disolución abusiva comentada. Ese decreto contenía incluso disposiciones de carácter presupuestario, aunque no reemplazaba a la ley general de presupuesto, lo cual bastó para desestimar su inconstitucionalidad⁵¹.

⁴⁷ Feldman (Ed.), *op. cit.*, pp. 281 y ss.

⁴⁸ Que eran calificados así no en sentido crítico o peyorativo, sino evocando la dictadura de la República de Roma.

⁴⁹ Thoma, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 20 y ss.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 28 y ss.

Los decretos de necesidad se extendieron, pues, a disposiciones presupuestarias. Un tema controvertido fue la aprobación de endeudamiento o crédito público mediante tales decretos. Autoridades de la administración financiera tenían serias reservas sobre los decretos de emergencia como fundamento normativo de tales operaciones, mientras que juristas reputados del periodo avalaron esta posibilidad⁵², en dictámenes solicitados por el gobierno. De una u otra manera se hacía presente en la mayoría de estas opiniones jurídicas el esfuerzo por alargar la interpretación de las normas constitucionales en función de la situación de colapso económico subyacente y con el objetivo de favorecer la capacidad de respuesta de las autoridades ejecutivas, ante las dificultades que tenía el parlamento para decidir. Minoritariamente se formulaban críticas sobre los abusos que se estaban cometiendo a partir de una lectura incorrecta del artículo 48. Se insistía en que este no podía ser asumido como una segunda vía para la legislación, que estaría abierta cuando el presidente y el Canciller no quisieran depender del parlamento o cuando no fuera posible lograr allí una mayoría para la aprobación de normas que el gobierno estimara indispensables. Se descartó también la licitud de una disolución del parlamento decretada porque este hubiera acordado la revocación de decretos de emergencia⁵³.

Uno de los problemas que subyacía a estas desviaciones era la cuestión de si el artículo 48, párrafo 2, de la Constitución permitía dictar disposiciones con valor o fuerza de ley. Se asumió con naturalidad que las “medidas” (*Maßnahmen*) previstas en ese artículo se equiparaban a las leyes en sus efectos, lo cual no se colige de este precepto constitucional. La medida es en principio una actuación singular, o de alcance general pero vinculada a una situación concreta, mientras que el concepto de reglamento u ordenanza (*Verordnung*) tiene un carácter normativo, pero la práctica fue la de aceptar la emisión de decretos u ordenanzas de emergencia (*Notverordnungen*) con base en el artículo 48, párrafo 2, a las que se atribuyó un efecto de ley. Algunos plantearon que, dado que el asunto era discutible, era conveniente reformar la

⁵² Anschütz y Jellinek, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

⁵³ Grau, Richard, “Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten“, en Anschütz y Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, T. II, Tubinga, Mohr, 1932, pp. 274 y ss.

Constitución para incluir la facultad del presidente de promulgar decretos u ordenanzas de emergencia, como normas con fuerza legal, pero no dejaban de reconocer que la opinión favorable a la admisión de la licitud de tales ordenanzas era “absolutamente dominante”⁵⁴. Schmitt criticó con buenos argumentos esta tendencia, que en su criterio contradecía las bases del Estado legislativo-parlamentario de la Constitución de Weimar, para lo cual se apoyó en su distinción, ampliamente difundida, entre la ley, típica de esa forma de Estado, y la medida, característica del Estado administrativo. No obstante, su pensamiento expansivo sobre los poderes de excepción no dejó de aflorar en esa crítica, ya que sostenía que la situación de anormalidad no estaba regida por normas jurídicas y que por eso la respuesta dada ante ella por el artículo 48, párrafo 2, era la de autorizar la adopción de medidas por un comisario especial, lo cual suponía la creación de un “libre campo de acción para las medidas efectivas necesarias”⁵⁵. Esta visión tendría después repercusión en algunas de las propuestas que Schmitt presentaría en los últimos estertores de la República, como se explicará.

Se dio aquí una combinación entre prácticas e interpretaciones pre-existentes que ya se habían colocado peligrosamente en los linderos de lo constitucionalmente admisible, en medio de crisis recurrentes, y la resolución con que los actores de esta última fase usaron al máximo los mecanismos constitucionales para desarrollar un plan de gobierno que introducía severos ajustes económicos, al margen del parlamento y menospreciando sus fundamentos democráticos, en una creciente dirección autoritaria. La propia doctrina y la praxis institucional anterior a 1930 acompañaban una lectura no restrictiva del artículo 48, párrafo 2, de la Constitución. Al comienzo, sobre todo en 1920 y 1921, este precepto permitió la adopción de medidas encaminadas a restablecer la seguridad y el orden público, en sentido propio. El presidente Ebert recurrió con frecuencia a los decretos de emergencia, a fin de proteger una República sacudida por revueltas, intentos de golpe, y acciones cruentas de diverso origen y alcance. En 1923, con motivo de la gran espiral inflacionaria y devaluación monetaria, se apeló también a dicho

⁵⁴ Bühler, *op. cit.*, p. 206.

⁵⁵ Schmitt, *Legalität...*, *op. cit.*, p. 75.

precepto, para dictar decretos en materia económica e impositiva. Las “medidas” del artículo 48, párrafo 2, llegaron a representar decretos con fuerza de ley que abordaban asuntos diversos y que incluían sanciones penales para asegurar la observancia de sus disposiciones⁵⁶. Esto prepararía ciertamente la ruta para una ampliación como la iniciada en 1930, sin perjuicio de que el contexto y la voluntad político-institucional eran distintos. Otro factor que trastocó el esquema constitucional de las relaciones entre el ejecutivo y el parlamento fue el uso de leyes de habilitación entre 1920 y 1927, en varias ocasiones, lo cual, por las razones antes señaladas, era de discutible constitucionalidad y, más allá de ese debate, ampliaba significativamente el espectro de la normativa proveniente del poder ejecutivo.

La aplicación que se dio al artículo 48 a veces contrariaba posturas doctrinales, pero conseguía ratificación en los tribunales. Fue lo que ocurrió con la aceptación judicial, en 1931, de que no siempre se hiciera una explícita y específica indicación de las garantías suspendidas, en el entendido de que del propio artículo 48, párrafo 2, se derivaba ese efecto, respecto de lo ordenado en cada medida. Por otra parte, por lo general no se fijaba un plazo para la vigencia de las medidas de emergencia e incluso se suponía que perdurarían. Su carácter provisional fue enfatizado especialmente desde 1930, por la doctrina y en parte por la jurisprudencia, lo cual probablemente era una forma de refrenar y hacer menos ostensible la magnitud de la producción legislativa proveniente del artículo 48, en momentos en los que, sin embargo, hubo razones para pensar que el retorno al sistema de gobierno con pilares parlamentarios, en el que la justificación de esas normas pudiera ser revisada, ya no era posible. Otro sobredimensionamiento de los poderes de emergencia de carácter normativo se produjo en detrimento de las competencias de los *Länder*, ya que sus atribuciones legislativas fueron invadidas en 1931 por un decreto de emergencia⁵⁷.

Podría decirse que la rutinización de los decretos de emergencia fue haciendo cada vez más elásticos los criterios interpretativos, mientras la

⁵⁶ Bühler, *op. cit.*, p. 205.

⁵⁷ Sobre estas tendencias en la doctrina y la jurisprudencia *vid.* Schmitt, *Legalität...*, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

República entera se dislocaba. Lo que fue visto primero con indulgencia en atención a los objetivos perseguidos por gobiernos comprometidos con la República de Weimar facilitó las cosas a quienes llegaron después al poder con otros respaldos e intenciones, quienes por su parte aducían la imperiosa obligación de contener la crisis económica y de enderezar al país. La doctrina jurídica fue además poco rigurosa en la definición del alcance de la facultad establecida en el artículo 48, párrafo 2. Incluso, sus principios metodológicos o interpretativos parecían muy frágiles frente a las inclinaciones a desajustar la normativa constitucional frecuente en momentos de emergencia. La jurisprudencia fue en general complaciente y nunca fue dictada la ley especial sobre los poderes contemplados en el artículo 48, que este artículo preveía en su párrafo 5 y que hubiera podido contribuir a fijar límites.

Había una cierta certeza en que la elasticidad en el entendimiento y aplicación del artículo 48 no sobrepasaría los límites del sistema consagrado constitucionalmente. En 1929 se aseveró que: “Jamás podría el presidente del Reich invocar el artículo 48 para hacer algo que repugne al espíritu de la Constitución, por ejemplo, dictar medidas para preparar el tránsito hacia otra forma de gobierno”⁵⁸. Aunque se reconocía que había pocos controles efectivos para evitar que ello ocurriese. Solo una vez antes de 1930 el parlamento había ejercido la facultad de exigir que fueran dejadas sin efecto medidas emitidas conforme al artículo 48⁵⁹. Ya vimos que en 1930 se animó a hacerlo de nuevo, con las consecuencias conocidas. Pero, en todo caso, este control parlamentario, previsto en el artículo 48, párrafo 3, tenía el inconveniente de que no se requería de la aprobación del parlamento para la adopción de las medidas de emergencia, sino que este tenía que exigir que fueran dejadas sin efecto, lo cual suponía que su pasividad implicaba la pervivencia de aquellas, mientras que para lograr su revocación tenía que tomar la iniciativa en esa dirección, lo cual dificultaba el control. Adicionalmente, la revisión judicial sobre el uso de estos poderes solía ser reducida o deferencial, sobre lo cual veremos luego un caso relevante. Algunas posturas doctrinales no ayudaban, por lo demás, a robustecer el control parlamentario.

⁵⁸ Bühler, *op. cit.*, pp. 206-207.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 205-206.

Schmitt llegó a sostener que aun cuando dicho órgano hubiera ejercido la facultad contemplada en el artículo 48, párrafo 3, el presidente del Reich podía volver a dictar, en el tiempo más breve, las medidas que hubieran sido revocadas a requerimiento del parlamento. Y subrayó los límites prácticos de este control, que al no ser retroactivo dejaba márgenes para actos ejecutivos, anteriores a la revocación de las medidas exigidas por el parlamento, que conservaran sus efectos, ya que entre aquellos podía haber algunos que representaran hechos completamente cumplidos, como “el fusilamiento de un hombre”⁶⁰.

Como consecuencia del uso (abuso) de la llave formada por los artículos 25 y 48 de la Constitución, el parlamento fue perdiendo significación aceleradamente y luego llegó a suspender sus sesiones por meses. El gobierno resultó librado de esta forma del control parlamentario, que se redujo al mínimo. El siguiente cuadro⁶¹ refleja las alteraciones que se estaban produciendo:

	1930	1931	1932
Leyes aprobadas por el <i>Reichstag</i>	98	34	5
Decretos de emergencia	5	44	60
Sesiones del <i>Reichstag</i>	94	41	43

Estas cifras ponían de manifiesto la agonía en que se hallaba el parlamentarismo y se correspondían con el plan de las instancias ejecutivas de gobernar en solitario, lo cual representaba ya una orientación autoritaria. Pero la transformación que se estaba gestando en este periodo de los gabinetes presidenciales era más profunda. Uno de los aspectos de esta evolución que conviene destacar ahora era la inclinación del sistema a adquirir un cierto carácter plebiscitario. Schmitt enfatizó tal vez en exceso esta impronta⁶², al atribuirla a la República de Weimar en general y no solo a su fase final, pero no deja de ser cierto que la frecuente convocatoria a elecciones, sin claridad sobre los asuntos res-

⁶⁰ Schmitt, *Legalität...*, op. cit., pp. 72-73.

⁶¹ Datos ofrecidos por Bracher, op. cit., pp. 373-374 y Schildt, op. cit., pp. 97 y 106.

⁶² Schmitt, *Legalität...*, pp. 62 y ss. y 88 y ss.

pecto de los cuales el pueblo habría de fijar posición, pero buscando directamente legitimidad para seguir en el poder, poseía una orientación plebiscitaria. Sobre todo, porque se prescindía del parlamento, que dejó de ser importante para formar gobierno y al que, una vez que era electo, ni siquiera se daba en ocasiones la oportunidad de mostrar su capacidad de funcionamiento. Era disuelto reiteradamente como parte de una carrera implacable hacia el completo vaciamiento de su funcionalidad, mientras se esperaba que surgieran más apoyos para el nuevo esquema y políticas de gobierno en desarrollo.

IV. LAS TENTATIVAS PARA SALIR EXPLÍCITAMENTE DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE WEIMAR, EL GOLPE DE PRUSIA Y EL PAPEL DE CARL SCHMITT

El gobierno de Brüning se soportó en las premisas antes señaladas, hasta el 30 de mayo de 1932, cuando Hindenburg dispuso su remoción con ocasión de los reclamos de grandes productores agrícolas contra un decreto de emergencia que el Canciller había impulsado. Como vemos, el artículo 48 siguió teniendo protagonismo, también en la caída de quienes habían promovido su aplicación. Hindenburg designó como nuevo Canciller a Franz von Papen, proveniente de los movimientos conservadores de tradición monárquica, quien integraría en su gabinete al general Kurt von Schleicher, lo cual ilustraba el respaldo de los militares a las desviaciones antidemocráticas desatadas, encarnadas también en Hindenburg. Con un gobierno más alejado todavía que el de Brüning del parlamentarismo, era difícil contar con la tolerancia del SPD y tras algunos acuerdos alcanzados entre Papen y Hitler, que incluían el levantamiento de la prohibición de las SA/SS y la pronta convocatoria a elecciones, el presidente del Reich disolvió otra vez el parlamento. Los resultados de los comicios parlamentarios del 31 de julio de 1932 fueron muy favorables al Partido Nacionalsocialista (37,3% de los sufragios). Además, confirmaron la imposibilidad práctica de formar un gobierno con base parlamentaria, bajo los postulados antes enunciados, y la situación de bloqueo político. Los nacionalsocialistas y los comunistas sumaban ahora una mayoría absoluta de escaños, pero solo podían coincidir negativamente, para torpedear al gobierno de

turno⁶³. Papen no logró que Hitler, en busca de su propia senda de ascenso al poder total, aceptara ser Vicecanciller en su gabinete.

Esto condujo a hacer preparativos, en agosto de 1932, ante un eventual voto de censura contra el gobierno y con miras a una transformación institucional que permitiera a la élite en el poder avanzar sin depender del parlamento ni tampoco, lo que es más grave, aunque estaba ya prefigurado en lo anterior, del voto popular. La idea proyectada consistía en disolver el recién electo parlamento con la intención de diferir luego la convocatoria de elecciones, que según el artículo 25 de la Constitución debían celebrarse a más tardar en sesenta días. Durante ese interregno parlamentario se aprobarían reformas en relación con el carácter universal y directo del voto. Además, se concentrarían en el gobierno federal las facultades de dirección de las policías, en detrimento de las competencias de los *Länder*; y se adoptarían las precauciones necesarias para actuar firmemente en caso de revueltas organizadas en contra de la postergación de las elecciones por los partidos o grupos extremistas de izquierda o de derecha⁶⁴. Papen pretendía ir más allá, introduciendo modificaciones constitucionales para la creación de una cámara alta no electa⁶⁵, como contrapeso al *Reichstag*, y el reforzamiento de la posición del gobierno haciéndolo del todo independiente de las mayorías parlamentarias, entre otros propósitos⁶⁶. Schmitt, junto a Jacobi y Bilfinger, estuvo entre los juristas que asesoraron al gobierno del Reich en la elaboración de esa estrategia⁶⁷. Se acudiría al artículo 25 de la Constitución para disolver al parlamento, aduciendo su incapacidad para tomar decisiones, motivo de disolución que ya nos es conocido, y al artículo 48 constitucional para postergar la celebración de elecciones, con fecha cierta o indefinidamente. El mismo artículo 48 se usaría para enfrentar las alteraciones del orden público que pudieran suscitarse

⁶³ Grimm, *op. cit.*, p. 269.

⁶⁴ Bárcena, Josu y Tajadura, Javier, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Escolar y Mayo, 2019, pp. 56 y ss.; Beaud, Olivier, *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l' 'avènement du nazisme*, Paris Descartes & Cie, 1997, pp. 109 y ss.

⁶⁵ Kershaw, *op. cit.*, p. 334.

⁶⁶ *Vid.* Braatz, Werner, "Franz von Papen und die Frage der Reichsreform", *Politische Vierteljahresschrift*, 1975, vol. 16, n° 3, pp. 319 y ss.

⁶⁷ Bárcena, *op. cit.*, p. 57; Beaud, *op. cit.*, pp. 114 y ss.

y para reformar la normativa electoral. No había definición clara, en cambio, en lo que respecta a las reformas constitucionales relativas a la organización de los poderes planteadas por Papen. Una vez que el plan fue aprobado, Papen intentó ejecutarlo, pero enfrentó contratiempos.

Después de la instalación del parlamento que había sido electo el 31 de julio de 1932, Papen se vio forzado a presentar, en sesión del 12 de septiembre de 1932, la orden de disolución, que días antes había sido firmada en blanco por Hindenburg, para que se añadiera la fecha y el motivo de la disolución⁶⁸. Ello porque el Partido Comunista formuló al inicio de esa sesión una moción de censura que luego fue aprobada por amplia mayoría, mientras Papen exhibía el decreto de disolución, que tenía precedencia. Esto desembocó nuevamente en la convocatoria a elecciones, dentro del plazo constitucional de sesenta días, pues la derrota sufrida por Papen en la moción de censura, que no tuvo valor legal pero sí político, con una votación en contra mayor a las cuatro quintas partes de los Diputados, lo disuadió de seguir adelante con la trama de posponer mediante decreto de emergencia la realización de los comicios y de adoptar las reformas institucionales indicadas⁶⁹.

No es posible entrar ahora en los pormenores de las opiniones que vertieron algunos juristas en relación con la forma de sacar a la República de Weimar del atolladero en que se hallaba. Uno de ellos fue Walter Jellinek, quien apostaba por la realización de modificaciones constitucionales combinando el artículo 48 con el artículo 76, referido a las reformas a la Constitución. Ante la dificultad comentada de lograr mayorías parlamentarias decisorias, se harían cambios constitucionales, por la vía de la iniciativa popular y del referendo, según lo establecido en el artículo 76 de la Constitución. Como este artículo exigía el voto afirmativo de la mayoría de la totalidad de los electores, no simplemente de los votantes, para que la reforma se considerara aprobada, Jellinek proponía adaptar la normativa electoral mediante un decreto de emergencia, con apoyo en el artículo 48, para que las abstenciones fueran computadas como votos afirmativos⁷⁰. El artículo 48 estaba así

⁶⁸ Beaud, *op. cit.*, p. 117.

⁶⁹ Kershaw, *op. cit.*, pp. 335 y ss.

⁷⁰ Pasemann, Birthe, "Walter Jellinek und der Nationalsozialismus", en *Kritische Justiz*, vol. 38, No. 4, 2005, p. 423.

presente en el hundimiento de la Constitución, como antes vimos y, en aparente paradoja, en los intentos de salvarla. Esto no era en realidad contradictorio, pues una vez que se sucumbe a la tentación de la excepción permanente o rutinizada es muy difícil salir del foso de la facticidad, que impone su propia ley.

Tanto las propuestas de Schmitt como las de Jellinek y algunos otros juristas contrariaban claramente la Constitución, y eran expresión de la situación desesperada en que se hallaba una democracia parlamentaria agonizante cuyos gobernantes la habían desechado, pero querían cumplir con las formas constitucionales para dejarla definitivamente atrás y sentar las bases de una nueva legitimidad, mientras que algunos sectores sociales y políticos querían en vano preservarla. Entre Jellinek y Schmitt puede apreciarse una diferencia importante: el primero pretendía salvar la República de Weimar, el segundo había explicado ya en varios escritos que el orden político parlamentario de Weimar era inviable y que debía ser sustituido por un nuevo arreglo político-constitucional -no necesariamente una nueva Constitución-, fundado en la idea del Estado fuerte y de una autoridad sobresaliente capaz de aglutinar las múltiples organizaciones, asociaciones y movimientos sociales vitales de Alemania⁷¹. El artículo 48 de la Constitución formaba parte del arsenal jurídico que Schmitt ponía al servicio del gobernante, lo cual implicaba una convergencia de su concepción acerca de la función de guardián de la Constitución que correspondía al presidente del Reich con su visión sobre las medidas de emergencia⁷². Sin embargo, su distancia respecto de la institucionalidad parlamentaria de Weimar se traducía en que dicho arsenal no pretendía salvar o recuperar el sistema pluralista parlamentario sino acicatear un proceso acelerado que discurría en dirección contraria. En el fondo, y aunque no lo dijo expresamente, la dictadura que postuló en los momentos finales de Weimar era más soberana que comisoria, utilizando sus propias categorías. Es decir, su pensamiento apuntaba nítidamente hacia una salida, no hacia un restablecimiento, del sistema constitucional de Weimar⁷³. De este

⁷¹ Schmitt, "Weiter Entwicklung des totalen Staats in Deutschland", *op. cit.*, pp. 359 y ss.; Beaud, *op. cit.*, pp. 109 y ss.

⁷² Beaud, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

⁷³ Esteve Pardo, *op. cit.*, pp. 108 y ss.

modo las tesis de Schmitt de estos años, incluyendo su trabajo sobre Legalidad y Legitimidad, fueron un puente entre la fase terminal de Weimar y los albores del nacionalsocialismo.

Pero más allá de estas tentativas de quiebre constitucional, hubo un acontecimiento concreto que representó una abierta ruptura con el sistema de Weimar. Se trata del que ha sido denominado golpe de Prusia, llevado a cabo el 20 julio 1932. Prusia era el más importante de los *Länder* de Alemania, con una superficie de aproximadamente los dos tercios del territorio alemán. El SPD ocupaba posiciones de gobierno en Prusia cuando Papen llegó a la Cancillería del Reich, aunque el ejecutivo prusiano estaba solo en funciones, pues la coalición gobernante había perdido la mayoría en las elecciones allí celebradas en abril de 1932 y aún no había sido posible formar un gobierno estable. En toda Alemania había fuertes choques entre comunistas y nacionalsocialistas, en medio del fragor de la campaña electoral para las elecciones convocadas para el 31 de julio de ese año. Una jornada especialmente sangrienta tuvo lugar en la ciudad de Altona, a raíz de una marcha organizada por las recientemente legalizadas SA a través de barrios de trabajadores, de mayoritaria presencia comunista, lo cual fue aprovechado por Papen, con el apoyo de Hindenburg, para tomar el control sobre el gobierno de Prusia. A estos efectos se hizo uso del artículo 48, párrafos 1 y 2, de la Constitución. Se adujo que las autoridades ejecutivas del *Land* no habían adoptado las medidas requeridas para enfrentar las alteraciones a la seguridad pública, cuya responsabilidad Papen atribuía falsamente a los comunistas, y que no estaban en condiciones de mantener el orden. Se sugería también, sin fundamento, la connivencia o permisividad del gobierno mayoritariamente socialdemócrata con la actuación de los comunistas. El decreto de emergencia correspondiente permitió a Papen separar de sus cargos a integrantes del gobierno de Prusia y asumir, como comisario o delegado del Reich, funciones propias del ministro-presidente del *Land*, bajo el pretexto de la necesidad de garantizar la seguridad y el orden público. También se designó un comisario imperial para el Ministerio del Interior y fueron sustituidos los responsables de la dirección de la policía. Mediante otro decreto, emitido invocando el artículo 48, párrafo 2, se suspendieron algunos derechos fundamentales

en localidades de Prusia y se confirieron atribuciones al ministro de la Defensa del Reich para reforzar la ejecución de la ley⁷⁴.

Lo expuesto era un golpe contra la institucionalidad de los *Länder* y en particular de Prusia, y un desconocimiento de su autonomía política y de su gobierno constitucional. Esta grave violación a la Constitución estaba asociada al propósito de invadir el último bastión de la oposición política. Los socialdemócratas se debatieron entre desatar huelgas y acciones generales de resistencia o buscar una salida en el marco de las instituciones. Optaron por lo segundo porque no había muchas posibilidades de éxito con la primera ruta y porque se quiso dejar un símbolo de valor moral contra la destrucción de la República⁷⁵. El parlamento prusiano y los *Länder* de Baden y Baviera recurrieron ante el Tribunal del Estado alemán, lo cual dio lugar a una causa judicial que reunió a reputados juristas de la época, entre ellos Schmitt, quien defendió la juridicidad de la intervención y de las medidas de emergencia en representación del Reich, frente a Anschütz y otros que propugnaron la posición de Prusia. La sentencia del tribunal sobre el asunto principal estimó constitucional lo que calificó no como una separación o reemplazo, sino como una suspensión de determinadas autoridades del gobierno de Prusia en el ejercicio de ciertas funciones, y la asunción provisional de las mismas por el gobierno del Reich, ante las circunstancias excepcionales aducidas en los decretos respectivos. Para ello el tribunal se sirvió de una argumentación que no logró ocultar la justificación acomodaticia de las medidas adoptadas por el gobierno del Reich. La elástica interpretación dada al artículo 48, párrafo 2, fue piedra angular de la sentencia. No se llevó a cabo un verdadero control judicial, y el tribunal evitó examinar si existían realmente las circunstancias invocadas o si se trataba de una decisión gubernamental políticamente motivada, como fue alegado, y convalidó en lo esencial la actuación de Papen y Hindenburg⁷⁶.

⁷⁴ Schildt, *op. cit.*, pp. 128 y ss.; Frotscher y Pieroth, *op. cit.*, pp. 282 y ss.

⁷⁵ Schildt, *op. cit.* p. 130.

⁷⁶ Frotscher y Pieroth, *op. cit.*, pp. 283 y ss.

V. EL ASCENSO DE HITLER AL GOBIERNO Y LOS ÚLTIMOS DECRETOS DE EMERGENCIA

Llegados a este punto resulta evidente que el estado de emergencia y las medidas del artículo 48 de la Constitución asociados al incendio del Reichstag del 27 de febrero de 1933, no fueron hechos desencadenantes del abrupto colapso de un sistema democrático-parlamentario en pie, sino puntos culminantes de un proceso de erosión o desmantelamiento que en lo esencial ya estaba cumplido antes de la adopción de tales medidas. Afirmar que el incendio del Reichstag marcó “*un punto de inflexión*”⁷⁷ en el colapso de la democracia alemana de entreguerras, presupone oscurecer el proceso histórico en que ese hecho se inscribe, por más que se agregue que los gérmenes sociales e institucionales de ese colapso venían formándose durante varios años. Si se pretende diferenciar la erosión de la democracia de su colapso, habría que decir que el ocaso de la República de Weimar y el tránsito hacia el nacional-socialismo son un ejemplo de las dos cosas, sin que pueda escindirse la segunda de la primera.

En las elecciones del 6 de noviembre de 1932 el Partido Nacional-socialista había sufrido una disminución electoral no desdeñable (de 37,3% a 33% de los sufragios), por primera vez desde 1930. La situación de bloqueo en el parlamento no cesó, como tampoco la insistencia de Hitler en dirigir el gobierno, en lugar de secundar otro. Él y sus compañeros de partido vieron en estos resultados una señal sobre la urgencia de llegar al poder, en un plazo muy corto⁷⁸, pues de lo contrario podía acrecentarse este descenso electoral, ante la insatisfacción de sus seguidores por la falta de cumplimiento de una oferta política radical, propensa a menospreciar los cauces institucionales. Los días de auge electoral constante de ese liderazgo mesiánico y de su partido estaban al parecer contados, mientras estuviera desasistido del control sobre el gobierno, pero también lo estaban y con seguridad los de la ya zozobrantera República de Weimar. Papen intentó aplicar ahora el plan urdido en agosto de ese año, pero el ejército, bajo la influencia del general

⁷⁷ Ginsburg y Huq, *op. cit.*, p. 36.

⁷⁸ Kershaw, *op. cit.*, p. 321.

Schleicher, quien quería llegar a la Cancillería, manifestó que había un riesgo muy alto de que se desencadenaran huelgas y disturbios si se tomaba la decisión de disolver el parlamento y posponer la celebración de elecciones más allá de lo constitucionalmente establecido, y que en tales circunstancias las fuerzas armadas no podrían garantizar el orden interno⁷⁹.

Papen fue sucedido por el general Schleicher, designado como Canciller el 3 de diciembre de 1932, quien intentó igualmente invocar el artículo 48 como tabla de salvación del ya adulterado sistema de Weimar y de su transición hacia otro de corte autoritario, bajo el control de la élite que representaba y en contra del liderazgo y la intransigencia de Hitler. Se trataba de implementar la idea de disolver, otra vez, el parlamento y de dictar un decreto de emergencia para posponer indefinidamente la celebración de elecciones, con el propósito de detener los ahora redoblados esfuerzos de Hitler para ser designado Canciller. Schleicher contó con el asesoramiento de Schmitt en esta materia, quien recibiría críticas entonces, por formular propuestas inconstitucionales, y luego, ya en el nacionalsocialismo, por el oportunismo de servir jurídicamente al régimen de Hitler después de haber intentado impedir su ascenso a la Cancillería⁸⁰. Sin embargo, Hindenburg se negó esta vez a dar su aprobación a este plan. Influenciado por Papen, quien pensaba que era posible domesticar o contener a Hitler, Hindenburg terminó nombrando a este último como Canciller el 30 de enero de 1933.

Hitler demandó la inmediata convocatoria a elecciones parlamentarias. La disolución del parlamento, ordenada el 1 de febrero de 1933, fue justificada aduciendo que no había sido posible formar una nueva mayoría para el desarrollo del trabajo gubernamental, por lo que se acudía a elecciones para que el pueblo se pronunciara sobre el recién constituido gobierno de unificación nacional, encabezado por Hitler. Se trataba de un parlamento elegido el 6 de noviembre de 1932 y al que ni siquiera se dio la oportunidad de sesionar para manifestar o no su respaldo al nuevo gobierno, lo cual acentuaba la inclinación plebiscitaria arriba apuntada⁸¹. La razón alegada obedecía simplemente a la

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 341.

⁸⁰ Beaud, *op. cit.*, pp. 36 y ss. y 186 y ss.; Bárcena y Tajadura, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

⁸¹ Kershaw, *op. cit.*, pp. 366 y ss.

intransigencia de Hitler en su estrategia de poder total, sin coaliciones ni compromisos externos. Las elecciones fueron convocadas para el 5 de marzo de 1933. El 4 de febrero de 1933 fue emitido un decreto de emergencia para la Protección del Pueblo Alemán, que imponía restricciones a la libertad de expresión y de reunión, y daba amplios poderes a la policía, controlada por el ministro del Interior nacionalsocialista, para asegurar su cumplimiento. Durante la campaña electoral se produjo el incendio del Reichstag, el 27 de febrero de 1933, que sería aprovechado por Hitler y su entorno para desatar una persecución brutal contra los comunistas y otros adversarios políticos. El 28 de febrero fue dictado el decreto para la Protección del Pueblo y del Estado, invocando también el artículo 48, párrafo 2, que suspendió numerosos derechos fundamentales y dio lugar a la prohibición del Partido Comunista y al encarcelamiento de sus líderes y de militantes de ese partido y del SPD, incluyendo a parlamentarios. Además, se menoscababan las competencias constitucionales de los *Länder*⁸². En estas condiciones, bajo un gran ventajismo gubernamental e intimidación contra los opositores que aún no habían sido sacados del juego, se celebraron las elecciones del 5 de marzo, en las que el nacionalsocialismo no logró su propósito de alcanzar una mayoría absoluta (43,9% de los sufragios), pero siguió en su ruta hacia el poder total. Luego serían dictados otros decretos de emergencia, hasta que ya dejó de ser preciso invocar la excepción constitucional para justificar el modo de ejercicio soberano o irrestricto del poder que se entronizaría por varios años.

En este contexto se aprueba, el 24 de marzo de 1933, la Ley de habilitación para el Remedio de las Necesidades del Pueblo y del Estado, conocida como ley de plenos poderes, la cual era una delegación casi absoluta de las competencias legislativas del *Reichstag* y del *Reichsrat* en favor del gobierno⁸³, por un periodo de dos años, o menor si antes había un cambio de gobierno. Se hizo expresa mención a la facultad gubernamental de dictar la ley de presupuesto y de aprobar endeudamiento público (art. 1 de la ley de habilitación). Más aún, se declaró que las leyes que fueran emitidas con base en la habilitación podían apartarse

⁸² Frotscher y Pieroth, *op. cit.*, pp. 305 y ss.

⁸³ *Ibid.*, pp. 308 y ss.

de la Constitución, siempre que no tuvieran por objeto al *Reichstag* o al *Reichsrat*. Las competencias del presidente del Reich quedaban a salvo. Al sancionar la ley se dejó constancia de que había sido aprobada con la mayoría exigida para las reformas constitucionales.

Esto implicaba, visto desde los antecedentes narrados, una sinceración y simplificación de la práctica reciente de los decretos u ordenanzas de emergencia del artículo 48 constitucional. Ya no sería preciso ir emitiendo, asunto por asunto, tales decretos, sino que el gobierno podía dictar directamente leyes sobre casi cualquier materia, las cuales podían ser regulaciones abstractas o leyes-medida. Se facilitaba por lo demás la actuación de Hitler como Canciller, pues este ya no tendría que solicitar al presidente del Reich la emisión de tales decretos, conforme al artículo 48, sino que legislaría desde el gobierno. Adicionalmente, las normas constitucionales apenas limitarían el contenido de las nuevas leyes. Aun de aceptarse la licitud de las reformas constitucionales tácitas o indirectas del periodo de Weimar, salta a la vista que con esta abdicación legislativa y esta patente de corso para contrariar la Constitución se quebrantaban los fundamentos del orden constitucional. Esta asonada autoritaria encontró sustento, sin embargo, en los rieles dejados por las tesis formalistas que negaban la existencia de límites materiales a la revisión de la Constitución⁸⁴.

Dado que las leyes de habilitación eran lícitas siempre que se alcanzara la mayoría calificada requerida para las reformas constitucionales, los nacionalsocialistas tuvieron que urdir maniobras parlamentarias para lograrla, antecedidas de los desmanes comentados. Prohibido el Partido Comunista y encarcelados sus dirigentes, disminuían los posibles votos de rechazo a la plena delegación legislativa, aunque los Diputados del SPD se pronunciarían en contra. Hitler había conseguido una coalición de gobierno con sectores conservadores, pero no todas las corrientes de esta índole o de orientación centrista estaban ganadas a conceder los enormes poderes contemplados en el proyecto de ley. Hitler apeló a su capacidad de persuasión o engaño y sus partidarios en el parlamento se habían ocupado unos días antes de establecer reglamentariamente que la ausencia de un Diputado que no estuviera

⁸⁴ Ibid., p. 311.

justificada por las causales que fueron fijadas (enfermedad o vacaciones tomadas conforme a la ley) podía dar lugar a la exclusión del Diputado por varias sesiones y entretanto se estimaba que estaba presente en las mismas, a los efectos del cálculo del quorum correspondientes⁸⁵, lo cual se anticipaba a la probable estrategia de los Diputados del SPD de abandonar la sesión para romper el quorum de las dos terceras partes de los integrantes del cuerpo necesarias para considerar una reforma a la Constitución, que debía ser aprobada luego por las dos terceras partes de los presentes. Los parlamentarios del SPD, junto a los escaños vacíos de los comunistas, no sumaban más de un tercio del Reichstag, pero si faltaban además algunos Diputados de otros partidos podía romperse el quorum. Ante aquel ardid reglamentario de los nacionalsocialistas, que controlaban la Presidencia del *Reichstag*, los parlamentarios socialdemócratas decidieron permanecer y votar en minoría. La presencia amenazante de las fuerzas de choque durante la sesión doblegó otras dudas o resistencias y al final la ley fue aprobada⁸⁶ y no recibió objeciones del *Reichsrat*, en el que también se llevaron a cabo maniobras para asegurar la ratificación⁸⁷. El SPD fue prohibido poco después, al igual que los demás partidos distintos al nacionalsocialista. El *Reichstag* subsistió como espacio de aclamación y el *Reichsrat* fue suprimido en febrero de 1934, como punto culminante de los planes de abolición del federalismo en Alemania.

Con apoyo en la ley de plenos poderes se dictaron las leyes de alineamiento o sincronización (*Gleichschaltung*), que implicaron la ocupación política de los *Länder* y luego su eliminación como entidades autónomas⁸⁸. La política de alineamiento supuso igualmente un proceso de nazificación a gran escala en la sociedad alemana. No es objeto de este texto examinar este y los pasos sucesivos de la imposición de la hegemonía de Hitler y del despliegue de su proyecto totalitario. Baste con recordar que el 30 de enero de 1934 fue adoptada la Ley sobre la Reconstrucción del Reich, que fue tramitada en los languidecientes *Reichstag* y *Reichsrat* cumpliendo con los requisitos de una ley

⁸⁵ Ibid., p. 310.

⁸⁶ Kershaw, *op. cit.*, pp. 379 y ss.

⁸⁷ Frotscher y Pieroth, *op. cit.*, pp. 310-311.

⁸⁸ Grimm, *op. cit.*, p. 274.

de reforma constitucional, y que resumía en un precepto lacónico (art. 4) la magnitud de la transformación operada: “*El gobierno del Reich puede establecer nuevo Derecho Constitucional*”⁸⁹. El frágil hilo con la Constitución de Weimar que había dejado formalmente en vigor la ley de plenos poderes quedó roto. El artículo 5 de esta ley dispuso que el ministro del Interior del Reich quedara facultado para dictar los reglamentos y resoluciones administrativas necesarias para la ejecución de esa ley, lo cual permitía avanzar en la dirección de la reconstrucción del Reich. El 1 de agosto de 1934, un día antes de la muerte de Hindenburg, el gobierno dictó una Ley sobre la Jefatura del Estado del Reich Alemán⁹⁰, que podía considerarse emitida de acuerdo con el citado artículo 4 de la Ley sobre la Reconstrucción del Reich y que unificaba en la persona de Hitler los cargos de Canciller y de presidente del Reich, la cual entraría en vigor a la muerte de Hindenburg. Tras este fallecimiento, todos los soldados hicieron un juramento solemne de lealtad a Hitler como *Führer*, no como Jefe de Estado, y el 19 de agosto un plebiscito ratificó lo dispuesto en esa ley⁹¹.

VI. REFLEXIONES SOBRE EL HUNDIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR

La historiografía suele señalar al 30 de enero de 1933, fecha en que Hitler asumió la Cancillería, como la finalización de la República de Weimar⁹². Esto se hace desde una visión retrospectiva que tiene en cuenta lo que significó Hitler, el llamado Tercer Reich y el nazismo. Sin embargo, podrían mencionarse puntos anteriores como representativos de la caída de esa República. También se ha sostenido que la aprobación de la ley de plenos poderes, el 24 de marzo de 1933, marcó la culminación de esa Constitución y podría decirse que también de esa República, ya que supuso un cambio de identidad constitucional⁹³. La Constitución

⁸⁹ Gesetz über den Neuaufbau des Reichs, en: documentArchiv.de, <http://www.documentarchiv.de/ns/neu-reich.html>

⁹⁰ Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs, en: <http://www.documentarchiv.de/ns/stobrhpt.html>

⁹¹ Kershaw, *op. cit.*, pp. 431-432.

⁹² Schildt, *op. cit.*, pp. 147 y ss.

⁹³ Grimm, *op. cit.*, p. 286.

de Weimar nunca fue formalmente abolida, pero si hubiera que identificar un acto jurídico que la sobrepasó del todo, expresamente, habría que apuntar hacia la citada Ley sobre la Reconstrucción del Reich, del 30 de enero de 1934, que fue sancionada cubriendo las apariencias de las mayorías calificadas requeridas para la reforma de la Constitución de Weimar y que autorizó al gobierno del Reich para dictar “Derecho Constitucional”. En realidad, Hitler nunca quiso que existiera Derecho Constitucional alguno que circunscribiera su actuación, como conjunto de límites jurídicos vinculantes para él y para todos. Ni siquiera se ocupó en promover una nueva Constitución formal. Su voluntad y los postulados ideológicos generales que impregnaban el nacionalsocialismo estaban por encima de cualquier consideración jurídica.

Son muchas las lecciones que pueden extraerse de la experiencia de Weimar. Los alemanes procuraron decantarlas y tuvieron muy presentes los denominados errores de Weimar cuando les correspondió elaborar la Ley Fundamental de 1949. De allí la regulación constitucional sobre la elección parlamentaria del Canciller y sobre el voto de censura constructivo; la previsión de un Presidente como Jefe de Estado de un sistema genuinamente parlamentario, con la consecuente supresión de su elección popular directa y la reducción de sus funciones; la minimización de los mecanismos de democracia directa; la eliminación de los poderes de emergencia del artículo 48, párrafo 2; el reconocimiento de la fuerza normativa directamente constitucional de los derechos fundamentales, así como el establecimiento de la garantía de su contenido esencial, y la fijación de límites materiales a la reforma constitucional, entre otras diferencias entre la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución de Weimar motivadas por aquella experiencia. El sistema electoral sufrió también modificaciones dirigidas a favorecer gobiernos estables y evitar la fragmentación en el parlamento.

Desde la perspectiva de los planteamientos expresados en este trabajo, es importante constatar la importancia de ideas constitucionales vertebradoras para el éxito de un orden constitucional. No se trata de que las Constituciones se nutran de un conjunto de valores homogéneo o unitario, sino de articularlas en torno a las principales corrientes conceptuales e históricas de la génesis constitucional que, al trascender

al texto constitucional, suelen orientar su interpretación e implementación. Es también crucial la correspondencia de estas ideas con la cultura política del país. En lo que concierne al diseño constitucional, se comprueba que no basta con buscar generar un equilibrio entre factores de poder para evitar que la balanza se incline en favor de alguno de ellos, sino que es esencial no perder de vista el objetivo global de controlar y limitar efectivamente el ejercicio del poder público. No necesariamente al establecer varios poderes robustos en su ámbito se produce un arreglo final moderado con pesos y contrapesos. Por otro lado, la excesiva debilidad práctica de uno de los poderes, el parlamento en el caso de Weimar, tiende a expandir las facultades de alguno de los otros, normalmente del ejecutivo. Esto implica que al construir la estructura constitucional debe tenerse muy en cuenta la realidad sobre la que gravitará y han de tomarse cautelas en atención a sus demandas. El presidente del Reich, que fue concebido por muchos como un contrapeo al parlamento y como una instancia componedora, operó prontamente con una dirección política propia y después fue elemento determinante en el desmantelamiento de la institucionalidad parlamentaria y de la República.

Por otra parte, el tema de los poderes de excepción es transversal a la crisis económico-social y político-constitucional de Weimar. La Constitución de 1919 estuvo sometida a tensiones y desgarramientos provenientes de la permanente urgencia en la solución de problemas existenciales de la República. Los llamados años dorados (1924-1928) fueron más bien una tregua en medio de dos grandes debacles económicas y de la batalla a gran escala entre las posturas extremistas que pugnaban por destruir ese orden político para desplegar el (único) que estimaban correcto. Una lucha cuyos contendientes lo eran en el mundo de los partidos políticos, de las asociaciones o sindicatos, y de los grupos paramilitares o fuerzas de choque. Con un artículo 48 que dejaba puerta franca para una canalización presidencialista y a la postre autoritaria de los conflictos.

Otra cuestión medular para apreciar las fragilidades de esa Constitución fue la de la reducida fuerza normativa de los derechos fundamentales que consagró. La admisión de la facultad del legislador para disponer del contenido de los derechos fundamentales y la limitación de su resistencia frente a regulaciones provenientes del poder ejecutivo

a un sistema no siempre coherente de reservas legislativas, degradaron tales derechos. Con el agravante de que buena parte de la normativa restrictiva de derechos era dictada no por el parlamento sino por el presidente del Reich, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, a lo que se sumaban las delegaciones legislativas.

Caben otras consideraciones sobre el diseño constitucional, pero en el marco de los asuntos aquí tratados procede una reflexión final sobre el papel de los juristas y de la judicatura. Muchos de ellos siguieron apegados a los principios del orden político-social anterior y estaban poco comprometidos con la defensa de la institucionalidad republicana y democrática. Pero incluso quienes sí lo estaban poco ayudaron a evitar su caída. Es doloroso observar que una ciencia jurídica versada en las categorías del Estado de Derecho, el cual se venía gestando en Alemania desde la segunda mitad del siglo XIX, con obras enjundiosas y brillantes en su análisis de la Constitución de 1919, se haya mostrado impotente ante los desafíos político-constitucionales que desató la República de Weimar. Se ha hablado del desconcierto, de la confusión o de la incapacidad para orientar⁹⁴ en que quedó sumida la doctrina jurídica cuando se agudizó el deterioro institucional de la República. Muchas de las causas de este deterioro y de esa perplejidad obedecían al contexto ya examinado al comienzo de este artículo, pero esto no exime totalmente a los juristas de responsabilidad. Se ha señalado a veces al positivismo jurídico como responsables de este naufragio de la ciencia jurídica, pero esta explicación no parece exacta. En el derrumbe del edificio jurídico de Weimar confluyeron tanto el literalismo o formalismo, objetable metodológicamente si es asumido como el canon hermenéutico, incluso desde postulados positivistas, como las interpretaciones laxas apartadas de la positividad. Faltó sustancia a veces, como en el tema de los límites materiales a la reforma constitucional, faltó rigor normativo en otras, como en la determinación del alcance de los derechos fundamentales. Lo que creo puede desprenderse como moraleja de esa capitulación de los juristas es que ellos y el Derecho pierden a la larga cuando se precipitan a contemporizar, aun de buena fe, con las

⁹⁴ Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, T. III, Munich, Beck, 1999, p. 123.

exigencias de los políticos y de la política, poniendo en riesgo la autoridad de su oficio y de su disciplina. Lo mismo puede decirse respecto de los tribunales, que en general no supieron cumplir una función de control y toleraron la expansión de los poderes y la acentuación de los desajustes que condujeron al naufragio de la juridicidad. También en la administración pública hubo profesionales del Derecho que desde 1930 estuvieron al servicio de la nueva jefatura y contribuyeron con creatividad a urdir el régimen de los gabinetes presidenciales, que terminó asfixiando la Constitución.

**CONFERENCIA
LOS GOBIERNOS DEL PUEBLO
EN EL PENSAMIENTO POLÍTICO
DE LA INDEPENDENCIA (1810-1830)
A CARGO DEL PROFESOR
LUIS DANIEL PERRONE
03 DE MARZO DE 2020**

**PALABRAS
DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES
PARA LA PRESENTACIÓN
DE LA CONFERENCIA
"LOS GOBIERNOS DEL PUEBLO
EN EL PENSAMIENTO POLÍTICO
DE LA INDEPENDENCIA (1810-1830)"
DEL PROFESOR LUIS DANIEL PERRONE**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales se complace en auspiciar en su sede la conferencia intitulada **“Los gobiernos del pueblo en el pensamiento político de la independencia (1810-1830)”**, del profesor Luis Daniel Perrone Galicia.

El Profesor Perrone es un joven historiador de sólida, brillante y de notable madurez quien a sus 37 años es Licenciado en Ciencias Políticas y Administrativas, Especialista en Derecho y Política Internacional y Doctor en Ciencias Políticas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Es profesor de pregrado y de postgrado en la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos de la UCV y en la Escuela de Comunicación Social de la Universidad Católica Andrés Bello. El Profesor Perrone fue galardonado en 2017 con el premio **“Rafael María Baralt”** otorgado a historiadores jóvenes por la Academia Nacional de la Historia y la Fundación Bancaribe, por su trabajo intitulado **“Veredas de libertad e igualdad. Expresiones del pensamiento político y social de Juan Germán Roscio (1797-1818)”**.

Hoy nos presenta la síntesis de una parte de su tesis doctoral denominada **“Los orígenes intelectuales del gobierno popular en Venezuela (1795-1826)”**. Para esta exposición el profesor Perrone resume unas reflexiones sobre la historia del pensamiento político venezolano focalizado en el análisis hermenéutico y en la crítica de conceptos utilizados en el lenguaje político de ese periodo de la independencia y en la época fundacional de la República. Para este fin indaga en las formas de pensar y del hablar acerca de la política que coexistieron en el contexto intelectual de aquel tiempo. Particularmente, las disquisiciones sobre el sentido de los conceptos asociados a los “gobiernos populares”, concretamente los términos “república” y “democracia”, demostrando el uso ambiguo del término “representatividad” como nota definitoria de tales conceptos.

El autor disuelve las ambigüedades semánticas asociadas a las confusiones en el pensamiento de los próceres civiles en el diseño de nuestras primeras instituciones políticas, haciendo referencia a las fuentes intelectuales y a la recepción de las ideas que les sirvieron de inspiración. Con ello contribuye a la preservación de la memoria histórica y a la consolidación de la conciencia jurídica y política del país en su larga marcha hacia la democracia, hoy interrumpida por una dictadura totalitaria cuyas principales armas son, entre otras, la instrumentalización del lenguaje, del derecho y de la historia con propósitos de dominación ideológica y política.

En suma, la obra del profesor Perrone evidencia el desafío permanente que tenemos los venezolanos de un conocimiento correcto de nuestra historia para afianzar los valores republicanos, la democracia y los derechos humanos como límites al poder político. Se trata hoy una necesidad impostergable con el fin de restaurar la civilidad, el orden jurídico y la paz en nuestro país.

Profesor Luis Daniel Perrone sea Ud., bienvenido a la sede de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Le agradecemos de antemano la que seguramente será una brillante exposición... Tiene Ud. a su disposición la tribuna de oradores de esta corporación, la cual, coincidentemente, esta custodiada por un retrato del prócer civil Francisco Javier Ustariz, uno de los más grandes intelectuales y jurista de la emancipación, quien participó en la elaboración del acta de independencia y en la Constitución de 1811.

Muchas gracias

**LOS GOBIERNOS POPULARES
EN EL PENSAMIENTO POLÍTICO
DE LA INDEPENDENCIA
(1810-1830).
LUIS DANIEL PERRONE GALICIA ***

* Doctor en Ciencias Políticas (UCV). Profesor de pregrado en la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos (UCV) y en la Escuela de Comunicación Social (UCAB). Profesor de postgrado en la Especialización en Derecho y Política Internacionales (UCV). Ganador del primer lugar del Premio de Historia “Rafael María Baralt” otorgado por la Academia Nacional de la Historia y Fundación Bancaribe (2016-2017) con una obra sobre el pensamiento político y social de Juan Germán Roscio.

INTRODUCCIÓN

Nadie podría negar que la república y la democracia constituyen pilares fundamentales de la conciencia política del venezolano en la actualidad, pese a los acontecimientos que han venido sucediendo en los últimos años. A lo largo de nuestra trayectoria como Estado independiente el devenir político de nuestro país ha sido evaluado positiva o negativamente de acuerdo con el criterio de si hemos fortalecido o debilitado esos gobiernos y formas de vida. Claro está, en la supremacía de la democracia como valor político no estamos solos en el mundo. Pierre Rosanvallon ha recalcado con acierto que la democracia “después de más de dos siglos sigue apareciendo como el indispensable principio organizador de todo orden político moderno”¹. Y en Venezuela esa convicción sigue teniendo fuerza.

Tanto historiadores como políticos han predicado que, en Venezuela, hemos estado en persecución de la democracia desde la Independencia, en lo que Germán Carrera Damas ha llamado la “*larga marcha hacia la democracia*”². No obstante, en los contextos políticos e intelectuales de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX aún la democracia no había ganado plenamente un sitio de honor entre los objetos idolatrados por los republicanos. Así lo han dejado entrever numerosos estudios de alta factura académica llevados a cabo desde la ciencia y la historia política. John Dunn, eminente figura de la

¹ Pierre Rosanvallon, *Por una historia conceptual de lo político. Lección inaugural en el Collège de France*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003. p. 21.

² Sobre la “larga marcha a la democracia” véase: Germán Carrera Damas, *Continuidad y ruptura en la historia contemporánea de Venezuela*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2016. pp. 15-24.

Escuela de Cambridge, apunta que el concepto de democracia estaba prácticamente “aniquilado por la experiencia histórica” a mediados del siglo XVIII³. Y durante dos mil años fue generalmente despreciada por los pensadores políticos que habían estudiado el tormentoso precedente de la antigua Atenas⁴. Otro especialista norteamericano en la historia de la democracia, Russell Hanson, concluye que “hasta la mitad del siglo diecinueve, o inclusive hasta más tarde, la democracia se asumía como una forma de hacer política peligrosa e inestable⁵”. Por su parte el reconocido politólogo Giovanni Sartori, con obras sobre la democracia que se han vuelto clásicas, asegura que entre el siglo III A.C. y el siglo XIX la democracia padeció “un largo eclipse” porque fue “durante dos mil años...una palabra negativa, derogatoria”⁶. Estos balances acerca de la situación del concepto de democracia a nivel global ponen en tela de juicio que los políticos venezolanos de la Independencia hayan deseado la instauración de una democracia cuyo significado compartían de forma consensuada.

Otro aspecto que vale la pena resaltar es que la avasallante presencia del discurso republicano y democrático en sus diversas modalidades en nuestra historia política no tiene su contrapartida en estudios sobre la evolución de los conceptos de gobiernos populares en el pensamiento político venezolano. Estos siguen siendo escasos, contándose apenas entre ellos una somera incursión desde el punto de vista jurídico de Tomás Carrillo Batalla⁷; los importantes análisis del republicanismo desde la metodología de la *Escuela de Cambridge* para la historia del pensamiento político de Luis Castro Leiva⁸; y los artículos dedicados a los conceptos de gobiernos populares en el *Diccionario político y*

³ John Dunn, “Conclusión” en John Dunn (ed.), *Democracia. El viaje inacabado (508 a.c.-1993 d.c.)*, Tusquets Editores, Barcelona, 1995. p. 299.

⁴ John Dunn, “Prefacio” en: John Dunn (ed.), *Democracia*, Ob. cit. p. 10.

⁵ Russell Hanson, “Democracy” en: Terence Ball; James Farr y Russell Hanson (eds.), *Political innovation and conceptual change*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989. p. 68.

⁶ Giovanni Sartori, *Elementos de teoría política*, Alianza Editorial, Madrid, 1999. p. 29.

⁷ Tomás Carrillo Batalla, *Historia crítica del concepto de la democracia*, T. I., Monte Ávila Editores, Caracas, 1983. pp. 319-411.

⁸ Luis Castro Leiva, *Obras*, Vols. I y II., “Para pensar a Bolívar” y “Lenguajes republicanos”, Fundación Empresas Polar, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005 y 2009.

*social del mundo Iberoamericano*⁹. Por ello presentamos en este trabajo algunos resultados de una investigación de largo alcance que hemos emprendido sobre los conceptos de gobiernos populares entre 1810 y 1830¹⁰. Mediante esta pesquisa buscamos respuestas a las siguientes interrogantes: ¿Cómo fueron concebidos los gobiernos populares durante la Independencia? ¿Cuándo se habló por primera vez de ellos? ¿Quiénes lo hicieron y cuáles libros utilizaron?

BREVE APARTADO SOBRE LA TEORÍA Y EL MÉTODO

Como un paso previo antes de mostrar algunos de los conceptos de gobiernos populares manejados durante la Independencia, conviene aclarar cuáles son los preceptos teórico-metodológicos que han brindado soporte a la elaboración de esta investigación. Estos provienen de la mezcla de cuatro propuestas teórico-metodológicas: la *Escuela de Cambridge* de historia del pensamiento político (Quentin Skinner; J. G. A. Pocock; John Dunn; Luis Castro Leiva); la historia conceptual o *Begriffsgeschichte* alemana (Reinhart Koselleck); la historia atlántica (Robert Palmer; Jacques Godechot; Bernard Bailyn; David Armitage) y la historia de la lectura (Robert Darnton; Roger Chartier). Esta sumatoria de enfoques constituye hoy en día la herramienta de trabajo del *Grupo de investigaciones sobre conceptos y lenguajes políticos* con sede en la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos de la Universidad Central de Venezuela, una visión teórico-metodológica que sus integrantes hemos venido denominando “*Escuela de los Chaguaramos*” para el abordaje de la historia del pensamiento político venezolano.

⁹ Carole Leal Curiel, Carolina Guerrero y Elena Plaza, “República-Venezuela”, en Javier Fernández Sebastián, (Dir.). *Diccionario político y social del mundo Iberoamericano*, T. I, Iberconceptos, Fundación Carolina, Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009. pp. 1369-1380; Luis Daniel Perrone, “Democracia-Venezuela”, en Javier Fernández Sebastián, (Dir.); Gerardo Caetano (Ed.), *Diccionario político y social del mundo Iberoamericano*, T. II, Iberconceptos, Universidad del País Vasco, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014. pp. 215-230.

¹⁰ Es menester aclarar que en este trabajo exponemos algunos hallazgos de la tesis con la cual obtuvimos el grado de Doctor en Ciencias Políticas titulada *Los orígenes intelectuales del gobierno popular en Venezuela (1795-1826)* que se encuentra actualmente en proceso de edición para su publicación.

En síntesis, el programa teórico-metodológico aludido parte de las siguientes premisas básicas: 1) Hay un conjunto de lenguajes políticos o formas de pensar y hablar acerca de la política que coexisten y conforman el contexto intelectual de cada época. En el periodo de la Independencia, por ejemplo, existían los lenguajes políticos del absolutismo monárquico, del republicanismo clásico, del republicanismo de la sociedad comercial, del constitucionalismo moderno, de la ciencia política, entre otros (*Escuela de Cambridge*)¹¹; 2) Los actores políticos articulan sus discursos tomando conceptos y argumentos de los diversos lenguajes políticos disponibles. Estos discursos son “*actos de habla*”, es decir, cada uno de ellos porta una intención (amenazar, advertir, refutar, aclarar, insultar, etc.) que puede descubrirse siempre y cuando se preste debida atención a los significados que tenía lo que se dijo en cada momento histórico (*Escuela de Cambridge*)¹²; 3) Los conceptos también tienen sus propias historias particulares. Ellos cambian sus significados, valoraciones, sentido y alcance a través de cuatro mecanismos: democratización, cuando el concepto pasa a ser utilizado por la mayoría de la población; ideologización, cuando el concepto adquiere un grado de abstracción tal que puede abarcar una multiplicidad de elementos divergentes; politización, cuando las definiciones de los conceptos son determinadas por las luchas entre bandos políticos; y temporalización,

¹¹ Véase, por ejemplo: Enrique Bocardo (ed.), *El giro contextual. Cinco ensayos de Quentin Skinner; y seis comentarios*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007; John Grenville Agard Pocock, *Pensamiento político e historia, Ensayos sobre teoría y método*, Ediciones Akal, Madrid, 2011. Para los lenguajes políticos disponibles en la Independencia y cómo fueron utilizados por sus actores pueden revisarse: Luis Castro Leiva, *Obras*, Vol. II, Ob. cit; Fernando Falcón, *El cadete de los Valles de Aragua, Pensamiento político y militar de la Ilustración y los conceptos de guerra y política en Simón Bolívar, 1797-1814*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2006; Guillermo Aveledo Coll, *Pro Religione et Patria. República y religión en la crisis de la sociedad colonial venezolana (1810-1834)*, Caracas, Academia Nacional de la Historia, Universidad Metropolitana, 2011; Luis Daniel Perrone, *Veredas de libertad e igualdad. Expresiones del pensamiento político y social de Juan Germán Roscio (1797-1818)*, Caracas, Academia Nacional de la Historia, Fundación Bancaribe, 2017.

¹² Quentin Skinner, *Lenguaje, política e historia*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2007. Para una explicación de esta metodología en el contexto venezolano véase el pionero trabajo: Diego Bautista Urbaneja, “Consideraciones sobre metodología en la historia de las ideas políticas” en: *Politeia* N° 5, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976. pp. 185-222.

cuando el concepto comienza a proyectar una situación a futuro (Historia conceptual o *Begriffsgeschichte*)¹³; 4) Todo pensamiento político se alimenta de corrientes intelectuales de alcance internacional. Los actores políticos leen, aprenden y copian lo que les interesa de autores de otros países. En el caso venezolano sobre todo de escritores situados en Estados cercanos o costeros del océano Atlántico (Historia Atlántica)¹⁴; 5) En los discursos políticos hay enunciados que son reproducidos literalmente o parafraseados de libros, revistas, folletos, etc. Por ende, debe averiguarse cómo los actores políticos leyeron e interpretaron los materiales que tuvieron a la mano (Historia de la lectura)¹⁵.

Hemos aplicado esta combinación de enfoques para dar cuenta de cómo fueron definidos los gobiernos populares entre 1810 y 1830.

REPÚBLICAS Y DEMOCRACIAS

Un martes 23 de octubre de 1810 ocurrió un hecho de gran trascendencia para la historia política de Venezuela: por primera vez pudo leerse en un papel público impreso en suelo patrio que la república y las democracias eran recomendadas como los mejores gobiernos para toda América. Esto se hizo por medio de la traducción de un artículo de un periódico británico realizada por los editores de la *Gazeta de Caracas*. Cuando todavía la Junta Suprema de Caracas impartía órdenes a nombre de Fernando VII apareció en el periódico oficial de esa institución lo siguiente:

¹³ Véanse: Reinhart Koselleck, “Un texto fundamental de Reinhart Koselleck: la introducción al Diccionario histórico de conceptos político-sociales básicos en lengua alemana, seguida del prólogo de dicha obra” (Traducción de Luis Fernández Torres) en *Revista Anthropos* N° 223, Barcelona, 2009. pp. 92-105; José Javier Blanco Rivero, “La historia de los conceptos de Reinhart Koselleck: conceptos fundamentales, *Sattelzeit*, temporalidad e histórica” en: *Politeia* N° 49, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2012. pp. 1-33.

¹⁴ Bernard Bailyn, *Atlantic history, Concept and contours*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, Londres, 2005.

¹⁵ Robert Darnton, “Discourse and diffusion” en: *Contributions to the history of concepts* N° 1, Vol. 1, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), The History of Political and Social Concepts Group, Marzo de 2005. pp. 21-28; Quentin Skinner, “On intellectual history and the history of books” en: *Contributions to the history of concepts* N° 1, Vol. 1, Ob. cit. pp. 29-36.

*“Deseamos que se frustren cuantas empresas se dirijan a transplantar el antiguo Borbonismo en la América del Sur. Que los principios de una democracia generosa y de un republicanismo sabio y grave, de acuerdo con la humanidad, purifique todo aquel continente, y no le pongamos objeciones. Tales principios son necesarios allí para elevar al hombre al debido conocimiento de sí mismo; para estimularle a todo lo que hay en él de generoso y activo; para que descubra sus buenas cualidades ocultas hasta ahora; para ponerlos en fin en un movimiento útil, en lugar de dejarle consumir y apolillarse como un madero enterrado. La forma de gobierno conveniente en la América Meridional es más bien la republicana que la monárquica”*¹⁶.

Aunque no hemos encontrado documentos que suministren pistas de las reacciones que provocó la inclusión de esos pasajes, suponemos que fue mayúscula la indignación de las personas que creían en la sinceridad de la Junta Suprema Conservadora de los Derechos de Fernando VII. ¿Cómo era posible que fueran estampadas esas palabras en el periódico de un órgano que mandaba en nombre de un monarca? Como sea, la publicación de esos párrafos preparó el terreno para que un mes después las páginas de la *Gazeta de Caracas* y del *Semanario de Caracas* fueran atiborradas con reflexiones acerca de los gobiernos populares.

Esas disquisiciones, en particular acerca de la república y la democracia, apuntaron a dos grandes concepciones. Por un lado, Miguel José Sanz en el *Semanario de Caracas* y los redactores de *El Patriota de Venezuela*, medio de opinión pública de la Sociedad Patriótica de Caracas, plantearon desde el lenguaje político del republicanismo clásico que la república y la democracia eran un mismo gobierno cimentado principalmente en la posesión de la soberanía por todo el pueblo y en la práctica de la virtud política definida como el amor a la patria. Esta corriente de interpretación de la naturaleza de los gobiernos populares estuvo fuertemente influenciada por las lecturas del *Ensayo sobre la*

¹⁶ “Noticias Extranjeras” (*Bell’s Weekly Messenger*, Monday’s edition, July 2 1810), *Gazeta de Caracas*. Martes, 23 de octubre de 1810. p. 3. col. 2; p. 4. col. 1.

historia de la sociedad civil de Adam Ferguson y *El Espíritu de las Leyes* de Montesquieu y fue próxima a la manera en que Robespierre y los jacobinos entendieron la república durante la Revolución francesa¹⁷. En uno de sus discursos Robespierre adujo que el “*gobierno democrático, o sea republicano eran dos palabras sinónimas a pesar de los equívocos del lenguaje común, puesto que la aristocracia no es república, como no lo es la monarquía*”¹⁸. Esta misma presunción puede observarse en un artículo titulado *Reflexiones sobre los obstáculos que se oponen al establecimiento sólido del gobierno democrático en las provincias de Venezuela y medios de removerlo*, inserto en *El Patriota de Venezuela*, donde en línea con Montesquieu y a semejanza del mensaje jacobino su autor postulaba que la virtud era “el resorte del gobierno democrático” y ella consistía en “el amor a las leyes y a la patria¹⁹, además de equiparar al gobierno democrático con el “*sistema republicano*”²⁰.

El segundo modo de comprensión de los gobiernos populares signado por el lenguaje político del republicanismo de la sociedad comercial está condensado en los escritos de William Burke en la *Gazeta de Caracas* y en las traducciones de Francisco Isnardi en *El Publicista de Venezuela*. De acuerdo con esta visión la república y la democracia eran gobiernos distintos, ya que en la república el pueblo conducía los

¹⁷ Sobre la repercusión de las lecturas de Ferguson y Montesquieu, véanse respectivamente: Fernando Falcón, “Adam Ferguson y el pensamiento ético y político de Miguel José Sanz: Notas para la reinterpretación del Semanario de Caracas (1810-1811)” en: *Politeia* N° 21, Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998. pp. 191-223; Luis Perrone, “El concepto de democracia en Venezuela desde la conformación de la Junta Conservadora de los Derechos de Fernando VII hasta la publicación de la Constitución Federal (1810-1811)”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 137, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2012, pp. 65-98.

¹⁸ Maximilien Robespierre, “Sobre los principios de moral política” (Discurso pronunciado ante la Convención Nacional el 5 de febrero de 1794 titulado originalmente “Sobre los principios de moral política que deben guiar a la Convención Nacional en la administración interna de la República”) en: Maximilien Robespierre, *La revolución jacobina*, Ediciones Península, Barcelona, 1973. p. 138.

¹⁹ “Reflexiones sobre los obstáculos que se oponen al establecimiento sólido del gobierno democrático en las provincias de Venezuela y medios de removerlo” en *El Patriota de Venezuela* N° 3, en: *Testimonios de la época emancipadora*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2011. p. 390.

²⁰ Ibid. pp. 391-392.

asuntos públicos a través de representantes elegidos de acuerdo con su voluntad y en la democracia el pueblo administraba directamente el poder de la ciudad o del Estado. Dentro de este paradigma imperó la noción de que la república con representación era un gobierno consustancial a la modernidad y la democracia era un gobierno que había quedado relegado a la Antigüedad, debido a que la magnitud espacial de los nuevos Estados daba cabida únicamente al gobierno del pueblo por medio de representantes, mientras que la democracia siempre había estado circunscrita a espacios reducidos. En esta tendencia fue crucial la impronta de libros de procedencia norteamericana como el *Sentido común* de Thomas Paine y *El federalista* de James Madison, John Jay y Alexander Hamilton. Para verificar cuán acertado es ese señalamiento basta comparar las proposiciones de William Burke en la *Gazeta de Caracas* con *El federalista* número 14 redactado por James Madison, así como lo ha efectuado Fernando Falcón²¹. El 11 de febrero de 1812 el irlandés Burke comentaba que:

*“Es, pues, de la mayor importancia mirando al próspero establecimiento de la confederación, que sus principios y operaciones sean íntima y generalmente conocidos. Del error de confundir una república representativa con una mera democracia, nace la errada suposición: “que el gobierno republicano no puede abrazar un vasto espacio de territorio”. Nada, sin embargo, es menos cierto, tanto en principio como en práctica. El caso es que como en tal democracia se reúne el pueblo y ejerce el gobierno en persona, así esta forma de gobierno se debe limitar a un pequeño recinto o sociedad; mientras que, adoptando el moderno principio de representación, reuniéndose el pueblo y administrando sus gobiernos por medio de sus diputados y agentes, se puede llevar el sistema republicano casi toda la extensión, como lo vemos demostrado por la práctica de los Estados Unidos del Norte”*²².

²¹ Fernando Falcón, “Presencia de los planteamientos teóricos de *El Federalista* en los procesos de independencia y construcción de la nacionalidad venezolana (1810-1831)” en: *Politeia* N° 41, Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008. pp. 51-82. Véase específicamente la página 68 para la comparación que se hace a continuación.

²² “Derechos de la América del Sur y México. Por el Sr. William Burke”, *Gazeta de Caracas*, Martes, 11 de febrero de 1812. p. 1. col. 1.

Tales aserciones fueron desglosadas del texto de James Madison:

*“El error por el que se limita el gobierno republicano a un distrito reducido, ha sido expuesto y refutado en anteriores artículos. Sólo haré observar aquí que su aparición y ascendiente parecen deberse a la confusión de los conceptos de república y democracia, por virtud de la cual aplican a la primera razonamientos que se desprenden de la naturaleza de la segunda. En otra ocasión establecimos también la verdadera distinción entre ambas formas de gobierno. Consiste en que en una democracia el pueblo se reúne y ejerce la función gubernativa personalmente; en una república se reúne y la administra por medio de sus agentes y representantes. Una democracia, por vía de consecuencia, estará confinada en un espacio pequeño. Una república puede extenderse a una amplia región”*²³.

Las similitudes son suficientemente notorias, quedando en evidencia otra óptica de la república y de la democracia que discrepaba de la fusión operada entre ambos conceptos por los escritores venezolanos inspirados en *El espíritu de las leyes* de Montesquieu. Sin embargo, es menester indicar que hubo excepciones a la regla y que algunos revolucionarios prefirieron anclar su exégesis de la democracia en teóricos ajenos a las Ilustraciones del siglo XVIII. El abogado trujillano Antonio Nicolás Briceño, el famoso “Diablo” Briceño, arguyó que el gobierno democrático era una especie de “gobierno regular”, a saber, un gobierno en que la soberanía residía absolutamente en el pueblo, acatando las lecciones del *Derecho natural y de gentes* de Samuel Pufendorf, un libro de cabecera para los estudios jurídicos y políticos publicado en el siglo XVII²⁴.

En resumen, hubo entre 1810 y 1812 dos formas hegemónicas de interpretar la república y la democracia: por un lado, la república equiparable con la democracia del republicanismo clásico y del otro la

²³ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004. p. 53.

²⁴ Luis Daniel Perrone, “La teoría de las formas de gobierno y de Estado de Samuel Pufendorf en el pensamiento político de Antonio Nicolás Briceño (1811)” en: *Anuario de Estudios Bolivarianos* N° 19, Instituto de Investigaciones Históricas *Bolivarium*, Universidad “Simón Bolívar”, Caracas, 2012-2013. pp. 121-123.

república desligada de la democracia del republicanismo de la sociedad comercial, en lo que entraban en juego los conceptos de virtud, soberanía y representación política. Esta era la discordancia fundamental entre esos dos ángulos de la cuestión que compartían, al unísono, preceptos básicos como la necesaria limitación temporal de los cargos públicos, la alternabilidad en el poder, el sometimiento del gobierno a la ley, el respeto a los derechos del hombre y del ciudadano y la división y equilibrio de poderes, entre otros factores.

EL GOBIERNO POPULAR REPRESENTATIVO

Los gobiernos del pueblo durante la Independencia también fueron clasificados como gobiernos representativos. Pero había un problema en cuanto al alcance de este concepto. Si bien es cierto que hubo protagonistas de la Independencia que conocieron la posición de Thomas Paine según la cual el sistema representativo sólo era posible donde no hubiese cargos públicos hereditarios²⁵, el concepto de gobierno representativo era indistintamente empleado para referirse a cualquier estructura política que contuviera un órgano de representación política del pueblo, como las asambleas estamentales o nacionales. Así la monarquía inglesa, la francesa de 1791 o la española creada en 1812 también eran categorizadas como gobiernos representativos en los papeles de la época, al igual que las repúblicas. Esta forma de visualizar los gobiernos respondió, en buena medida, al aprendizaje del lenguaje político del constitucionalismo moderno, cuyo mayor exponente era Benjamin Constant quien en su *Curso de Política Constitucional* admitía que cualquier gobierno con asamblea representativa del pueblo, leyes estrictamente respetadas y un delicado sistema de división y equilibrio

²⁵ Thomas Paine, “Disertación sobre los primeros principios del gobierno” en Manuel García de Sena, *La Independencia de Costa Firme justificada por Thomas Payne treinta años ha*, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, Caracas, 1949. pp. 76-77. Sobre la influencia de Paine en los próceres de la Independencia gracias a las traducciones de sus obras hechas por el venezolano Manuel García de Sena, véase: Pedro Grases, “Manuel García de Sena y la independencia de Hispanoamérica”, en: Pedro Grases, *Obras*, Vol. 3, Preindependencia y emancipación (Protagonistas y testimonios), Editorial Seix Barral, Caracas-Barcelona-México, 1981. pp. 377-427.

de poderes era bueno, no importando su configuración específica como república, aristocracia o monarquía constitucional²⁶.

Del cúmulo de testimonios que exhiben la vinculación entre el gobierno representativo y las monarquías podemos traer a colación dos a guisa de muestras. En la *Gazeta de Caracas* del 28 de junio de 1811 fue dada a luz la noticia de que finalmente habían “*organizado el Gobierno del Estado de Cundinamarca sobre los principios de un sistema liberal representativo*”²⁷, pero ese gobierno era una monarquía constitucional. En *El Publicista de Venezuela* del 11 de julio de 1811 José Félix Sosa, fiscal de la Alta Sala de Justicia y Supremo Tribunal de Vigilancia, recurrió al ejemplo de la monarquía británica para sostener que el Poder Judicial debía estar separado del Ejecutivo “*en todo gobierno representativo*”²⁸, insinuando que la monarquía inglesa podía compararse con la república de Venezuela al presuponer que ambas eran gobiernos sustentados en la delegación de la soberanía popular en un grupo de diputados.

La disyuntiva entre el gobierno representativo republicano y el gobierno representativo monárquico procuró resolverse jurídicamente en el Congreso de Cúcuta de 1821. Pedro Gual, venezolano revestido con la diputación de Cartagena, sometió a la aprobación de sus colegas un artículo constitucional en que la unión entre Nueva Granada y Venezuela sería concretada bajo “un solo gobierno libre, representativo y dividido con igualdad en tres Poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial”²⁹. Esa moción fue secundada por los diputados venezolanos, pero a la mayoría de los neogranadinos que intervinieron en el debate les pareció incompleta, pues querían añadir el adjetivo “*democrático*” al gobierno en discusión, cosa que rechazaron Gual y sus coterráneos.

²⁶ Téngase en cuenta, por ejemplo, los asertos de Constant acerca de la soberanía en cada forma de gobierno. Véase: Benjamin Constant, *Curso de política constitucional*, T. I, Traducción de Marcial Ramos López, 1820. Cap. 1. “De la soberanía del pueblo”. pp. 1-2.

²⁷ “Estado de Bogotá. Integridad territorial”, *Gazeta de Caracas*, viernes, 28 de junio de 1811. p. 1. col. 3.

²⁸ “Representación Fiscal. M. P. S.”, *El Publicista de Venezuela* N° 18, jueves, 31 de octubre de 1811. p. 140. col. 1.

²⁹ “Acta 13ª” (Sesión del día 18 de mayo de 1821) en: *Congreso de Cúcuta. 1821*, T. I, Congreso de la República, Caracas, 1983. p. 37.

Fueron los delegados neogranadinos Vicente Azuero y Alejandro Osorio quienes optaron por una vía intermedia y promovieron la adopción del “*gobierno popular representativo*”³⁰, que fue el que terminó siendo plasmado en la Constitución. En ese sentido, las actas del congreso de Cúcuta revelan un hecho irrecusable: mientras que los venezolanos impulsaron la formulación de un gobierno meramente representativo, los neogranadinos quisieron darle un cognomento democrático o popular a ese gobierno con el interés de que no fuera desviado hacia gobiernos distintos de la república.

De allí en adelante el concepto del gobierno popular representativo, entre 1821 y 1830, fue la consigna de quienes lucharon por mantener íntegra la constitución ante las tentativas de reformas que apuntalaban el fortalecimiento del Poder Ejecutivo, como los proyectos de Constitución boliviana y de monarquía constitucional propulsados por Bolívar o su círculo social y político más íntimo³¹. El gobierno popular representativo tenía entre sus componentes esenciales la elección popular de los magistrados, la duración limitada de sus mandatos, la división y equilibrio de poderes, el respeto a los derechos individuales, las garantías de libertades y la limitación legal del ejercicio del poder. Puntos que posteriormente, con el propósito de estrechar el lazo entre el gobierno representativo y el gobierno popular, fueron incluidos en la denominación del gobierno por el prócer Francisco Javier Yánes, quien en sus *Observaciones sobre el gobierno representativo* de 1825 comenzó a hablar de gobierno “*electivo, representativo, colectivo, alternativo y responsivo*”³². Esas adiciones, que luego fueron cristalizadas legalmente en la constitución venezolana de 1830, dejaban fuera de orden a

³⁰ “Acta 15^a” (sesión del día 21 de mayo de 1821), en: *Congreso de Cúcuta. 1821*, Ob. cit. p. 46; “Acta 26^a” (Sesión del día 28 de mayo de 1821) en: *Congreso de Cúcuta. 1821*, Ob. cit. p. 82.

³¹ Carlos Villanueva, *El imperio de los Andes*, Librería Paul Ollendorf, París, 1913; Caracciolo Parra Pérez, *La monarquía en la Gran Colombia*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1957. La Constitución boliviana fue propulsada y criticada en la prensa caraqueña durante 1827. Véase: Luis Daniel Perrone, “La Constitución boliviana en Caracas durante la última estadía de Simón Bolívar”, en: *Revista Tiempo y Espacio* N° 70, Centro de Investigaciones Históricas Mario Briceño Iragorry, Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Instituto Pedagógico de Caracas, Caracas, julio-diciembre de 2018. pp. 37-67.

³² Francisco Javier Yánes, *Observaciones sobre el gobierno representativo*, Imprenta de Devisme hermanos, Caracas, 1825. p. 37.

todo intento de promocionar la monarquía constitucional como un derivado del gobierno representativo o popular representativo. Sin embargo, también cobró cuerpo una ruta alterna para ligar indisolublemente la representación política con la democracia.

LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Fue Francisco Javier Yánes, uno de los grandes intelectuales de la Independencia, quien por primera vez en nuestra historia política explicó en un papel público qué era la democracia representativa. Para ello aprovechó un periódico que co-editaba junto con Cristóbal Mendoza, *El Observador Caraqueño*. En la quinta entrega del jueves 29 de enero de 1824 precisó que la “*democracia representativa*” era la contracara de la “*democracia pura*”, llamándola también “*democracia ficticia*” porque dependía de la creencia de que todo el pueblo de un Estado deliberaba y decidía a través de un número selecto de representantes. Luego de esa breve aclaratoria en *El Observador Caraqueño*³³ ahondó aún más en el tema en el folleto *Observaciones sobre el gobierno representativo* de 1825. Allí planteó que la democracia representativa tenía dos características medulares. Primero el procedimiento a través del cual el pueblo delegaba la administración de la soberanía a una pequeña cantidad de personas, que era la representación política y segundo la entrada en vigencia de una constitución que enseñaba a los diputados que tomaban “*el lugar de la voluntad general*” lo que podían hacer con el poder, imponiendo linderos explícitos a su ejercicio. Justamente la presencia de una constitución era lo que permitía distinguir a “*la democracia ficticia de la pura o absoluta*”³⁴, que, como en la Antigua Atenas, no respaldaba su funcionamiento con base en una constitución. Todo esto había sido copiado por Yánes de uno de los libros con mayor repercusión en el pensamiento político de la época: el *Comentario sobre el Espíritu de las Leyes de Montesquieu* de Destutt de Tracy. Este escritor pertenecía

³³ “Los representantes tienen la gran ventaja de ser capaces de ventilar los asuntos, para lo cual no es en ninguna manera a propósito el pueblo; este era uno de los mayores inconvenientes de la democracia absoluta, y la ventaja de la democracia ficticia”. “Necesidad de separar el poder para su ejercicio. Continuación del número anterior”. *El Observador Caraqueño* N° 63, Caracas, jueves 10 de marzo de 1825, Imprenta de Valentín Espinal, p. 2. col. 1.

³⁴ Francisco Javier Yánes, *Observaciones sobre el gobierno representativo*, Ob. cit. p. 3.

a la escuela de pensamiento de los “*Ideólogos*” originada en Francia cuyo impacto en el pensamiento político venezolano de principios del siglo XIX ha sido puesto de relieve por Fernando Falcón en uno de sus trabajos³⁵. El mérito que tuvo ese libro fue el de haber desbancado a la máxima obra de Montesquieu como el recetario político por excelencia del momento, subrayando los errores que había cometido y el desfase de sus razonamientos con los nuevos tiempos. Aseveraba Du Tracy que la “*democracia absoluta*” solamente podía mantenerse “*en una extensión muy pequeña de territorio*”³⁶, por lo cual el “*gobierno representativo era la única democracia que puede existir un largo tiempo y en un grande espacio de territorio*”³⁷. Aquí es perceptible cómo sirvió este libro para que los revolucionarios venezolanos asimilaran al gobierno representativo con la democracia en oposición a su parentesco con la monarquía.

CONCLUSIÓN

Hemos pasado revista en este trabajo a algunas concepciones acerca de los gobiernos populares en la Independencia venezolana. Las piezas documentales examinadas avalan que no fue unívoca la noción del gobierno popular, no fue tan nítida como a veces se nos presenta en nuestros libros o manuales de historia. En ellos se nos ha querido enseñar que, en discordancia con las evidencias históricas, los próceres de la Independencia fueron alentados en sus acciones por la esperanza de materializar una democracia cuyo sentido más profundo conocían³⁸.

³⁵ Fernando Falcón, “Sentimos, luego existimos: el pensamiento de los ideólogos en Venezuela (1811-1840)” en: *Memorias de las Jornadas de Historia y Religión. 1810: Dios, patria y libertad*, Fundación Konrad Adenauer, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012.

³⁶ Destutt de Tracy, *Comentario sobre el Espíritu de las Leyes de Montesquieu, por Destutt de Tracy, con las observaciones inéditas de Condorcet*, Traducido del francés al español por el doctor D. Ramón Salas, Imprenta de Lawalle Joven, Burdeos, 1821, Libro II. De las leyes que se derivan directamente de la naturaleza del gobierno. pp. 45-46.

³⁷ *Ibid.* pp. 46-47.

³⁸ Por señalar un solo caso de tantos, Rufino Blanco Fombona escribió en uno de sus ensayos que los revolucionarios venezolanos contribuyeron al establecimiento en el continente americano de “la libertad, que ya conocían, la República que ya amaban y la Democracia connaturalizada instintivamente en toda América con los hijos del Nuevo Mundo”. Véase: Rufino Blanco Fombona, “La evolución de las ideas en Venezuela durante la revolución de Independencia” en: *Boletín de la Academia Nacional de la Historia* N° 367, Academia Nacional de la Historia, Caracas, julio-septiembre del 2009. p. 139.

Sin embargo, lo cierto es que hubo distintas formas de concebir los gobiernos populares, la democracia y la república. Merced a este detalle podemos hacernos varias preguntas: ¿Hasta qué punto es cierto que el gobierno popular, la república o la democracia, que deseamos hoy en día siguen siendo los mismos por los cuales se sacrificaron nuestros heroicos antepasados? ¿Cuál de aquéllas anhelamos hoy en día? ¿En verdad continuamos buscando la república de la virtud a la manera de Montesquieu y Miguel José Sanz? ¿Todavía queremos la república segregada de la democracia como Madison y Burke? Estamos seguros que un análisis más cuidadoso de las teorías de los gobiernos populares que informaron los discursos de nuestros antepasados podría volvernos conscientes de las abismales diferencias que nos separan de aquellas orientaciones. Cuando reconozcamos eso, que nuestros conceptos sobre gobiernos populares en la actualidad guardan poca relación con los de Bolívar y sus compañeros, al fin nos liberaremos de la pesada carga de la historia y limpiaremos el camino para nuestras propias reflexiones, que seguramente estarán mejor adaptadas a la realidad que nos circunda, en este difícil arte de repensar la república y la democracia sin las gringolas que nos impone el pasado.

BIBLIOGRAFÍA

- AVELEDO COLL, Guillermo, *Pro Religione et Patria. República y religión en la crisis de la sociedad colonial venezolana (1810-1834)*, Caracas, Academia Nacional de la Historia, Universidad Metropolitana, 2011.
- BAILYN, Bernard, *Atlantic history, Concept and contours*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, Londres, 2005.
- BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell (eds.), *Political innovation and conceptual change*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- BOCARD, Enrique (ed.), *El giro contextual. Cinco ensayos de Quentin Skinner, y seis comentarios*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.
- BLANCO FOMBONA, Rufino, "La evolución de las ideas en Venezuela durante la revolución de Independencia" en: *Boletín de la Academia Nacional de la Historia* N° 367, Academia Nacional de la Historia, Caracas, julio-septiembre del 2009. pp. 137-148.

- BLANCO RIVERO, José Javier, “La historia de los conceptos de Reinhart Koselleck: conceptos fundamentales, *Sattelzeit*, temporalidad e histórica” en: *Politeia* N° 49, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2012. pp. 1-33.
- CARRERA DAMAS, Germán, *Continuidad y ruptura en la historia contemporánea de Venezuela*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2016.
- CARRILLO BATALLA, Tomás, *Historia crítica del concepto de la democracia*, T. I., Monte Ávila Editores, Caracas, 1983.
- CASTRO LEIVA, Luis, *Obras*, Vol. I, “Para pensar a Bolívar”, Fundación Empresas Polar, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.
- CASTRO LEIVA, Luis, *Obras*, Vol. II., “Lenguajes republicanos”, Fundación Empresas Polar, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009.
- Congreso de Cúcuta. 1821*, T. I, Congreso de la República, Caracas, 1983.
- CONSTANT, Benjamin, *Curso de política constitucional*, T. I, Traducción de Marcial Ramos López, 1820.
- DARNTON, Robert, “Discourse and diffusion” en: *Contributions to the history of concepts* N° 1, Vol. 1, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), The History of Political and Social Concepts Group, Marzo de 2005. pp. 21-28.
- DE TRACY, Destutt, *Comentario sobre el Espíritu de las Leyes de Montesquieu, por Destutt de Tracy, con las observaciones inéditas de Condorcet*, Traducido del francés al español por el doctor D. Ramón Salas, Imprenta de Lawalle Joven, Burdeos, 1821.
- DUNN, John (ed.), *Democracia. El viaje inacabado (508 a.c.-1993 d.c.)*, Tusquets Editores, Barcelona, 1995.
- El Publicista de Venezuela*, 1811.
- El Observador Caraqueño*, 1824.
- FALCÓN, Fernando, “Adam Ferguson y el pensamiento ético y político de Miguel José Sanz: Notas para la reinterpretación del Semanario de Caracas (1810-1811)” en: *Politeia* N° 21, Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998. pp. 191-223.
- FALCÓN, Fernando, “Presencia de los planteamientos teóricos de *El Federalista* en los procesos de independencia y construcción de la nacionalidad venezolana (1810-1831)” en: *Politeia* N° 41, Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008. pp. 51-82.
- FALCÓN, Fernando, “Sentimos, luego existimos: el pensamiento de los ideólogos en Venezuela (1811-1840)” en: *Memorias de las Jornadas de*

- Historia y Religión. 1810: Dios, patria y libertad*, Fundación Konrad Adenauer, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012.
- FALCÓN, Fernando, *El cadete de los valles de Aragua, Pensamiento político y militar de la Ilustración y los conceptos de guerra y política en Simón Bolívar, 1797-1814*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2006.
- Gazeta de Caracas*, 1810-1812.
- GARCÍA DE SENA, Manuel, *La Independencia de Costa Firme justificada por Thomas Payne treinta años ha*, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, Caracas, 1949.
- GRASES, Pedro, *Obras*, Vol. 3, Preindependencia y emancipación (Protagonistas y testimonios), Editorial Seix Barral, Caracas-Barcelona-México, 1981.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- KOSELLECK, Reinhart, “Un texto fundamental de Reinhart Koselleck: la introducción al Diccionario histórico de conceptos político-sociales básicos en lengua alemana, seguida del prólogo de dicha obra” (Traducción de Luis Fernández Torres) en *Revista Anthropos* N° 223, Barcelona, 2009. pp. 92-105.
- LEAL CURIEL, Carole; GUERRERO, Carolina; PLAZA, Elena, “República-Venezuela”, en FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, Javier (Dir.). *Diccionario político y social del mundo Iberoamericano*, T. I, Iberconceptos, Fundación Carolina, Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009. pp. 1369-1380.
- PARRA PÉREZ, Caracciolo, *La monarquía en la Gran Colombia*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1957.
- PERRONE, Luis, “El concepto de democracia en Venezuela desde la conformación de la Junta Conservadora de los Derechos de Fernando VII hasta la publicación de la Constitución Federal (1810-1811)”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 137, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2012, pp. 65-98.
- PERRONE, Luis Daniel, “La teoría de las formas de gobierno y de Estado de Samuel Pufendorf en el pensamiento político de Antonio Nicolás Briceño (1811)” en: *Anuario de Estudios Bolivarianos* N° 19, Instituto de Investigaciones Históricas *Bolivarium*, Universidad “Simón Bolívar”, Caracas. 2012-2013. pp. 101-134.

- PERRONE, Luis Daniel, “La Constitución boliviana en Caracas durante la última estadía de Simón Bolívar”, en: *Revista Tiempo y Espacio* N° 70, Centro de Investigaciones Históricas Mario Briceño Iragorry, Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Instituto Pedagógico de Caracas, Caracas, julio-diciembre de 2018. pp. 37-67.
- PERRONE, Luis Daniel, “Democracia-Venezuela”, en FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, Javier (Dir.); CAETANO, Gerardo (ed.), *Diccionario político y social del mundo Iberoamericano*, T. II, Iberconceptos, Universidad del País Vasco, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014. pp. 215-230.
- PERRONE, Luis Daniel, *Veredas de libertad e igualdad, expresiones del pensamiento político y social de Juan Germán Roscio (1797-1818)*, Caracas, Academia Nacional de la Historia, Fundación Bancaribe, 2017.
- POCOCK, John Grenville Agard, *Pensamiento político e historia, Ensayos sobre teoría y método*, Ediciones Akal, Madrid, 2011.
- ROBESPIERRE, Maximilien, *La revolución jacobina*, Ediciones Península, Barcelona, 1973.
- ROSANVALLON, Pierre, *Por una historia conceptual de lo político. Lección inaugural en el Collège de France*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003.
- SARTORI, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- SKINNER, Quentin, *Lenguaje, política e historia*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2007.
- SKINNER, Quentin, “On intellectual history and the history of books” en: *Contributions to the history of concepts* N° 1, Vol. 1, Ob. cit. pp. 29-36.
- *Testimonios de la época emancipadora*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2011.
- URBANEJA, Diego Bautista, “Consideraciones sobre metodología en la historia de las ideas políticas” en: *Politeia* N° 5, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976. pp. 185-222.
- VILLANUEVA, Carlos, *El imperio de los Andes*, Librería Paul Ollendorf, París, 1913.
- YÁNES, Francisco Javier, *Observaciones sobre el gobierno representativo*, Imprenta de Devisme hermanos, Caracas, 1825

FOROS

**EL PETRO:
ASPECTOS JURÍDICOS, ECONÓMICOS
Y CONTABLES
11 DE MARZO DE 2020**

**PALABRAS
DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES
PARA LA APERTURA DEL FORO SOBRE
"EL PETRO: ASPECTOS JURÍDICOS,
ECONÓMICOS Y CONTABLES"
CELEBRADO EL 11 DE MARZO DE 2020
EN LA SEDE DEL IESA**

Las falencias institucionales del Estado hacen de este momento que vivimos una oportunidad crucial para aumentar el compromiso de todos con los cambios necesarios, comenzando con el discurso público para fomentar la discusión libre y abierta. La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, sin llegar a ser un actor político ni mucho menos, le es consustancial convertirse en ductor y guía de las transformaciones inaplazables del país para recuperar la institucionalidad y la democracia como único horizonte político de legitimidad.

En este foro sobre el llamado **“Petro”** la Academia tiene por objetivo analizar los problemas jurídicos, económicos y contables fundamentales asociados a la creación y aplicación del denominado **“criptoactivo soberano”** en su incidencia sobre la actividad institucional, comercial y empresarial del país.

Sin entrar en los cuestionamientos sobre la validez jurídica, nuestro propósito con este foro es también hacer propuestas de interpretación y de reformas útiles para reivindicar una regulación razonable, acorde con el sentido común y las necesidades prácticas para rescatar la libertad económica, superar los desequilibrios macroeconómicos, refundar los sistemas monetario, financiero y fiscal, dignificar el trabajo y todas aquellas políticas públicas que contribuyan a la recuperación económica de Venezuela y a la solución de la pavorosa crisis humanitaria que azota al país.

Entre 2016 y abril de 2019 el BCV omitió la publicación de las cifras sobre inflación y otras cuentas nacionales. Al interrumpir aquel silencio, el ente emisor reveló la frustrante gestión económica del sector público durante esos años, concretamente el reconocimiento de la hiperinflación al cierre de 2018 de 130.000,00%, el decrecimiento económico de 25 % del PIB y la involución de la economía venezolana a

niveles de 1948. Recientemente BCV reportó que la inflación de 2019 fue de 9,585.5 %.

El resultado de las estadísticas retrasadas del BCV es la confesión de la devastación económica del país.

Particularmente, la hiperinflación tiene consecuencia directa en la devastación del sistema monetario.

En esta trama, las dos reconversiones monetarias del bolívar caducaron. El llamado bolívar **“fuerte”** y ahora el bolívar **“soberano”**, solo fueron eufemismos para encubrir que el curso legal perdió significado, que nuestro signo monetario degeneró en disfuncional. Es simplemente un nombre vacío que, a lo más, continúa como una referencia cuantitativa obligatoria sin virtualidad.

El reconocimiento de la agonía del bolívar ocurrió con la aparición, precisamente, del llamado **“Petro”**. Este pretendido criptoactivo tiene por objetivo servir de medio de pago, unidad de cuenta y arrimo de valor en Venezuela amparado por la novedad del llamado dinero digital, el halo de complejidad que ofrecen la tecnología del **blockchain** y la ambigüedad regulativa sobre el tema en una economía devastada.

El Petro es un activo cuestionado en su validez jurídica y hasta de uso prohibido en ciertas jurisdicciones internacionales, lo que genera desconfianza. Tanto es así que, la pequeña historia del Petro es equívoca e incierta. La mejor doctrina sobre la materia da cuenta que desde que se anunció su creación (enero 2018), el Petro se presentó como criptoactivo, en tanto que para octubre de ese mismo año había sido implementado adicionalmente como unidad de cuenta fluctuante (UCF), para la fijación del salario mínimo y la fijación de precios en el marco del denominado Plan Cincuenta. Desde entonces, el valor del Petro ha sido ajustado en varias ocasiones con máxima **“...informalidad, imprecisión, inconsistencia, dispersión y complejidad...”** por anuncios oficiales por cadena de televisión nacional.

Lo más grave es que, el cálculo del valor del Petro es un misterio. No hay un mercado eficiente que transparentemente evidencie su valor. En medio de tanta opacidad hoy el **“valor”** del Petro es el que aparece en la página web de la SUNACRIP, esto es, el valor del Petro no es propio, es el que le fije el gobierno.

Existe una clara intención de utilizar el llamado Petro como un medio de pago y como una unidad de cuenta, incluso con fines de reporte para una contabilidad dual con la moneda de curso legal. Recientemente se impuso el uso del Petro como medio de pago forzoso de tasas y precios públicos para ciertas prestaciones proveídas exclusivamente por las administraciones públicas, pero también pretende exigirse -sin base legal- como medio de pago legal de otras obligaciones pecuniarias. La pretensión generalizadora llega también al ámbito laboral. Algunas administraciones municipales han pretendido el uso del Petro en sustitución de la UT para la medición y pago de multas y otras obligaciones tributarias locales.

En este contexto de incertidumbre la discusión sobre la naturaleza técnica del llamado Petro será expuesta por el economista Aarón Olmos. Aparte de identificar si el Petro es un criptoactivo, una criptomoneda o un simple activo digital, nos dará su opinión sobre las formas de valoración económica de este medio, su impacto en la política monetaria y su coexistencia con otros medios de pago monetarios como el dólar y el bolívar.

Las consideraciones sobre la naturaleza jurídica del llamado Petro estarán a cargo del abogado Roberto Hung, quien hará especial énfasis en la explicación de sus usos, la descripción de las relaciones jurídicas entre el emisor, los usuarios e intermediarios, las posibilidades jurídicas de conversión del Petro en alguna moneda y las funcionalidades asociadas a su uso a través de las llamadas Petroapp, plataforma patria y el biopago, entre otras.

Personalmente tendré a mi cargo la explicación sobre los aspectos jurídicos y técnico contables de las iniciativas de pretender el uso de criptoactivos (y veladamente el Petro) como unidad de medida con la intención de una “doble contabilidad” con el bolívar a través del Decreto Ejecutivo No. 4025 y de la Providencia No. 098-2019 de SUNACRIP. Así mismo el examen de la posición de la FCCPV al respecto con la reciente emisión del BA No. 12 VEN NIF y finalmente la aproximación técnica sobre el reconocimiento, registro, valoración y revelación de la tenencia de criptoactivos en los EEFF de una entidad.

El académico Juan Cristóbal Carmona Borjas disertará sobre las posibilidades jurídicas del pago de obligaciones tributarias en Petros, la

sustitución de la UT por el Petro a nivel municipal y estatal, la imposición de su uso como medio de pago exclusivo de obligaciones tributarias de tasas por la prestación de servicios públicos y el tratamiento de las transacciones que impliquen su uso a los fines de los impuestos sobre la renta, IVA, sucesoral y donaciones.

El Dr. Miguel Mónaco explicará la posibilidad jurídica de que el Petro sustituya el bolívar como moneda de curso legal y que pueda exigirse su uso y sancionarse su incumplimiento en su recepción como un medio de extinción de obligaciones pecuniarias.

El académico César Carballo Mena nos dará su opinión sobre el uso del Petro como un medio para la denominación y pago de obligaciones laborales y como un medio atesoramiento o refugio de valor de prestaciones sociales.

No puedo terminar estas palabras sin agradecer a las autoridades del IESA por coauspiciar este evento con la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y por la generosa colaboración de prestar sus instalaciones físicas y su estructura logística para hacer posible este evento. Especial reconocimiento a su Presidente Ejecutivo Gustavo Roosen, a su vicepresidente Carlos Raúl Hernández Delfino y a su director de Educación Ejecutiva, Carlos García.

Finalmente, agradecemos al académico profesor Juan Cristóbal Carmona y a nuestra Directora Ejecutiva, Sra. Evelyn Barboza, por la espléndida y eficiente organización de este evento.

Permítaseme una reflexión final citando un acertado comentario del profesor Carmona Borjas: ***“...es una realidad incuestionable que la economía no obedece a la fuerza bruta, de allí que no es dable incursionar en el mundo de la innovación tecnológica del siglo XXI con las herramientas del Estado Absoluto del siglo XVII cuyo lema lo representa la conocida frase <<el estado soy yo>> atribuida al Rey Sol, Luis XIV de Francia”.***

Bienvenidos a este foro sobre el llamado Petro. Mis mejores deseos de provecho y éxito en las exposiciones que siguen.

Señoras, Señores.

**NATURALEZA DEL PETRO
Y SUS IMPLICACIONES
EN LA ECONOMÍA VENEZOLANA.
AARÓN IBRAHÍM OLMOS RÍSQUEZ***

* Economista (UCV), Especialista en Finanzas de Empresas (UCV), Magíster Scientiarum en Gerencia Empresarial (UCV), Candidato a Doctor en Gerencia (UCV), Profesor invitado IESA.

BLOCKCHAIN Y BITCOIN

Desde la creación del Bitcoin y la tecnología Blockchain (protocolos de transmisión seguros de datos) por parte de Satoshi Nakamoto el 31/10/2008, son muchos los cambios que esta innovación tecnológica está provocando a nivel global. Y es que la Blockchain posee características que la hacen susceptible de ser aplicada en la economía, finanzas, administración, presupuesto, contabilidad, proyectos, derecho, gestión de la información, gestión de identidad, medicina, propiedad intelectual, procesos electorales, etc., por permitir la organización de los procesos, gestión de datos y almacenamiento seguro e inmutable de la información vinculados al logro de un objetivo predefinido en un algoritmo.

En este sentido, el dinero como elemento de intercambio global, no ha sido la excepción para la aplicación de la Blockchain, porque luego de miles de años de evolución de este concepto en nuestras manos, esta tecnología ha cambiado la manera en que nos relacionamos en los mercados de bienes y servicios, al transar valor desmaterializado para la satisfacción de necesidades entre agentes económicos. Esto supone un estadio diferente a nivel económico y social de la comprensión del concepto del dinero y su función como medio de intercambio y reserva de valor.

Si entendemos al dinero como *“cualquier mercancía intercambiable en un mercado por los agentes económicos, para la satisfacción de sus necesidades y que es aceptada por un tercero como medio de pago y reserva de valor”*, entonces prácticamente cualquier cosa puede ser dinero, y esto es tan cierto que también es dinero aquello que por la necesidad, ubicación geográfica, oportunidad, innovación, situación

política, razones afectivas, y hasta por imposición puedan darse formal o informalmente en la sociedad.

De esta manera hemos transitado del dinero basado en el trabajo y capacidad creadora del hombre, al dinero mercancía “quid pro quo” en términos del más elemental trueque o economía de los equivalentes, llegando así al dinero de pleno contenido que basa su valor de cambio en la cantidad que representa de un metal o mineral escaso (oro, plata, bronce), siendo la posesión del mismo la razón de la riqueza de muchos a través del tiempo. Esto nos lleva a entender como a partir del año 1944 con el acuerdo de Bretton Woods, y hasta el año 1971 con el gobierno de Richard Nixon en los Estados Unidos de América, el oro fungió como patrón de valor y riqueza de los países y sus monedas.

Pero en este tránsito histórico ya en el siglo XIII los orfebres, herreros, templarios y familias de nobles apellidos habían comenzado a estructurar un sistema de representación de valor con base en metales a su resguardo, estableciendo elementos de intercambio distintos al metal y de fácil traslado y acumulación, así como esquemas de ahorro e inversión basados en tipos de interés, creados a la sazón de la oferta y demanda del propio dinero. Es cuando el dinero de papel aparece como medio de pago, con problemas de falsificación y reconocimiento de firmas y sellos oficiales de emisión, pero esto no fue impedimento cuando los gobiernos modernos establecieron los bancos centrales como entes de control y emisión de políticas y monedas, porque ahora este medio de intercambio sería de obligatoria aceptación y “confianza” por ley y orden superior creando así el dinero fiat-fiduciario.

En este contexto, el dinero y sus especies fueron transformados dentro del sistema financiero en nuevos vehículos de pago como cheques, tarjetas de crédito (TDC) y débito (TDB), migrando rápidamente a medios desmaterializados electrónicos bajo la figura de las transferencias de dinero. Estas transferencias son representaciones del valor del trabajo de los agentes económicos o de los bienes y servicios intercambiados en los mercados por las personas naturales y jurídicas, que utilizan el dinero de obligatoria aceptación emitido por los bancos centrales de los países, que, por convención, sea física o inmaterialmente, se asume como valor de cambio.

Es así que como producto de la crisis de confianza en las instituciones financieras globales, derivado del crack de la bolsa de 1929, la crisis financiera de 1937, la crisis de las empresas punto com de 1998 y la burbuja inmobiliaria del 2008, y en manos de los avances de la tecnología, el internet y la computación, surge de manos de Satoshi Nakamoto un vehículo de transferencia de valor desmaterializado, que no requiere originalmente del dinero de obligatoria aceptación para hacer intercambios entre las personas, porque no hace falta oro, emisión de deuda gubernamental o un producto interno bruto alguno que le de valor a la información intercambiada entre bloques minados (validados) por pruebas de trabajo (PoW) entre nodos de una red peer to peer (p2p) global. Nuevamente la aceptación social y la creencia de intercambio de valor ahora con base en la tecnología, le otorgan originalmente al Bitcoin su estatus de divisa global.

Entonces estamos viviendo un tiempo de modificación en el concepto del dinero y el valor de las cosas, porque ahora la posesión de poder de cómputo (Hash power) en una red global colaborativa de validadores de operaciones, crea una nueva especie de riqueza, así como la posibilidad de acumular mayor cantidad de criptomonedas que representan distintos proyectos y usos posibles. Es un cambio de paradigma en la relación del hombre con el dinero y su uso en sociedad, porque ahora las billeteras son aplicaciones digitales que se descargan en teléfonos inteligentes, y el valor de las cosas se encuentra en la posibilidad de intercambio de criptoactivos que puedan ser acumulados, segmentados y transferidos a gran velocidad con el menor costo posible entre personas.

Esto deja un gran cuestionamiento sobre la manera como el sistema financiero internacional, los bancos centrales y los bancos públicos y privados de los países, puedan asumir el cambio inminente en la estructura tradicional del intercambio del valor por un dinero que no posee soporte tradicional y en un sistema económico que cada vez más está abierto a mecanismos alternativos de representación de valor. Entonces se hace evidente la necesidad de un nuevo constructo teórico para la comprensión y aplicación de esta nueva realidad económica, política, social e institucional que reclama un abordaje diferente y multidisciplinar para su correcta adopción.

El 31/10/2008 Satoshi Nakamoto libera el libro blanco del Bitcoin en la Cryptography Mailing List, bajo el nombre de *“Bitcoin: Un sistema de dinero electrónico P2P”*, explicando que había estado trabajando en un sistema de dinero electrónico entre personas que no poseía dinero físico ni terceros confiables (bancos tradicionales, banca central o gobierno). Esta idea se encontró con muchos detractores que automáticamente desecharon la posibilidad de crear una nueva forma de transferir valor digital entre personas, sin que las partes involucradas históricamente hicieran juego.

Sin embargo, el 03/01/2009 entre Satoshi Nakamoto y Hal Finney se originó la primera operación de transferencia de valor digital en Bitcoin, creándose el bloque 0 o *“génesis”* y los primeros 50 bitcoins de los 21.000.000 definidos en su diseño por efecto de la minería (PoW). En ese momento las unidades de Bitcoin no tenían un precio estimado de mercado en dinero fiat (USD), más allá de aquel que podría obtenerse de la estructura de costos vinculada con su producción a nivel digital. Dato que meses después se obtendría de manos de Laszlo Hanyecz un programador californiano (EE.UU.) que, en marzo 2010, estimó que para producir 1 Bitcoin o 1 BTC al costo de sus equipos y servicio eléctrico e internet eran necesarios 0,0006 centavos de dólar.

Desde ese momento a la fecha (marzo 2020), de los 21.000.000 de Bitcoins a producirse por minería, ya se disponen de 18.247.237 (86,89%), el precio promedio por unidad es de 8.700 USD y su capitalización de mercado es 157.282.476.143 USD, lo que representa una dominancia de 64,10% en un mercado global de más de 5.400 criptomonedas. Y es que más allá del hecho que Bitcoin no es dinero tradicional, formal o fiduciario, ha logrado convertirse en un vehículo de intercambio de valor en mercados que buscan cobertura financiera y protección para resguardar el valor del trabajo y la riqueza de la empresa, ante los embates de las economías del mundo.

BITCOIN Y LAS CRIPTOMONEDAS VENEZOLANAS

En el caso de nuestro país, ya desde el año 2013 algunos venezolanos se encontraban experimentando con la minería de Bitcoin y otras criptomonedas como Litecoin, cuando los precios de estos criptoactivos

rondaban los 110 USD y 4 USD promedio respectivamente por unidad. Nuestra economía comenzaba, sin saberlo, el camino hacia una severa contracción del PIB, que todavía padecemos y afecta profundamente el poder de compra del bolívar, el cual prácticamente ya luego de 2 re-conversiones monetarias -8 ceros menos-, la primera el 01/01/2008 -3 ceros menos- y la segunda el 20/08/2018 -5 ceros menos-, no posee el protagonismo acostumbrado dentro de las formas de pago más usadas en el territorio nacional en medio de un proceso de dolarización y uso de cualquier divisa como medio de pago y dinero funcional. Esta situación ha llevado a los venezolanos a aceptar medios de pago híbridos, dentro de los cuales se encuentran dinero fiat no nacional -divisas- (dólares, euros, pesos colombianos, reales brasileiros), en físico o por vía digital, así como también criptomonedas (nacionales y extranjeras).

Ya son más de 5.400 criptomonedas las que se encuentran listadas en Coin Market Cap (www.coinmarketcap.com), de un universo estimado en más de 6.000 diferentes proyectos que usan la tecnología Blockchain para transferir, resguardar y crear valor. Es importante destacar que no todas las criptomonedas son iguales, o están desarrolladas sobre el mismo algoritmo; se minan, tienen los mismos fines o están respaldadas solo por la tecnología de la cadena de bloques y la confianza de sus tenedores o “*traders*” en los mercados. Y esto es así porque desde el 31/10/2008 con el advenimiento del Bitcoin y los protocolos de transferencia de datos Blockchain, en manos de Satoshi Nakamoto, son muchos los cambios que sobre la idea original de este “Cypherpunk”, han surgido en el mundo de la Criptoconomía.

En el top 10 de la lista de criptomonedas veremos mayormente al Bitcoin, Ethereum, Ripple, Bitcoin Cash, EOS, Litecoin, Stellar, Cardano, IOTA y Theter, organizados por su valor de capitalización de mercado (oferta circulante por precio en USD), el cual variará en función de la cantidad de criptomonedas disponibles (emisión), y la fluctuación de su precio por efecto del uso de las mismas, además del intercambio (trading). Estas criptomonedas pertenecen a diversas categorías creadas a la sazón del mercado, por ejemplo: Altcoins -Alternative Coins- (monedas alternativas al Bitcoin) y Stablecoins (monedas estables, que fluctúan poco al estar vinculadas a un activo que mantiene su precio). Pero también tenemos otras cuyo “*uso*” va más allá de ser un medio

de pago, por estar sus proyectos relacionados a otros fines, como lo son el caso de Ripple (XRP) –Red Interbancaria de Pagos Internacionales-, IOTA (MIOTA) –Internet de las Cosas- y Ethereum (ETH) –Contratos Inteligentes-, entre otros.

Ahora bien, específicamente para el mercado venezolano el tránsito hacia la creación y uso de criptomonedas y criptoactivos no gubernamentales hechos en el país, inicia el 20/07/2014 cuando se anuncia en www.bitcointalk.org el lanzamiento de **Universal Molecule (UMO)**, la primera criptomoneda venezolana. Esta criptomoneda expresa en su libro blanco que posee una recompensa de bloque de 0,0001 UMO (primeros 1440 bloques), y 2 UMO a partir del bloque 1441 cuando la dificultad sea estable o disminuya, y 0,1 UMO cuando la dificultad aumente (en 2 horas promedio). También muestra que su tiempo de minado de bloque es de 120 segundos, con un máximo de monedas de 105.120.001,44 unidades. Este proyecto fue desarrollado para ser minado a través del uso de tarjetas gráficas (GPU), con billeteras de escritorio disponibles para Windows, siendo listada en <https://www.cryptopia.co.nz>. Sin embargo, a la fecha (2020), el proyecto no se encuentra activo.

En este mismo orden de ideas, el 16/06/2015 se anuncia en www.bitcointalk.org el lanzamiento **ChavezCoin (CHVZ)**, que en palabras de sus creadores “...era un proyecto con expectativas globales. En ningún momento ChavezCoin buscaba reemplazar al bolívar, al contrario, tratarían de ser una vía alternativa para poder obtener divisas y ayudar a mejorar la economía del país.” A la fecha (2020), el proyecto no se encuentra activo, sin embargo, dentro de las especificaciones de su libro blanco podíamos encontrar: Algoritmo X11, total emisión de monedas 16.382.264, con 8.191.132 monedas pre minadas. 60 segundos por minado de bloque. Sus creadores se propusieron distribuir lo pre minado en 2 lotes, 60% el 05/07/2015 y 40% el 24/07/2015 entre los usuarios registrados en ese periodo de tiempo. El proyecto no especificaba si poseía billetera descargable, y tampoco mostraba si estuvo disponible en algún Exchange o casa de intercambio. Al igual que **Universal Molecule (UMO)**, a la fecha (2020), el proyecto no se encuentra activo.

Ahora bien, el 29/08/2015 se anuncia en www.bitcointalk.org el lanzamiento **BolívarCoin (BOLI)**, descrita por sus creadores como

“...una moneda virtual de Venezuela creada por Satoshi Simon Bolivar-moto. Nuestro objetivo es crear una criptomoneda de confianza apoyada por los ciudadanos venezolanos...”. Esta criptomoneda fue creada usando el algoritmo X11, con una cantidad final de monedas de 25.000.000, un intervalo entre bloques de 3 minutos, un halving cada 2,75 años, con disposición de billeteras digitales descargables como App y para PC, su código fuente está disponible en <https://github.com/ElpidioMC/bolivarcoin/>, está listada en Coin Market Cap <https://coinmarketcap.com/currencies/bolivarcoin/>, Trade Satoshi https://www.tradesatoshi.com/Exchange/?market=BOLI_BTC, Graviex <https://graviex.net/markets/bolibtc?pinned=true> y Yobit <https://yobit.net/en/trade/BOLI/BTC>. Su explorador de bloques está disponible en <http://ex.bolivarcoin.ml:3001/> y su pool de mineros se encuentra en <http://107.170.233.106:8080/workers>. A la fecha (2020), forma parte de la Federación de Criptomonedas Venezolana (@fecripve), estando activo y en desarrollo su proyecto. Su sitio web oficial es www.bolis.info.

El 25/09/2016 nace **ArepaCoin (AREPA)**, descrita por sus creadores como *“...un cryptoactivo de punta, fácil de usar, teniendo la capacidad de ser utilizado como un elemento de mercado, compra, venta, ahorro, bienes, servicios, comercio e intercambio con otras criptomonedas...”*. Esta criptomoneda fue creada usando el algoritmo Scrypt, con una cantidad final de monedas de 60.000.000, un intervalo entre bloques de 64 segundos, un halving cada 500.000 bloques, dispone de billeteras digitales descargables para PC y como App, su código fuente está disponible <https://github.com/ElpidioMC/Arepacoin/>, está listada en Coin Market Cap <https://coinmarketcap.com/currencies/arepacoin/>, y Graviex <https://graviex.net/markets/arepabtc>, entre otros. Su explorador de bloques está disponible en <http://104.223.87.244:3001/> y su pool de mineros se encuentra en <http://pool.arepacoinve.info/>. A la fecha (2020), su proyecto se encuentra activo y en desarrollo. Su sitio web oficial es <https://arepacoinve.info/>. 8 meses después, el 26/05/2017 se anuncia en www.bitcointalk.org el lanzamiento de **Onix-coin (ONX)**. Esta criptomoneda fue creada usando el algoritmo X11, con una cantidad final de monedas de 112.119.457, un intervalo entre bloques de 3 minutos, no posee halving, dispone de billeteras digitales descargables para PC y como App, su código fuente está disponible en

<https://github.com/onix-project>, está listada en Coin Market Cap <https://coinmarketcap.com/currencies/onix/>, Yobit <https://www.yobit.net/en/trade/ONX/BTC>, entre otros. Su explorador de bloques está disponible en <https://explorer.onixcoin.com/> y su pool de mineros se encuentra en <https://pool.onixcoin.com/>. A la fecha (2020), forma parte de la Federación de Criptomonedas Venezolana (@fecripve), y su sitio web oficial es <https://www.onixcoin.com/>. Sin embargo, a la fecha (2020), el proyecto ha presentado múltiples reclamos por parte de sus usuarios en términos de especulación de precios, motivado a la compra y recompra de sus propias criptomonedas.

En enero de 2018, en el estado Nueva Esparta, se anuncia el lanzamiento de **Perlacoin (PERLA)**. Esta criptomoneda es descrita por sus creadores como “...*un instrumento de pago de tipo altcoin, ficha o token, destinado especialmente para el uso de aquellos turistas que visiten Venezuela. Siendo principalmente aceptada en todos los comercios, prestadores de servicios turísticos y medios de transporte en las islas de Margarita, Coche, Cubagua y el Archipiélago de los Roques, con tendencia a expandirse a las demás zonas de interés turístico del país.*” A la fecha (2020), sigue estando en fase de proyecto.

Para el 16/02/2018, en Valencia, estado Carabobo, se anuncia el lanzamiento de **Dikexcoin (DKX)**. Esta criptomoneda es descrita por sus creadores como “...*un TOKEN inteligente descentralizado creado con la tecnología blockchain de WAVES con el principal propósito de ser el eje central de lo que hemos llamado DIKEX ECOSYSTEM, y a su vez una opción eficaz al momento de pagar productos o servicios, así como del envío de remesas internacionales de forma rápida, confiable, segura, a un bajo costo y sin intermediarios aprovechando la tecnología blockchain para su funcionamiento.*” Este token posee una emisión de 100.000.000 de unidades, no es minable, dispone de billetera digital descargable para PC y vía App de Waves, su Asset ID es 4yoi-Pzc8vj9R2E3ba3DQ8xjwzqLyHbqR4wULpg6Wxpqo, y su emisor es 3P7BC1emdEFdkjSz1CMj8EWCaQJmxC2fvaF. Su explorador está disponible a través de <http://wavesexplorer.com> y <http://www.wavesgo.com>. Su sitio web oficial <http://dikex.org/> A la fecha (2020), se encuentra en fase de desarrollo de proyecto.

Casi 2 meses después de su predecesor, en la Guaira, estado Vargas, el 04/04/2018 se anuncia en www.bitcointalk.org el lanzamiento de **Rilcoin (RIL)**. Esta criptomoneda pensada para el turismo, fue creada por un talentoso desarrollador guairense de 14 años usando el algoritmo Scrypt, con una emisión total de monedas de 80.000.000, un preminado de 10%, un intervalo entre bloques de 2,5 minutos, un halving cada 4 años, con billeteras digitales descargables como para PC y como App, su código fuente está disponible en <https://github.com/rilcoin-project/rilcoin>, está listada en Crex24 <https://crex24.com/es/exchange/RIL-BTC>, entre otros. Su explorador de bloques está disponible en <http://blockchain.rilcoincrypto.org/> y su pool de mineros se encuentra en <http://pool.rilcoincrypto.org/>. A la fecha (2020), forma parte de la Federación de Criptomonedas Venezolana (@fecripve), estando activo y en desarrollo su proyecto. Su sitio web oficial es <https://www.rilcoincrypto.org/>.

En abril 2018, en San Cristóbal, estado Táchira, nace **Andecoin (ANDES)**. En palabras de sus creadores, el proceso de desarrollo de esta plataforma “...es realizado en su totalidad por talento venezolano, con deseos de crear una propuesta para facilitar la vida de los usuarios, con un sistema de pagos basado en una red peer-to-peer, la cual permite crear transacciones anónimas, de rápidas y de fácil acceso, con la capacidad de integrarse con los sistemas tradicionales.” Esta criptomoneda fue creada usando el algoritmo Scrypt, con una emisión total de monedas de 33.333.333, un preminado de 10%, dispone de billetera digital descargable como para PC, su código fuente está disponible en <https://github.com/andecoin>. Su explorador de bloques está disponible en <http://explo.andes-coin.com/> y su pool de mineros se encuentra en <http://pool.andes-coin.com/>. A la fecha (2020), forma parte de la Federación de Criptomonedas Venezolana (@fecripve), estando activo y en desarrollo su proyecto. Su sitio web oficial es <https://andes-coin.com/>.

El 09/05/2018 se anuncia en www.bitcointalk.org el lanzamiento **WolfCloverCoin (WCC)**, descrita por sus creadores como “...una plataforma digital que se especializa en el mundo de la nueva era financiera, divisas y criptomonedas, la cual cuenta con un valioso equipo de trabajo formado por venezolanos emprendedores que buscan crecer y

dar oportunidades a otras personas, constituyéndose como una gran familia esperando captar el interés de una base de miembros leales y habituales con su amplia variedad de productos, servicios, confiabilidad y seguridad. ...". Esta criptomoneda fue creada usando el algoritmo Scrypt, con una emisión total de monedas de 21.000.000, un intervalo entre bloques de 60 segundos, dispone de billetera digital descargable para PC, su código fuente está disponible en <https://github.com/WolfClover>, y posee su propio Exchange <https://exchanger.wolfclover.com/>. Su explorador de bloques está disponible en <http://explorer.wolfclover.com>. A la fecha (2020), forma parte de la Federación de Criptomonedas Venezolana (@fecripve), estando activo y en desarrollo su proyecto. Su sitio web oficial <https://wolfclover.com/>.

Prácticamente dos semanas después, el 26/05/2018 se anuncia en www.bitcointalk.org el lanzamiento **LKRcoin (LKR)**, descrita por sus creadores como *"...una criptocomunidad ordenada y descentralizada conformada por personas con amplios conocimientos de la tecnología Blockchain, pero bajo el auspicio de la empresa Ziwanda Tech fue creada la primera criptomoneda impulsada por su propia comunidad, con el objetivo de recompensar el esfuerzo tiempo y trabajo de cada uno de sus usuario..."*. Esta criptomoneda fue creada usando el algoritmo Scrypt, con una emisión total de monedas de 23.333.333, dispone de billeteras digitales descargables para PC y como App, su código fuente está disponible en <https://github.com/LKRcoin/lkrcoin>, está listada en Crex24 <https://crex24.com/es/exchange/LKR-BTC> y posee su propio Exchange <http://exchange.lkrcoin.io/>. Su explorador de bloques está disponible en <http://explorer.lkrcoin.io/>. A la fecha (2020), forma parte de la Federación de Criptomonedas Venezolana (@fecripve), estando activo y en desarrollo su proyecto. Su sitio web oficial es <https://lkrcoin.io/>.

En julio de 2018, y de la mano de MonkeyCoin Exchange, nace **BolivarX (BSX)**. Esta criptomoneda es descrita por sus creadores como *"...una ficha criptográfica basada en el estándar ERC-20 de la plataforma de criptoactivos de Ethereum..."* BSX puede usarse para negocios internacionales entre empresas, entre personas y entre instituciones, tanto públicas como privadas. Puede usarse para hacer pagos de bienes y servicios dentro de Venezuela y puede usarse como

herramienta fundamental en la importación y exportación de bienes y productos. Esta criptomoneda contará con una emisión total única de 21.000.000.000, su código fuente está disponible en <https://bitbucket.org/monkeycoin/bsxsol>, su ubicación en Ethereum es <https://etherscan.io/token/0x3600C80BC594Be130606e7e6b609C1cc6D7Ab7bB> y su sitio web es <http://bolivarx.com>. A la fecha (2020), sigue estando en fase de proyecto.

En septiembre de 2018, y de la mano de estudiantes de la UCAB, nace **Univcoin (UNIV)**. Esta criptomoneda es descrita por sus creadores como *“...una propuesta alternativa de medio de pago, gestión financiera y moneda de uso común entre estudiantes en los diferentes campus universitarios del país y diferentes casas de estudios a nivel mundial.”* Fue creada usando el algoritmo Yescrypt16, con una emisión total de monedas de 100.000.000, un intervalo entre bloques de 2 minutos, un halving cada 250.000 bloques, posee gobernanza y nodos maestros, con tesorería de 10% por bloque. A la fecha (2020), se encuentra activa y en desarrollo de proyecto.

Merecen especial mención, dos proyectos nacionales que se encuentran también en ejecución, y que muestran una concepción y uso diferente de las criptomonedas y los protocolos Blockchain. Ellos son, Bit and Nibs y Vehiculum. Bit&Nibs es un proyecto que busca la aplicación de las nuevas tecnologías disruptivas para lograr un avance en el negocio del chocolate y el cacao. En palabras de sus creadores *“... entendemos que, si llevamos a cabo nuestras funciones con la transparencia y la honestidad que sólo la blockchain y los contratos inteligentes pueden garantizar, lograremos ser un referente para cualquier institución que desee administrarse de forma abierta y democrática, una realidad que hasta ahora sólo se había podido soñar.”* Su sitio web es <http://www.bitnibs.com/> y en su proceso de desarrollo han creado una “chocosfera”, donde además de poder hacer trazabilidad de la semilla al producto final, también se plantean la creación de una criptomoneda en este ecosistema.

Vehiculum por su lado, es un emprendimiento muy innovador. Nace de un grupo de estudiantes de la USB, quienes luego de coincidir en el Caracas Fintech Startup Weekend 2018 en diferentes equipos, unen sus ideas y talentos para crear una propuesta que mezcla la energía

generada por los vehículos en movimiento, con la minería de criptomonedas, para así desarrollar un ecosistema diferente de uso de energía y validación de bloques, lo que los hace ganar la primera edición del Finhack realizado en la UCAB en 2018. Su sitio web es <http://www.vehiculum.io/>, y en la actualidad (2020) se encuentran desarrollando su proyecto.

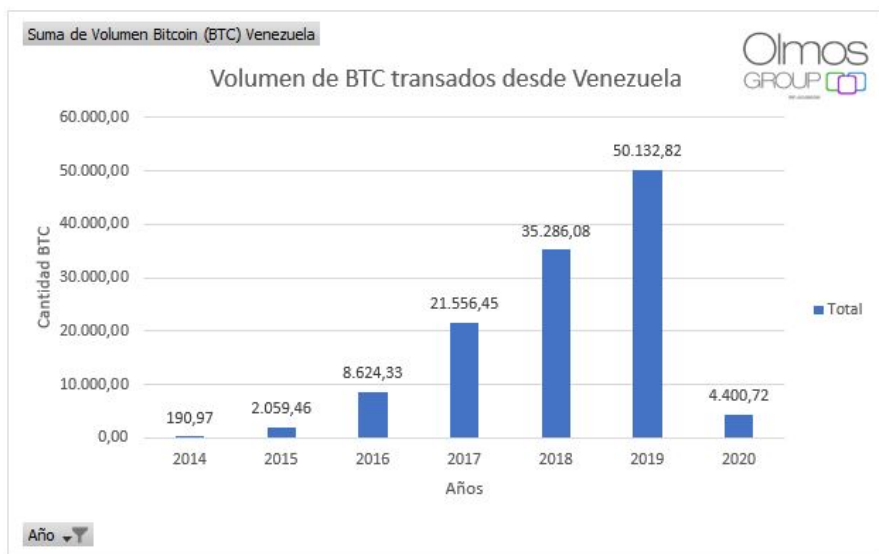
Todo este desarrollo de proyectos y emprendimientos Blockchain y de Criptoactivos, trajo la necesidad de comenzar el camino de la unificación de visiones y trabajo colaborativo para la maduración de un sector económico naciente. Es por esta razón que el 14 de diciembre de 2018 nació la Sociedad Venezolana de Fintech y Nuevas Tecnologías, Fintech Venezuela, de la mano de un grupo de promotores con diversas visiones del mercado de criptoactivos en Venezuela, y con el mismo objetivo de crear el primer espacio de encuentro y unión de todos aquellos proyectos, particulares, empresas e iniciativas que tengan como base el uso intensivo de la tecnología para crear soluciones fintech, cripto y blockchain en el país. Tan es así su visión que Fintech Venezuela no posee una estructura organizacional tradicional, debido a que durante su primer año todos los miembros inscritos serán miembros fundadores, y de ese grupo de miembros originarios saldrán postulados los interesados a ocupar los cargos directivos de la sociedad, los cuales serán elegidos en un proceso de votación abierto y descentralizado. En la actualidad (2020) cuentan con un total de 83 miembros, de los cuales 18 son emprendedores y 7 son **jurídicos, estando** abierto el proceso de inscripción a través de www.venezuelafintech.org

En este mismo orden de ideas, el 08 de febrero de 2019 nace la Federación de Criptomonedas Venezolana (FECRIPVE) @fecripve, de la mano de los desarrolladores de los principales proyectos de criptomonedas nacionales como lo son: Rilcoin, Bolivarcoin, Onixcoin, LKRcoin, WolfCloverCoin, Andescain y Bancain, con el objetivo de promover la educación sobre el ecosistema de criptomonedas venezolano, además de fomentar el desarrollo de tecnologías, integraciones e información que cimente y solidifique el mercado de las criptomonedas con sello nacional. De esta manera queda en evidencia la gran importancia del trabajo colaborativo en un ecosistema de desarrollo de medios de pago alternativo como lo es el de las criptomonedas. Y es

que impulsar en solitario una nueva criptomoneda como opción válida, en un país en crisis económica, política y social será menos complejo, si se asumen estrategias conjuntas para el crecimiento y desarrollo de las propuestas crypto, descansando en el hecho que cada una de ellas se orienta a segmentos de mercado diferentes y están diseñadas para cubrir necesidades de diversa índole.

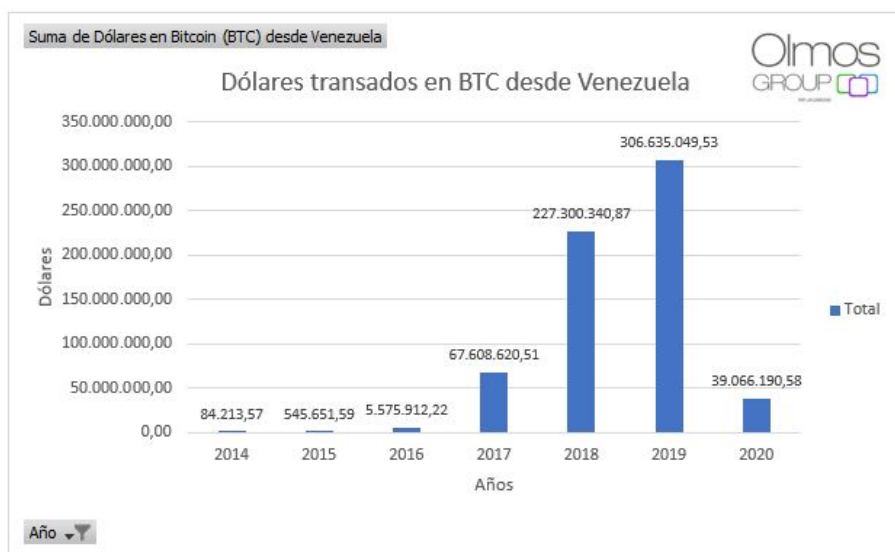
Ahora bien, el mercado venezolano de criptomonedas y criptoactivos a la sazón de la realidad económica, política y social, se ha descubierto como uno de los más inquietos y activos de América latina y del mundo, en términos de transacciones diarias y semanales en plataformas de intercambio digital p2p. Según estadísticas recogidas por la empresa Olmos Group Venezuela a febrero 2020 de la plataforma localbitcoins para el volumen de transacciones ocurridas desde el año 2014 al 2019, se aprecia un crecimiento exponencial desde 190,97 unidades de bitcoins en 2014 a 50.132,82 unidades de bitcoins en 2019, lo que representa una variación de 26.151,67% para el lapso estudiado, tal y como podemos apreciar en el siguiente gráfico.

Gráfico #1:



Si llevamos este volumen de operación anual de localbitcoins para Venezuela, a su precio promedio semanal en USD tomado del sitio web coinmarketcap respecto a cada año estudiado, obtendremos que tan solo en el año 2019 se intercambió en bitcoins el equivalente a 306.635,049,53 USD desde nuestro país, solo en esta criptomoneda y solo en esta plataforma, tal y como podemos apreciar en el siguiente gráfico.

Gráfico #2:



Esta información nos muestra una clara imagen del tamaño del mercado de cryptoactivos que, en pleno proceso hiperinflacionario y de recesión económica, está desarrollándose en nuestro país. Son cada vez más las personas naturales y jurídicas que participan del mercado de cryptoactivos desde Venezuela, situación que nos ha llevado a convertirnos en el 4to país del mundo en emitir una norma para la contabilización de la “*Tenencia de Criptoactivos propios*” (15/02/2020), y el 3ero en ponerla en práctica (desde 01/01/2020).

EL PETRO Y SU ECOSISTEMA

Desde el anuncio de la creación del Petro por parte de Nicolás Maduro el 03 de diciembre de 2017, pasando por la creación de la Superintendencia de los Criptoactivos y Actividades conexas el 08 de diciembre de 2017 y llegando al lanzamiento del Petro el 20 de febrero de 2018, surgen una gran cantidad de preguntas que van desde su legalidad, pertinencia, uso y ubicación dentro de la estructura del sistema financiero público nacional. Y es que el Petro se nos muestra como un medio de pago desmaterializado con base en la tecnología Blockchain, inicialmente bajo la plataforma Ethereum, luego bajo la plataforma NEM, para finalmente ser desarrollada con el algoritmo X11, mismo empleado por la criptomoneda Dash (EE.UU.) y Onix (Venezuela). En este proceso de lanzamiento inicial se estructuró una Initial Coin Offering (ICO), Oferta Inicial de Moneda que pretendía recoger un estimado de \$6.000 MM en divisas y criptomonedas, así como también una oferta pública del token gubernamental, sin embargo estos pasos expuestos en la primera versión de su libro blanco, no se cumplieron a cabalidad dada la improvisación, incoherencias y desatención a los pasos y procedimientos seguidos en el mercado por otros proyectos, asumiendo el hecho de ser la primera propuesta gubernamental de algún país del mundo.

Dentro de los primeros usos mencionados para el Petro en el mercado nacional, se indicaron el pago de impuestos, tasas y contribuciones, incluso el pago en el sector comercio y los servicios de la mano de una billetera digital, que los interesados deberían descargar en sus teléfonos inteligentes y usar a través de la presentación de un código QR (Quick Response) o respuesta rápida que encripta la dirección alfanumérica o clave pública de la billetera y sirve como enlace para el pago de los bienes y servicios. Sin embargo, luego de la exclusión del aplicativo de los espacios de descarga oficial de Apple (IOS) y Google (Android), como resultado de la sanción de la administración federal del gobierno de Donald Trump, solo es posible su uso directamente del portal web del Petro, o a través del Banco de Venezuela y el sistema Bio-pago.

En su primera versión el Petro dependía enteramente (100%) del precio de la canasta de petróleo venezolano, quedando incluso anclado el Bolívar reconvertido el 20/08/2018 a este token, sin embargo dentro de los cambios experimentados no solo en el grupo de creadores y desarrolladores originales del proyecto Petro, sino también en su estructura y base de funcionamiento, se propuso que el token Petro debía evitar la volatilidad del precio del petróleo en los mercados internacionales, por lo que luego de cambiar su plataforma (2da versión del Petro), se cambió también la proporción de los subyacentes que le darían respaldo, quedando ahora de la siguiente forma: Petróleo (50%), Hierro (20%), Oro (20%) y Diamante (10%), para configurar un 100% de respaldo por 4 subyacentes a precio de mercados internacionales ajustados por un factor de corrección que se explica y expresa en el libro blando del Petro en su 3era versión.

Estos cambios pretendían darle mayor fortaleza al proyecto, diversificando el riesgo y estableciendo nuevos parámetros de medición del token gubernamental. Sin embargo, distinto al resto de las criptomonedas y criptoactivos cuyos precios se alcanzan por efecto de la oferta y demanda en un mercado abierto, donde la usabilidad y cobertura de necesidades del criptoactivo, vinculados a una red abierta y descentralizada de mineros o validadores, generan por su interacción entre agentes económicos este resultado, el Petro termina obteniendo un precio fijado desde el gobierno central que por la fluctuación de precios en los mercados internacionales de los subyacentes que le dan respaldo. Esto quedó en evidencia durante el mes de marzo 2020, cuando por efecto de los excedentes de inventario de petróleo en los mercados internacionales, luego de la decisión de la OPEP de disminuir cuotas de producción en medio de la pandemia del COVID-19-19, el precio del petróleo, hierro, oro y diamante fluctuaron de manera abrupta, tanto como para llevar el precio referencial del Petro a 18\$ por unidad y no a 58\$ o 59\$ como sin explicación alguna refiriera el Ejecutivo, desde la Superintendencia de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP) de manera recurrente, dejando en evidencia la discrecionalidad en la fijación de su precio.

Ahora bien, ¿y dónde queda el bolívar? Recordemos que es nuestra moneda de circulación nacional y de obligatoria aceptación, emitida

exclusivamente por el Banco Central de Venezuela en concordancia con el artículo 318 constitucional y el artículo 94 de su propia ley. Entonces salta a la vista la intención por parte del gobierno nacional de usar el Petro como otro medio de pago de obligatoria aceptación, del cual es importante destacar que no es moneda porque no es emitido por el Banco Central de Venezuela, pero tampoco es legal como medio de pago, reserva de valor y unidad de cuenta, debido a que ni la Constitución ni la Ley del ente emisor lo contemplan como tal, sin embargo, se está creando toda una estructura en paralelo al sistema financiero público nacional para darle vida dentro de la economía del país, al crearle una Superintendencia, un Superintendente, cuatro Intendentes y un Tesorero, que dependen de la Vicepresidencia Económica y no del Banco Central de Venezuela, como se está haciendo en otros países con proyectos cripto gubernamentales como Suecia, por ejemplo.

En estas condiciones se pretende que el Petro sea aceptado y usado como pago de deudas, prestaciones sociales, beneficios laborales, así como también en cajas de ahorro de entes públicos. Se genera entonces la pregunta ¿se está creando un sistema dual de medios de pago en el país?, todo apunta a que sí, porque se está desarrollando un sistema en paralelo que valide su uso. Lo que nos lleva a otra pregunta ¿entonces para qué reconvertir nuevamente el Bolívar el 20/08/2018 si se tiene el Petro? Lo cierto es que la hiperinflación está haciendo estragos no solo en el valor del dinero del venezolano común, sino también del gobierno nacional y por eso esta nueva reconversión monetaria luego de 10 años de la fallida reconversión del 2008, viene a intentar mantener los valores nominales de la excedentaria liquidez en cantidades manejables.

Recordemos que el 6 de marzo de 2007 se publica en Gaceta Oficial Nro 38.638, el decreto 5.229 con rango, valor y fuerza de Ley de Reconversión Monetaria, introducido por el presidente y vicepresidente de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional de ese entonces, Rodrigo Cabezas y Ricardo Sanguino, respectivamente, el cual se fijó como principales objetivos: 1.- Facilitar los procedimientos contables del gobierno, empresas financieras y no financieras. 2.- Reducir los costos transaccionales en el sector servicios. 3.- Dejar atrás las consecuencias del historial de inflaciones más altas del país. 4.- Reforzar la confianza en el signo monetario y 5.- Eliminar el

impacto inflacionario del “*redondeo por escasez de sencillo*”. 10 años después, el 22 de marzo de 2018 se publica en Gaceta Oficial Nro 41.366, el decreto Nro 24 de la Asamblea Nacional Constituyente, en el marco del estado de excepción y de emergencia económica, mediante el cual se decreta la reconversión monetaria. En este caso, no necesariamente se nos explican los objetivos de la medida, pero ante el evidente fracaso de la política económica del gobierno nacional, se asume que esta acción podría ser parte de algún ¿plan de ajuste? ¿rescate económico? o simplemente, más improvisación en el manejo de la actividad económica nacional.

Una “*conversión de moneda*” o “*cambio de moneda*” per se no resuelve los problemas de orden estructural de las economías, porque solo apunta al cambio nominal de los valores expresados en dinero del flujo monetario del país, sin corregir aspectos claves como la producción, exceso de liquidez y endeudamiento por mencionar algunos. En este sentido no se puede recuperar una economía sin accionar otras medidas, que en conjunto puedan comenzar a desmontar los efectos de tomas de decisión en materia económica, que por capas se han ido acumulando en el aparato productivo afectando a TODOS los sectores de la actividad económica nacional.

Recordemos que la economía nacional para el año 2007 mostraba un PIB de 8,8%, un Gasto Público como % del PIB de 34,90%, una Liquidez Monetaria (M2) de Bs.153.224.597M, una Inflación acumulada de 27,5% y un tipo de cambio de 2.150 Bs/\$, y si bien ya había control de cambio y control de precios, también había producción de bienes y servicios nacionales y los niveles de ahorro y consumo del venezolano se mantenían en valores cónsonos. Pero 10 años después se acude a una “reconversión monetaria” en las peores condiciones económicas de los últimos 20 años del país, esto es, un PIB en -12% al cierre de 2017 luego de 4 años consecutivos en caída libre, una liquidez monetaria (M2) que ascendió un 1.069% durante el año 2017, una Inflación acumulada del 3.000% según cálculos de la Asamblea Nacional (porque el BCV tiene 2 años sin suministrar información oficial) y un tipo de cambio no oficial promedio de 29.885 Bs. (que en términos del año 2007 serían 29.884.666 Bs.), manteniendo los controles de cambio y de precios.

A este escenario se suma una innovación que quizás en otro contexto, espacio y tiempo hubiese tenido un efecto diferente, y es que la tecnología Blockchain y las Criptomonedas están mostrando una nueva vía para la transferencia de valor desmaterializado entre las personas conectadas en red, garantizando la transparencia y confianza en las operaciones de intercambio por bienes y servicios a nivel global, tanto así que Christine Lagarde, siendo presidenta del Fondo Monetario Internacional, aseveró en octubre de 2017 que *“Por ahora, las monedas virtuales como Bitcoin no desafían al dinero fiat y a los bancos centrales, pero sí debemos prestarle mucha atención a la tecnología Blockchain por la innovación que representa”*. Entonces el gobierno nacional en diciembre 2017 impulsa la creación del Petro, como una posible salida a las necesidades de liquidez en divisas motivado a las sanciones impuestas por el gobierno estadounidense en agosto de 2017 a los bonos Petroleros venezolanos.

Y es que el Petro per se, bien aplicado o mal aplicado, tampoco corrige los problemas estructurales de la economía nacional, porque quitarle nuevamente 3 ceros a la economía o emitir un híbrido criptográfico por parte del gobierno, no reactivará el aparato productivo, no disminuirá la inflación, no incrementará el ahorro y la inversión, no extraerá el exceso de liquidez y tampoco reducirá la dependencia con el mercado externo. Todo esto se puede lograr de manera paulatina y orquestada de la mano de un plan económico de ajuste que pretenda elevar el valor del bolívar por la vía productiva. Pero para eso se deben abandonar visiones anacrónicas, e incluso cambiar estructuras de gobierno, que no permiten volver a la senda del crecimiento basado en el trabajo conectado con la economía real.

Esto supone darles justo valor a las herramientas con las que aún se cuentan para corregir los desequilibrios, desechar aquellas que de manera evidente no han sido efectivas en su aplicación, y reformular la política económica bajo la visión de la coordinación macro, que establece el trabajo armonizado entre la política monetaria, cambiaria, fiscal y comercial en aras de alcanzar los objetivos plasmados en el Acuerdo Anual de Política Económica. De no ser así se estaría reconvirtiendo la moneda nuevamente, pero no dentro de 10 años, sino dentro de 5 o 3, en un eterno decreto de emergencia económica de cual no se saldrá por

no querer asumir el necesario costo del cambio económico. Toda esta situación deja muy en claro la ausencia de lineamientos cónsonos en la estrategia económica nacional, poniendo en evidencia la improvisación y experimentación económica por parte del gobierno, en una de las más difíciles etapas de la historia económica y social del país, que reclama la urgencia de un plan de ajuste económico que extraiga el excedente de liquidez, recorte el gasto social, sincere el valor de la divisa, incentive, potencie y recupere el aparato productivo, levante progresivamente los controles, y redefine su política de endeudamiento interno y externo, para comenzar a transitar el camino de la recuperación económica, sin medidas accesorias o distractoras del cambio necesario.

EFEECTO DEL PETRO EN LA ECONOMÍA NACIONAL

El impacto en la implementación del token gubernamental digital multipropósito Petro (PTR) se hizo evidente en diciembre 2019, cuando bajo la figura de “*Petro-aguinaldo*” fue asignado a 6 millones de pensionados, quienes, entre gran desinformación y comprensible desconocimiento, volcaron su esfuerzo en convertir esta asignación en bienes y servicios rápidamente. Sin embargo, menos de 1/3 de esta población logró canjear directamente el Petro en comercios (biopago BDV), quedando un elevado número de pensionados relegados a cambiar el token por bolívares a terceros con descuento (entre un 15% al 30%), o simplemente sin usarlo. Esta acción gubernamental se tradujo en una inflación puntual para enero 2020 de 65,4% según cálculos de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional, dejando atrás el 33,1% registrado en diciembre 2019.

Todo parece indicar que el Ejecutivo le dará al Petro en el año 2020 un rol protagónico en su estrategia económica. En este sentido, es posible ubicar 9 referencias al mismo en el Plan Nacional 2019-2025, vinculado a una nueva estrategia económico-financiera de medios de pago alternativos. En este mismo orden de ideas, la emisión de la Gaceta Oficial ANC N° 41.575 del 30/01/2019, que establece la Ley del Sistema Integral de Criptoactivos, así como también la creación de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas

(SUNACRIP), la creación de la Tesorería Nacional de Criptoactivos, el licenciamiento de 11 casas de intercambio virtuales, muestran, junto con el registro de mineros digitales y la obligatoriedad de su uso por decreto de cara a determinados impuestos, tasas y contribuciones, una intención de forzar su usabilidad en el mercado interno.

Sin embargo, no hay proyecto económico viable sin recuperación del aparato productivo y una política económica coherente, enmarcada en un programa de recuperación económica que vincule al sector privado y conecte con la inversión y el ahorro como palancas para el cambio. Y de esto todavía no hay rastro alguno en el escenario económico-político del poder central.

El mercado venezolano de Criptoactivos ya existía cuando el Ejecutivo propuso la implementación del token gubernamental digital multipropósito Petro (PTR) en diciembre de 2017. Un uso creciente del Bitcoin (BTC) para variadas operaciones de intercambios internos y transfronterizos, estaba en pleno proceso de crecimiento, así como su uso para remesas y pagos varios. De igual forma, ya en 2012 estaban naciendo los primeros proyectos Blockchain y Cripto nacionales, de la mano de emprendedores locales. En la actualidad, solo desde la plataforma P2P Localbitcoin, se intercambian desde Venezuela, un promedio de 5 a 6 millones de dólares equivalentes en BTC a la semana, esto sin contar las operaciones realizadas directamente entre billeteras digitales de Bitcoin, así como también las operaciones de otras criptomonedas por plataformas de trading. El surgimiento del Petro (PTR) marca el precedente de creación de normas y entes tendientes a regular un mercado y unos activos transaccionales digitales, que fueron creados para no ser normados, que buscan su propio espacio en el mercado y que tienen una forma diferente de transferir y crear valor, y eso es algo que no se puede contener.

BIBLIOGRAFÍA

NAKAMOTO SATOSHI, “Libro Blanco del Bitcoin”, en portal web Bitcoin.org. Disponible en: https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es_latam.pdf; consultado en fecha 04 de abril de 2020.

- OLMOS AARÓN, “Cryptocurrency is good money, bolivars are not”, en portal web Coin Desk. Disponible en: <https://www.coindesk.com/venezuelan-economist-cryptocurrency-is-good-money-bolivars-are-not>; consultado en fecha 06 de abril de 2020.
- OLMOS AARÓN, “El auge de las criptomonedas en Venezuela”, en portal web Voz de América VOA. Disponible en: <https://www.voanoticias.com/archivo/el-auge-de-las-criptomonedas-en-venezuela>; consultado en fecha 06 de abril de 2020.
- OLMOS AARÓN, “Criptoactivos: retos y oportunidades para Venezuela”, en portal web Revista Business Venezuela (Venamcham). Disponible en: https://issuu.com/venamcham_vzla/docs/business_369 consultado en fecha 10 de abril de 2020.
- OLMOS AARÓN, “Criptomonedas no gubernamentales hechas en Venezuela”, en portal web ProEconomía. Disponible en: <https://proeconomia.net/criptomonedas-no-gubernamentales/>; consultado en fecha 19 de abril de 2020.
- OLMOS AARÓN, “Economía Colaborativa y asociaciones fintech y cripto en Venezuela”, en portal web ProEconomía. Disponible en: <https://proeconomia.net/economia-colaborativa-y-asociaciones-fintech-y-cripto-en-venezuela/>; consultado en fecha 20 de abril de 2020.
- OLMOS AARÓN, “Venezuela y sus nuevas criptomonedas no gubernamentales”, en portal web ProEconomía. Disponible en: <https://proeconomia.net/venezuela-y-sus-nuevas-criptomonedas-no-gubernamentales/> ; consultado en fecha 20 de abril de 2020.
- OLMOS AARÓN, “El Petro”, en portal web Economía Digital Radio. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=spETvjBZYsI&list=P LQT7adkKp_oWiIKaqMZrpjJHntnJPZo7s; consultado en fecha 22 de abril de 2020.
- OLMOS AARÓN, “Venezuela no es una criptonación”, en portal web Diario Bitcoin. Disponible en: <https://www.diariobitcoin.com/economista-aaron-olmos-venezuela-no-es-una-criptonacion-ni-siquiera-cuenta-con-la-infraestructura-necesaria-para-ello/>; consultado en fecha 22 de abril de 2020.

**LA INSTRUMENTACIÓN DE "EL PETRO"
COMO PRETENDIDO CRIPTOACTIVO
Y LA IDEA DE DERECHO.
DESDE EL FENÓMENO DEL BITCOIN
AL SÍNDROME DEL PETRO
ROBERTO HUNG CAVALIERI***

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello; magíster en Derecho Económico Europeo de la Université de Droit, d'Economie et des Sciences D'Aix-Marseille; especialista en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila; maestrando en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires (Argentina); maestrando en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional, titulación conjunta Universidad de Girona y Universidad de Génova. rhungc@gmail.com

A MODO DE PROEMIO COMO CONTEXTO NECESARIO

- (i) Inicios del mes de diciembre de 2017, salía en los medios la noticia de una nueva invención de la revolución bolivariana, el “Petro”, la criptomoneda venezolana, ¿Cripto qué? ¿Criptomoneda?
- (ii) Domingo 3 de diciembre de 2017. Me contactan de la Televisora Alemana Deutsche Welle (DW) preguntándome si me pueden entrevistar sobre la criptomoneda venezolana “*Petro*” ya que se informaba que tenía algún conocimiento sobre la criptomoneda Bitcoin. Hacía pocas horas que lo del “*Petro*” aparecía en los medios. Solo pocos sabían lo que era una criptomoneda y ninguno aparecería en televisión, el tema era tabú, había entonces quienes señalaban era delito financiero, delito informático, delito cambiario, legitimación de capitales. Nadie sabía lo que era el famoso “*Petro*”. La entrevista se hizo y salió en vivo esa misma noche¹.
- (iii) En diciembre de 2017 no existía ninguna “*ley*” que hiciera la mínima referencia a bitcoin, a criptomoneda, a criptoactivo y menos aún al “*Petro*”. Hoy todo es diferente, no solo porque hay una “*legislación*” sobre el tema, existen vallas publicitarias sobre criptomonedas, casas de cambio y en omnipresente “*Petro*”, que valga aclarar no es el mismo señor del 2017, solo que se llaman igual, así como otros entre ellos dos.
- (iv) El jueves 12 de marzo de 2020 tuvo lugar en la instalaciones del Instituto de Estudios Superiores de Administración -IESA- el foro denominado “*El Petro: Aspectos jurídicos Económicos y Contables*” auspiciado por la Academia de

¹ Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=EipQk5p-pMw>

Ciencias Políticas y Sociales, con la finalidad de aportar desde el conocimiento jurídico precisiones sobre los diversos aspectos del fenómeno del denominado “*criptoactivo soberano Petro*”, el cual según sus promotores se sustenta en las ideas de las criptomonedas y activos criptográficos, que a su vez giran en torno a otro fenómeno global de la primera parte del siglo XXI como lo es la irrupción en la sociedad global del llamado Bitcoin y que pese al desconocimiento y negación de múltiples sectores, afecta importantes aspectos de la sociedad.

Para el desarrollo del foro, la coordinación general de la actividad estuvo a cargo de profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas, Individuo de Número de la Academia, quien en amplio conocimiento del mundo jurídico de las criptomonedas y sabiendo la importancia de abordar antes de efectuar las precisiones jurídicas ha de transitarse por consideraciones de contenido económico y específicamente en el particular entorno de la realidad venezolana, dispuso que la primera de las ponencias “*Naturaleza del Petro y sus implicaciones en la economía venezolana*” impartida por el profesor Aarón Olmos, sirviera de sustento contextual para luego pasar al desarrollo de los distintos aspectos jurídicos, habiéndose encomendado a quien hoy aquí escribe el desarrollar la exposición sobre la implementación del denominado “*Petro*” como pretendido criptoactivo, y que siendo dicha disertación la siguiente a la relativa a la dimensión económica, quise abordarla desde la propia idea del derecho, para luego pasar a formular necesarias precisiones sobre el Bitcoin y concluir con aquellas relativas al “*criptoactivo soberano*” que sirvieran de puente y transición de las precisiones económicas a las jurídicas, y de trama general para que las exposiciones posteriores desarrollaran de modo más puntual los efectos de ese fenómeno, que en el caso venezolano no dudo en denominar como “*síndrome*”.

Constituyen las siguientes líneas el desarrollo de las diversas secciones de la exposición y con especial mención a las referencias que sirvieron de sustento de las afirmaciones efectuadas en la ponencia y cuya finalidad era la de transmitir a los asistentes las consideraciones sobre la Instrumentación del Petro y la idea de Derecho.

1. LA IDEA DE DERECHO Y SU APLICACIÓN

Recientemente, pero ha sido una práctica usual de las dos últimas décadas, que el ordenamiento jurídico venezolano se conforma, o así se ha pretendido, por actos de efectos generales que en modo alguno son leyes formales que hayan cumplido el proceso constitucionalmente previsto para su formación como tales leyes, sino que son actos dictados al amparo de las llamadas leyes habilitantes, decretos de emergencia y más recientemente de los decretos o leyes “*constituyentes*”.

Además de esos actos que a pesar de no ser leyes formales, pero que no obstante pretenden tener rango legal, en la Venezuela de la llamada revolución bolivariana existen otros actos de rango sublegal pero con pretendido contenido normativo cual legislación, conformados no solo por reglamentos, que lejos de desarrollar las leyes intentan crear normas de estricta reserva legal, sino por resoluciones, providencias, circulares e instrucciones, emitidas en simples notas y carteles, incluso verbales y que sus diferentes autores no obstante a los vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad en que incurren, pretenden su ciego acatamiento por parte de la ciudadanía, haciendo incluso uso de la fuerza pública para tal fin.

La situación anterior, no obstante la grave afectación en la vigencia del estado de derecho y de la seguridad jurídica, resulta agravada ante la absoluta carestía de un poder judicial efectivo, verdaderamente independiente y autónomo, en el que hasta en la máxima instancia se ha mostrado connivente con la abominable práctica de pretendida legislación excepcional que ha incluso permitido que normas que por su naturaleza requieren mayoría calificada en su proceso de formación como lo son la Leyes Orgánicas, puedan ser simplemente dictadas por quienes manifiestan actuar en ejercicio del poder ejecutivo.

Resulta que más allá del gran número de actos normativos que intentan conformar el ordenamiento jurídico venezolano y en adición al gran número de estos otros actos con pretendido contenido normativo al margen del debido proceso legislativo, bien puede afirmarse que nos encontramos ante lo que se ha referido como inflación legislativa, por la abundancia de actos, devaluación legislativa, por la pérdida de valor o

vigencia normativa de los actos, lo que a su vez, y ante la realidad material que percibimos y padecemos los ciudadanos venezolanos respecto de la situación económica, no nos sería extraño contextualizar y utilizar la expresión de hiperinflación legislativa, ello en el entendido de tener la percepción de contar con un gran número de textos legislativos, o pretendido contenido normativo, pero que no atienden ni resuelven las situaciones que las justificarían sino que por el contrario, son utilizados como instrumentos de ejercicio de poder contra la ciudadanía, textos en los que es más que evidente la vulneración de los mínimos principios de razonabilidad y racionalidad en materia legislativa, que valga destacar, se encuentran en absoluto divorcio de las ideas, modelos o niveles de razonabilidad legislativa o “*racionalidades*” propuestas por el profesor Atienza (Racionalidad comunicativa o lingüística, Racionalidad jurídico-formal, Racionalidad pragmática, Racionalidad teleológica y Racionalidad ética)², o peor aún, como se ha insistido, son dictados al margen del procedimiento de formación de leyes, haciendo muchos de ellos absolutamente nulos.

Es en este contexto que si bien denominamos “*normativo*” que entre otras tantas creaciones de la denominada “*revolución bolivariana*” y el “*socialismo del siglo XXI*” que hace su aparición el denominado “*Petro*” como pretendida criptomoneda, activo digital o criptoactivo, que no obstante las observaciones que de carácter técnico puedan hacerse sobre si en efecto se identifica con alguna de esas categorías, ese llamado Petro perfectamente puede tenerse como una muestra más, una “*cosa*” más de tantas que conformarían lo que la justicia constitucional colombiana mediante fallo de la Corte Constitucional de la República de Colombia de fecha 22 de enero de 2004 conocida como T-025 de 2004³ denominó “*Estado de cosas inconstitucional*” y que consiste como la misma decisión dispone que “... *para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes (factores): (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales*

² Manuel Atienza, Contribución a una teoría de la legislación. Civitas, Madrid. 1997.

³ Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T-025 de 2004 de fecha 22 de enero de 2004.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”.

Si bien desde el propio año 1999 en que se instaurase el socialismo del siglo XXI ha sido usual recurrir a la legislación de emergencia o excepcional, lo que ha venido acentuándose con el tiempo hasta el punto de que para el momento que se hiciese público el “Petro”, esta creación como instrumento de despotismo como se destacará infra no solo se sustenta en un “decreto” presidencial de emergencia sino en un “decreto constituyente”, todo ello en una pretendida situación de “Estado de Excepción” que no puede menos que recordar la idea del “Estado Kenomático” expuesta por Giorgio Agamben en cuanto a que más que excepcionalidad, constituye un “vacío de derecho, y la idea de una indistinción y plenitud originaria del poder ... análogo a la idea de un estado de naturaleza”⁴, que no es más que puras relaciones fácticas, y lo que es peor, de imposición por la fuerza misma.

En adición a la idea de estado kenomático como orden excepcional y en que su propia condición de suspensión del estado de derecho no puede considerarse como generador de derecho válido, para la mayor comprensión del fenómeno, aunque más acertado aún, podemos denominar al Petro más bien como un “síndrome”, ya que así como entre otras creaciones revolucionarias, a todas les son apropiadas las preci-

⁴ Giorgio Agamben, Estado de Excepción. Homo sacer II, 1. Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2005. Pág. 30

siones del filósofo del derecho neo granadino Andrés Botero Bernal sobre “Normas Contemporáneas de Dominación Política: El Síndrome Normativo y la Eficacia Simbólica de la Ley”⁵, que como refiere y describe, esa categoría de síndrome resulta en la ineficacia del propio sistema normativo y que a la vez sirve de forma de dominación política.

De la obra de Botero Bernal bien cabe brevemente extraer:

La eficacia simbólica del derecho

“... . Pues bien, una de las características propias del derecho contemporáneo es el profundo abismo entre validez y eficacia material, que trae consigo el problema de la eficacia simbólica, la cual ha sido un fenómeno que data de antiguo, y además supone, generalmente, un aparejamiento con otros fenómenos que se describieron en este trabajo (el síndrome normativo).”

(...)

“... el asunto no es que el derecho choque con la realidad que se resiste al cambio y por eso resulta ineficaz; es más bien que la realidad no cambia porque choca con la resistencia del derecho, el cual persigue por sí mismo la ineficacia.”

(...)

“El segundo ejemplo también apunta a la corrupción política. Es parcialmente funcional para un sistema corrupto poner en evidencia su corrupción. En tanto más circule socialmente la evidencia de la corrupción, el sistema corrupto podrá lograr mayor especialización a la vez que el ciudadano común se alejará del sistema (abstención electoral). Es algo así como cuando el niño escupe la sopa, logrando de tal manera que ésta quede sólo para él, pero para que se logre el efecto es necesario que los demás lo vean escupiendo. La evidencia de la corrupción bajo los efectos de eficacia simbólica genera impunidad, abstencionismo electoral, especialización de la corrupción, disminución de los mecanismos de participación democrática, etc.”

(...)

⁵ Andrés Botero Bernal, Normas Contemporáneas de Dominación Política: El Síndrome Normativo y la Eficacia Simbólica de la Ley. Disponible en : <http://derechonatural.tripod.com/ponencias/botero.htm>

“... Así las cosas, los mecanismos de poder que propiciaron el surgimiento de un derecho no gestor del cambio social idealizado por la modernidad a pesar de aparentar que sí lo hace, ilusionan al ciudadano que con la sola emisión del discurso normativo (incremento de las penas a quien matare a otro, por ejemplo) se obtendrían resultados (fin de los homicidios), efectos que no han pasado de ser simbólicos. El derecho aparece, entonces, buscando el logro de una eficacia simbólica alejada de lo real/cotidiano”.

Volviendo al caso del “Petro” y si bien pareciera que nos estuviéramos apartando del análisis jurídico del “síndrome” para pasar a una apreciación fantasiosa sobre historias más propias de dictadores africanos de mediados del siglo XX y que inspiraran algunas obras cinematográficas, de sumo interés resultan las declaraciones de quien se señala sería el creador tecnológico del “Petro” originario, Gabriel Jiménez, quien en artículo de The New York Times del 20 de marzo de 2020 de Nathaniel Popper y Ana Vanessa Herrero denominado “*THE CODER AND THE DICTATOR*” (El programador y El Dictador)⁶ relata sus encuentros con autoridades venezolanas, incluso con el mismo Nicolás Maduro y como habría mutado el “Petro” tanto en su tecnología como su finalidad, desde ser absolutamente descentralizado a completamente controlado, las plataformas y programación, así como el sometimiento de las personas participantes en la creación originaria a los designios y órdenes de las infames “órdenes superiores”.

2. DEL FENÓMENO BITCOIN AL SÍNDROME PETRO

No existe duda alguna que visto lo transcurrido del siglo XXI, podemos ya afirmar que existen dos específicos fenómenos que lo distinguirán de manera permanente; el primero, la pandemia de Coronavirus COVID-19, y el otro, el Bitcoin, y sobre este último todo lo directamente o indirectamente vinculado, desde la tecnología en que se creó y está sustentado, sus efectos económicos, impacto jurídico y hasta el de

⁶ “THE CODER AND THE DICTATOR”, The New York Times. 20 de marzo de 2020. Nathaniel Popper, Ana Vanessa Herrero. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/03/20/technology/venezuela-petro-cryptocurrency.html>

las relaciones sociales, que entre ellas el más que evidente es que tiene también efectos políticos, no solo regionales y específicos de determinados estados sino como la propia naturaleza global del fenómeno, es más, de ambos fenómenos, el de la pandemia y de la criptomoneda.

Como ocurriese con la internet, y más específicamente con la idea de lo que es y para qué puede ser utilizada, tanto en sus inicios como actualmente, jamás se ha podido apreciar toda su potencialidad y las distintas áreas que se servirían de la posibilidad de enviar información de un lugar a otro en cualquier lugar del planeta -aunque ya existen un Sistema de archivos interplanetario⁷ en el que incluso se ha almacenado información de la red Bitcoin-como lo ha sido obviamente en las telecomunicaciones, pero también en áreas como seguridad y defensa, medicina, derecho, ingeniería, educación, y así prácticamente pudiéramos afirmar que no existe ninguna área del conocimiento humano que no haya sido potenciada con el uso del internet, y aun así no podemos afirmar su pleno potencial, de allí toda la importancia y algidez de las discusiones en torno a la tantas veces mencionada conexión inalámbrica a internet de quinta generación (5G) que hasta discusiones en la geopolítica global ha suscitado, pues así como el internet, no muy distinto irrumpió en la humanidad el Bitcoin, no en vano grandes autores sobre el fenómeno se han pronunciado sobre lo tremendamente disruptivo del Bitcoin, tal es el caso de Andreas Antonopoulos quien en sus múltiples conferencias ha afirmado que *“Bitcoin es el internet del dinero”*, y es en tal sentido que sus tres más famosos libros no tiene otro nombre diferente que el de *“El Internet del Dinero”*⁸, que muy distinto es a la idea del *“Dinero de Internet”* como muchos indebidamente lo comprenden.

Si bien este ensayo tiene como protagonista principal esa *“cosa”* denominada *“Petro”* y que como se refiriera constituye y se identifica más bien con la idea de *“síndrome”*, ello ante la inspiración colombiana tanto de la creación jurisprudencial del *“estado de cosas*

⁷ <https://ipfs.io/>

⁸ Andreas M Antonopoulos. “The Internet of Money”. Merkle Bloom LLC. Septiembre 2016. Andreas M Antonopoulos. “The Internet of Money” Tomo II. Merkle Bloom LLC. Diciembre 2017.

Andreas M Antonopoulos. “The Internet of Money” Tomo III. Merkle Bloom LLC. Noviembre 2019.

constitucional” como de la tesis de Botero Bernal del “*síndrome normativo*”, no parece prudente entrar de lleno a esta creación revolucionaria y bolivariana sin hacer una breve referencia al verdadero fenómeno del Bitcoin, a lo que debe señalarse que no ha sido esta la primera criptomoneda creada pero sí la que definitivamente tuvo el recibimiento y aceptación necesaria para permanecer como tal.

Baste entonces referir muy brevemente que esa creación llamada Bitcoin se le debe a una persona o grupo de personas bajo el seudónimo de Satoshi Nakamoto, quien en 2008 publicó un *White Paper* o Libro Blanco denominado *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*⁹, destacando también en ese trabajo a la también poco conocida aunque tantas veces mencionada tecnología de “*Cadena de Bloques*” o *Blockchain*, que sirve de libro de cuentas alojado en una red distribuida de par a par (P2P) para que se realicen, se asienten y verifiquen las transacciones de las criptomonedas.

También nos es necesario destacar antes del estudio del síndrome que el surgimiento del Bitcoin ocurre durante la crisis bancaria de las denominadas *subprime* o burbuja inmobiliaria, como una evolución de las tecnologías y del sistema financiero planteando un cambio de esquema en los medios de pago electrónicos que almacenan dinero digital que señala Nakamoto no eran del todo confiables, ya que dependían de terceros como los bancos centrales y bancos privados que hacen el manejo de la tecnología muy engorroso y que además presentaban inconvenientes de seguridad y privacidad.

En cuanto a su naturaleza jurídica, y ante los retos en múltiples áreas del conocimiento humano en definir un fenómeno que si bien cuenta con características propias de muchos institutos económicos, sociales o jurídicos que denominaremos clásicos o tradicionales, pero que a la vez también puede tener características que resultarían incluso excluyentes de éstos, lo que nos obliga de cierta manera a crear categorías nuevas al lado de las tradicionales, y es así que encontramos aproximaciones de estudiosos sobre el fenómeno como es el caso de Pablo Fernández Burgueño quien, en múltiples ponencias en atención a

⁹ Satoshi Nakamoto, *Bitcoin.org*. Disponible en: https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es_latam.pdf (disponible en español).

lo señalado por el Banco Central Europeo, define el Bitcoin como una “... moneda virtual de la red bitcoin, que representa valor digital, no emitida por un banco central o autoridad, ni está vinculada a una moneda legalmente establecida, que no posee el estatus legal de moneda o dinero pero que es aceptada por personas naturales o jurídicas como medio de cambio y posiblemente también para otros fines, y que puede ser transferida, almacenada o intercambiada electrónicamente”.

Por otra parte, bien merece relatar lo sostenido por el Tribunal Supremo de España en sentencia 326/2019 del 20/06/2019, en el caso Cloudtd Trading & Devs LTD¹⁰, que afirmó:

*“... Por otro lado, tampoco el denominado bitcoin es algo susceptible de retorno, puesto que **no se trata de un objeto material, ni tiene la consideración legal de dinero.***

El bitcoin no es sino una unidad de cuenta de la red del mismo nombre. A partir de un libro de cuentas público y distribuido, donde se almacenan todas las transacciones de manera permanente en una base de datos denominada Blockchain, se crearon 21 millones de estas unidades, que se comercializan de manera divisible a través de una red informática verificada. De este modo, el bitcoin no es sino un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada bitcoin, cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de trading Bitcoin.

Aun cuando el precio de cada bitcoin se fija al costo del intercambio realizado, y no existe por tanto un precio mundial o único del bitcoin, el importe de cada unidad en las diferentes operaciones de compra (por las mismas reglas de la oferta y de la demanda), tiende a equipararse en cada momento. Este coste semejante de las unidades de cuenta en cada momento permite utilizar al bitcoin como un activo inmaterial de contraprestación o de intercambio en

¹⁰ Tribunal Supremo de España mediante sentencia 326/2019 del 20/06/2019. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-establece-que-el-bitcoin-no-se-puede-equiparar-al-dinero-a-efectos-de-responsabilidad-civil>

cualquier transacción bilateral en la que los contratantes lo acepten, pero en modo alguno es dinero, o puede tener tal consideración legal, dado que la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, indica en su artículo 1.2 que por dinero electrónico se entiende solo el “valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago según se definen en el artículo 2.5 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y que sea aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico”.

Acercándonos al contexto venezolano, es inevitable hacer especial mención al profesor Juan Cristóbal Carmona y su importante aporte al foro no solo jurídico sino a todas las áreas del conocimiento afectadas por este fenómeno del Bitcoin y las criptomonedas en general con su obra *“Mundo Jurídico de las Criptomonedas”*¹¹; prolijo trabajo dedicado no solo al Bitcoin sino muy pormenorizadamente al “Petro” y sus diferentes aproximaciones, contenido que es de obligatoria consulta para los estudiosos del tema.

Puntual y categóricamente Carmona respecto del Bitcoin afirma que es un “... *bien (cosa), mueble, patrimonial, privado, incorpóreo, “genérico”, fungible, divisible...*” desarrollando cada uno de estas características de modo minucioso, pero que escapa del alcance de este ensayo su tratamiento.

Antes de pasar a formular observaciones al síndrome del “Petro”, ello no puede hacerse sin destacar nuevamente a Antonopoulos quien sobre el fenómeno afirma tajantemente:

“La totalidad del asunto sobre el Bitcoin gira en torno el ser abierto, descentralizado, sin fronteras, resistente a la censura –embargo-, neutral, interconectado y capacidad de ser punto a punto. Eso es lo único. La Cadena de Bloques –Blockchain- es una base de datos distribuida que no escala particularmente bien. Si se ejecuta apropiadamente, ante esa falta de escalabilidad, se obtienen los beneficios de la descentralización. Pero, para hacer eso, tiene que ser

¹¹ Juan Cristóbal Carmona, *Mundo Jurídico de las Criptomonedas*. Academia de Ciencias Política y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Caracas 2019.

*abierta, tiene que ser pública y tiene que ser libremente participativa, así como el internet libre. Allí es donde esto se pone interesante, y es que ello no significa que Bitcoin es la única”*¹².

Y ya finalmente, para culminar la justificación y razón particular de por qué considerar al “Petro” como un síndrome, destacamos el significado que sobre esa expresión de “*Síndrome*” nos da la Real Academia Española en su diccionario y conseguimos¹³:

“*Síndrome*”

Del gr. συνδρομή syndromḗ ‘concurso’.

1. m. Med. Conjunto de síntomas característicos de una enfermedad o un estado determinado.

2. m. Conjunto de signos o fenómenos reveladores de una situación generalmente negativa.”.

No es desconocido, no solo en el foro venezolano sino que ya es reconocido en la comunidad mundial el grave deterioro de las instituciones democráticas, económicas y jurídicas resultantes de la instalación de la llamada revolución bolivariana y socialismo del siglo XXI, y si bien no existe ámbito alguno que no haya resultado afectado, el mayor y evidente envilecimiento ha correspondido al signo monetario patrio como lo fue el Bolívar, moneda que desde su creación en 1879 jamás había sido “*reconvertida*” como ocurrió durante la vigencia del régimen revolucionario en 2007 con su “*reconversión*” a “*Bolívar Fuerte*” en 2007 y luego a “*Bolívar Soberano*” en 2018.

Es entonces que ante la situación de material inexistencia de la moneda patria, estrepitosa pérdida de valor ante la más grande hiperin-

¹² Traducción libre de la transcripción de la participación de Andreas Antonopoulos en un Podcast sobre Bitcoin: “The whole point of Bitcoin is the open decentralized, borderless, censorship-resistant, neutral, interconnected and peer-to-peer capability. That’s the unique thing. The blockchain is a distributed database which doesn’t scale particularly well. If done properly, for that lack of scalability you get the benefits of decentralization. But in order to do that, it has to be open, it has to be public, and it has to be participatory, just like the open internet. That’s where it gets interesting. That doesn’t mean Bitcoin is the only one.” Disponible en: <https://www.case-podcast.org/17-blockchain-technology-with-andreas-m-antonopoulos-part-2/transcript>

¹³ <https://dle.rae.es/s%C3%ADndrome>

flación en el planeta en el siglo XXI, el secuestro por parte del régimen de los todos los poderes públicos salvo el de la Asamblea Nacional y que sin embargo a cuyos miembros se les mantiene en constante amenaza y efectiva violación de sus derechos fundamentales a menos que sean especialmente “*convencidos*” o “*reeducados*” para obedecer al régimen, la carestía absoluta de institucionalidad democrática, la imposibilidad de emitir bonos de deuda pública, y necesidad de mayores instrumentos de control y opresión ciudadana, es que surge y es creado el tantas veces referido “*Petro*”, que como se identifica plenamente con la segunda de las acepciones que la Real Academia Española asigna a la voz de “*síndrome*”, es que ha de ser entendido como tal, ya que no es otra cosa que un signo más de la situación generalmente negativa a lo que ha mutado el estado venezolano.

3. DECONSTRUYENDO EL “CORPUS IURIS” DEL PETRO

Como se ha referido, el síndrome del Petro ocurre y es creado por la revolución bolivariana y el socialismo del siglo XXI como un “*criptoactivo soberano*” que entre otras menciones que se extraen tanto de su Libro Blanco y como de diferentes textos con pretendido contenido normativo, se presenta como una “*propuesta de coordinación financiera y monetaria global como respuestas previas a la hegemonía de los sistemas financieros que dominan el mundo*” y que “*El Presidente Nicolás Maduro ha establecido ... como una manera de responder a estas estructuras de dominación y perversión hacia la economía mundial...*” siendo así “*... la revolución bolivariana y la gestión del Presidente Maduro ... el primer gobierno en emitir y respaldar una moneda digital soberana, cuyo objetivo es la democratización de la economía a nivel mundial*”.

Más allá de la galimática y eufemística redacción del Libro Blanco del Petro y las múltiples versiones previas hasta la publicación del ejemplar que se encuentra disponible en la página de Internet del propio Petro (<https://www.Petro.gob.ve/>) y de la amplia y millonaria campaña de promoción y difusión que tienen no otra intención que la de otorgarle un viso de legitimidad a ese síndrome revolucionario al igual

como a tantos otros productos de la revolución, un sinnúmero de actuaciones catalogadas como decretos, decretos constituyentes, providencias, resoluciones, circulares y hasta de “*sentencias*” en la que se hace referencia al Petro, todas ellas se dan en la especial situación de estado de cosas inconstitucional y con abierta violación al debido proceso de formación de leyes, por lo que no es difícil concluir que arrastran todos esos actos graves vicios que los hacen absolutamente nulos por ser además de inconstitucionales y abiertamente despótico.

Entre esas actuaciones con pretendido contenido normativo y que algunos pueden descargarse tanto del portal del “*Petro*”, así como de la página de la Superintendencia de los Criptoactivos y actividades conexas venezolana¹⁴, podemos destacar:

1. Decreto N° 3.196, Creación de la Superintendencia de los Criptoactivos y actividades conexas venezolana. 8/12/2017. G.O. 6.346.
2. Decreto N° 3.197, Carlos Eduardo Vargas Superintendente. 8/12/2017. G.O. 6.346.
3. Decreto N° 3.292. 5.342 MMBN (Millones de Barriles Nacionales) de petróleo original en sitio (POES) bloque Ayacucho 01 de la Faja Petrolífera Hugo Chávez Frías. 23/2/ 2018. G.O. 41.347.
4. Libro blanco del Petro
5. Decreto N° 3.333, Zonas Petro. 22/03/2018. G.O.41.366.
6. Decreto Constituyente sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro. 9/4/2018. G.O. 6.370.
7. Decreto N° 3.353, Creación de Tesorería de Criptoactivos de Venezuela, S.A., 9/04/2018. G.O. 6,371.
8. Decreto N° 3.355, creación Superintendencia de Criptoactivos de Venezuela y Actividades Conexas Venezolana (SUP-CACVEN), 9/4/2018. G.O. 6,371.
9. Decreto N° 3.719, Determinación y pago de obligaciones en moneda extranjera o criptodivisas. 28/12/2018. G.O. 6,420.

¹⁴ <https://www.petro.gob.ve/normativa.html>, <https://sunacrip.gob.ve/normativa.html>

10. Providencia Superintendencia regula el Registro Integral de Servicios en Criptoactivos (RISEC). 4/2/2019. G.O. 41.578.
11. Providencia Superintendencia requisitos y trámites para el envío y recepción de Remesas en criptoactivos a personas naturales. 7/2/2019. G.O. 41.581.
12. Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos. 30/1/2019. G.O. 445.262.
13. Condicionado de Casas de Intercambio aprobado por Consejo Ejecutivo de Intendentes del 01/02/2019.
14. Decreto N° 4025 sobre el Registro Contable en Criptoactivos, 19/11/2019 G.O. 41.763
15. Providencia Superintendencia regula la operatividad de las Casas de Intercambio en el Sistema Integral de Criptoactivos. 3/4/2019. G.O.41.069.
16. Providencia Superintendencia regula el Registro Contable de Operaciones y Hechos Económicos expresados en Criptoactivos en todo el país. 23/12/2019 G.O. 41.787.

No obstante se referirá infra cuando se mencionen entre las justificaciones para la utilización del Petro como forma de fijación de tasas por servicios públicos, así como para la de sueldos y salarios, sus creadores y promotores indican que ello se hace en atención al artículo 116 de la Ley del Banco Central de Venezuela que establece que las monedas y billetes tendrán poder liberatorio de cualquier obligación pero sin embargo, mediante leyes especiales sobre impuestos, contribuciones u obligaciones determinadas podrán estipularse otras formas de pago, enunciado que partidarios del Petro propugnan, abre la posibilidad que se establezca éste como forma especial de fijación y pago de determinados conceptos, interpretación que observamos incurre en una grave tergiversación de lo que es la moneda como como unidad de cuenta, de pago y de valor con los medios de pago como forma de extinción de las obligaciones, a lo que en efecto se refiere el enunciado.

Como se observa de la larga colección de pretendidos actos que buscan otorgar la sensación de legitimidad al Petro, lejos de hacer ello, dejan en evidencia su distanciamiento de lo que verdaderamente ha de ser una criptomoneda y más aún como actos que son producto de

la más absoluta violación del principio de legalidad y debido proceso legislativo.

4. ¿EXISTE EN REALIDAD EL PETRO? LA MULTIDIMENSIONALIDAD DEL PETRO. ASPECTOS A CONSIDERAR

En los múltiples actos que son referidos como sustento del Petro se hace referencia al mismo como si fuese cosas absolutamente distintas, se le menciona como un “*token*”, pero también se le ha denominado moneda digital, divisa, criptomoneda o como un criptoactivo, más recientemente “*criptoactivo soberano*”, intercambiable por bienes y servicios y dinero fiduciario en casas de intercambio, también como un “*commodity*” o refugio financiero incluso con la posibilidad de ser canjeado por petróleo físico y cuya emisión estaría respaldada por 5.342 millones de barriles normales del bloque Ayacucho 01 de la faja Petrolífera Hugo Chávez Frías, pero no obstante a la calificación que quiera dársele y la naturaleza jurídica de lo que es un “*libro blanco*” (White Paper) que bien se asemeja a un contrato de adhesión o una oferta no recepticia que a una ley o acto administrativo de efectos generales, nos es de interés destacar lo que ese Libro Blanco del Petro refiere sobre lo que el mismo es:

“.. la primera Moneda Digital y Soberana emitida por la República Bolivariana de Venezuela. (que) Marca un hito en la historia económica a nivel mundial, al ser la primera moneda digital promovida por un gobierno y además, con respaldo real en riquezas y bienes conmensurables. Es una divisa transable, es decir, cambiable por divisa fiduciaria. Su precio tiende a comportarse de manera estable, ya que cada emisión estará respaldada por la cesta de Commodities venezolanos y su capacidad y garantía de cambio inmediato por las riquezas componentes de esta misma”.

¿Pero realmente existe el Petro?

Como se ha destacado desde las primeras secciones, el Bitcoin, las criptomonedas en general, la cadena de bloques, al igual que el internet se extiende por dimensiones y tiene alcances que han sido difíciles de

comprender y no pueden ser ubicados en las categorías tradicionales, por lo que el hecho que tecnológicamente pueda ser creado como una criptomoneda, como token o como activo digital en términos generales, no necesariamente lo hace viable como criptomoneda, no solo porque no pueda ser adoptado por la comunidad o como se refiere en el “*eco-sistema*”, sino porque puede ser utilizado como instrumento de estafa o expolio, pero también pudiendo pasar a ser lo que en el foro se conoce como “*shit coins*” o “monedas de excremento” que no son otras que aquellas que dejan de tener utilidad práctica.

Así pues que entre esas múltiples dimensiones desde la que se puede abordar el estudio de las criptomonedas, sea el Bitcoin como su principal y más importante fenómeno, sean criptomonedas alternas denominadas en el foro “*altcoins*” o esas que no son más que desperdicio, “*shit coins*”, a pesar de que a muchas se les ha podido dar algún uso, a los fines de este ensayo nos acercaremos principalmente desde la dimensión jurídica y medianamente técnica, ello con la advertencia que cuando se refiere a técnica en modo alguno se está pretendiendo tener educación académica especializada sino a los estrictos conceptos básicos para contextualizar las consecuencias jurídicas que se destacarán, dejando para futuros trabajos u otros ponentes importantes aspectos como lo son su dimensión económica, contable, social, filosófica, política, entre otras, para lo cual procederemos a formular en la siguiente sección el breve en base puntuales aspectos en los que la pretendida implementación del Petro tiene incidencia y que debemos considerar.

5. ASPECTOS PARTICULARES A CONSIDERAR SOBRE LA PRETENDIDA IMPLEMENTACIÓN DEL PETRO

5.1. Principio de legalidad y reserva legal de impuestos tasas y contribuciones

De manera categórica los artículos 136 y 137 de la Constitución Nacional establecen la distribución y división del Poder Público en Municipal, Estatal y Nacional, este último dividido en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral, teniendo cada una de las ramas del poder públicos, sus órganos y entes sus funciones propias definidas

en la propia Constitución, así como en la ley, ello no obstante entre sí hayan de colaborar en la realización de los fines del Estado.

Siendo que el uso que pretende hacer el creador político, no técnico, del Petro es del todo monetario de manera paralela al sistema monetario y financiero nacional, todo lo cual de conformidad con los artículos 156.11 y 187 del texto fundamental son materias de la competencia del Poder Público Nacional correspondiendo a la Asamblea Nacional mediante ley formal su desarrollo legislativo, resulta abiertamente transgredido el principio de legalidad al sustentarse el llamado “criptoactivo soberano” en actos distintos a la ley, sean estos decretos presidenciales o los llamados decretos o leyes constituyentes, actuaciones, o más bien otros síndromes que merecen estudio especial pero que escapan de este ensayo, así como otros que pretenden normar el “Petro”, su implementación, uso, usuarios y todos los aspectos relacionados.

Consagra el texto fundamental en su artículo 317 el principio de reserva legal en materia de impuestos, tasas y contribuciones, siendo unas de las más visibles tasas que han de pagar los ciudadanos ante la necesidad de otorgamiento de escrituras ante despachos registrales o notariales, así como por la expedición de documentos de identidad como lo es la cédula de identidad pero de manera muy especial la expedición de pasaportes y su prórrogas, documento de identificación internacional que cuyas facilidades, o en el caso de la situación venezolana, dificultades han sido utilizadas por la revolución bolivariana tanto como instrumento de corrupción extorsiva como de control social, o como es el caso del pago de derechos de registro de propiedad intelectual; pues con la implementación del Petro y sin que hayan sido derogadas las normas de rango legal que establecen las tasas por los distintos conceptos, todo ello de manera arbitraria mediante actos que no solamente se desconoce si son providencias, resoluciones, circulares u otros, ya que simplemente los funcionarios se limitan a indicar que son esos los montos que aparecen en los sistemas informáticos y que los ciudadanos simplemente deben limitarse a acatar y a pagar, como tales son las tasas previstas de manera absolutamente arbitraria por el Servicios Nacional de Registros y Notarías SAREN, situaciones todas ellas que con violatorias al principio de legalidad y reserva legal, hemos

de concluir que resulta abiertamente transgredido dicho principio de reserva legal que como se referirá tiene ulteriores consecuencias no solo respecto de la validez o no de los actos sino de la responsabilidad tanto de la administración como de los funcionarios.

5.2. Atribuciones de la “asamblea nacional constituyente” y del “ente rector”

De especial interés resulta destacar que desde el primer acto con pretendido contenido normativo relacionado con criptomonedas y criptoactivos y en particular sobre el síndrome del Petro como lo fue el Decreto N° 3.196 del 8/12/2017 y posteriormente el Decreto N° 3.292 del 23/2/ 2018 mediante el cual se destinarían 5.342 MMBN (Millones de Barriles Nacionales) de petróleo original en sitio (POES) bloque Ayacucho 01 de la Faja Petrolífera Hugo Chávez Frías con los que se garantizaría su primera emisión, no solo el foro nacional sino el internacional destacó la abierta inconstitucionalidad en que se incurría al afectarse los yacimientos y su producción, lo que además se identificaba con una emisión de deuda, actuaciones que además de la prohibición expresa de la constitución no pueden hacerse al margen del control de la Asamblea Nacional, lo cual ante el desconocimiento del régimen de la misma al ser el único poder público con legitimidad democrática en la situación de Estado fallido del estado Venezolano para ese momento, posteriormente, con evidentes intenciones de blanqueamiento de ilegitimidad, fue dictado el Decreto Constituyente sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro, mediante el cual se intentaba dibujar una idea de legalidad y legitimidad que como se verá no es tal.

A esos actos le han seguido como se enumeró en la sección anterior muchos otros no solo de la autoría de quien señala hacerlo por razones de emergencia sino que muchos de ellos se corresponden a la llamada Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas –SUNACRIP-, que también en abierta violación al principio de legalidad, y peor aún a la libertad contractual, establece “normas” que en modo alguno pueden ser impuestas como tales y entre las que encontramos aquellas que crean los requisitos y trámites para el envío

y recepción de Remesas en criptoactivos a personas naturales, condicionado de Casas de Intercambio, operatividad de las Casas de Intercambio en el Sistema Integral de Criptoactivos o el Registro Contable de Operaciones y Hechos Económicos expresados en Criptoactivos en todo el país, entre otras.

Careciendo de legitimidad alguna tanto la llamada “*asamblea nacional constituyente*” al igual que la llamada Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas –SUNACRIP-, hemos de pronunciarnos sobre la validez o no de sus actos conforme a lo establecido en el texto fundamental, siendo forzoso afirmar como de segundas se sustentará que son todas esas actuaciones absolutamente nulas no pudiendo producir efecto alguno.

5.3. Nulidad de actos por usurpación de funciones

Como consecuencia directa el aspecto anterior, observamos que dispone el artículo 138 constitucional que es absolutamente ineficaz toda autoridad usurpada y nulas todas sus actuaciones, por lo que estando los autores de los diversos actos en que se sustenta el Petro en abierta condición de usurpación, es irremediablemente necesario concluir que carecen de validez y eficacia los actos dictados así como las actuaciones subsiguientes no pudiendo generar derecho subjetivo alguno, por el contrario, de originarse daños, tal como se referirá con posterioridad, surge la responsabilidad tanto del estado como la individual de los individuos o funcionarios de su reparación.

5.4. ¿Una forma disimulada de emisión de deuda pública?

Establece la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, que en realidad es un Decreto al que pueden efectuarse las merecidas observaciones sobre su constitucionalidad al identificarse con otro síndrome propio de la revolución bolivariana como lo es el apelar a vías excepcionales de creación de derecho al margen del procedimiento constitucionalmente previsto lo que es absolutamente deleznable, que salvo específicos supuestos de hecho (artículos 99 al 102) todo endeudamiento público deberá estar previsto y desarrollado

en la Ley Especial de Endeudamiento Anual correspondiente, pues con la creación y emisión del Petro tal como expresamente aparece tanto en su libro blanco como en los diferentes actos publicados en la Gaceta Oficial que se identifica plenamente con la captación de recursos financieros y en su aplicación para el cumplimiento de los fines del Estado, resultarían en una nueva transgresión al sistema previsto en el normativo y más grave aún, al pretender ubicarse absolutamente al margen de las funciones contraloras de la Asamblea Nacional en materia de endeudamiento.

5.5. Respaldo del Petro. ¿Yacimientos de petróleo, oro, diamantes?

Al señalar los distintos actos con pretendido contenido normativo como los decretos presidenciales, decreto constituyente, libro blanco y otros, que el Petro tendrá desde un respaldo físico barriles de petróleo, reserva de hidrocarburos o cualquier recurso tales como petróleo, oro, hierro, diamante o cualquier otro, ello no puede entenderse al margen de artículo 12 de la Constitución y el artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, también observable por la deleznable práctica característica del régimen revolucionario y del socialismo del siglo XXI de pretender legislar al margen del debido proceso legislativo mediante decretos y otras formas excepcionales, los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza y donde quiera que se hallen, pertenecen a la República y son bienes del dominio público, por lo tanto inalienables e imprescriptibles, por lo que en adición a las violaciones anteriormente referidas, el síndrome del Petro en la forma como se ha pretendido crear y establecer, abiertamente transgrede las normas indicadas.

5.6. Sanciones OFAC / FinCen

Si bien en las sanciones a particulares venezolanos respecto de bienes e intereses en los Estados Unidos de Norteamérica o actividades relacionadas dictadas por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos a través de la oficina de control de activos extranjeros (*Office of*

Foreign Assets Control –OFAC-) o de la oficina de Delitos Financieros (*Financial Crimes Enforcement Network* -FinCen-) no hacen específica y expresa mención al tantas veces mencionado “Petro” como si hace a los bonos de PDVSA, como lo es el caso de la Orden Ejecutiva de la Presidencia de los Estados Unidos Número 13808 del 24 de agosto de 2017, es de interés destacar que en fecha 19/03/2018 se hizo pública en la página de la Casa Blanca¹⁵ la información de que resultaban igualmente prohibidas desde esa misma fecha todas las transacciones relacionadas con personas en los Estados Unidos y del propio Estado de cualquier moneda o token digital que haya sido emitido por o en representación del gobierno de los Estados Unidos al día 9 de enero de 2018 o fecha posterior, por lo que indudablemente el “Petro”, en sus diferentes versiones e intentos entra en esa prohibición, por lo que cualquier persona natural o jurídica con vínculos con los Estados Unidos de Norteamérica y que pudiera ser desde ser nacional o ciudadano norteamericano, o incluso a pesar de no serlo tenga algún interés como el de poseer una propiedad o cuenta bancaria, o de jamás haber visitado ese Estado y quisiera solicitar eventualmente una Visa para hacerlo, el haber efectuado operaciones con “Petros”, pudiera eventualmente ver su condición afectada, en cuyo caso el síndrome estaría además adquiriendo un nuevo matiz, el de activo digital tóxico.

5.7. El Bolívar como único signo monetario. Moneda de curso legal y curso forzoso

Tanto la Carta Magna en su artículo 318, como los artículos 106 y 116 la “*Ley Orgánica*” del Banco Central de Venezuela, consagran y establecen al Bolívar como el signo monetario del Estado venezolano, y en tal sentido como moneda de curso legal y curso forzoso.

Como se refiriera en sección anterior, los promotores del Petro en cuanto a su utilización para la fijación de tasas por servicios y más recientemente obligaciones de contenido tributario, más allá de como

¹⁵ <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-taking-additional-steps-address-situation-venezuela/>

históricamente se ha hecho con la Unidad Tributaria sino con la intención de obligar a los ciudadanos a pagar haciendo uso del mismo criptoactivo como si se estuviese presente ante una especie de curso legal y forzoso, de manera arbitraria han procedido a la fijación de facto tanto de concepto como de montos a pagar, lo que también constituye una abierta violación al principio de legalidad de tasas impuestos y contribuciones, pretendiendo sus promotores justificar esa actuación atendiendo al artículo 116 de la “*Ley*” del Banco Central de Venezuela que establece que en materia de impuestos, contribuciones u otras obligaciones puede la ley estipular otras formas de pago distintas a las de uso de los billetes o monedas como instrumentos liberatorios de tales obligaciones, interpretación no solo acomodaticias sino *contralegis*, ya que no es otra la inteligencia de la norma que puedan esas obligaciones ser satisfechas con otros medios como lo pueden ser bonos o títulos pero jamás entendiéndose que se pueda implementar otra unidad de cuenta o pago distinta al bolívar, observando aquí otra evidencia del síndrome destacado, ello en adición a que como se ha referido tantas veces, ocurre en abierta contravención al debido proceso legislativo.

5.8. El Petro, las “stablecoins” y las “CBDC”

Uno de los aspectos más relevantes sobre el Bitcoin en particular y las criptomonedas en general ha sido su gran volatilidad, que desde ya hay que destacar que cosa muy distinta es respecto del concepto de inflación aplicales a las monedas fiduciarias emanadas de los Estados.

Pues esa gran volatilidad de las criptomonedas que por una parte ha servido a muchos sectores del ecosistema para crear múltiples plataformas de intercambio y arbitraje que pudieran ser atractivos para determinadas clases de inversión especulativa, por la otra, ha sido vista como una gran limitante para su mayor adopción e implementación como método de pago, y es que han surgido variados proyectos de activos digitales que valiéndose de las bondades tecnológicas de la tecnología de cadena de bloques han emitido dichos activos fijando, “*anclando*” su valor, bien sea a una moneda fiduciaria o algún recurso como pudieran ser el oro u otros metales preciosos, activos que se conocen como “*stablecoins*”, aunque claro está, ello ha de hacerse con la garantía de

que existan fondos y existencia en tesorería suficientes para garantizar la realización o canje de esos activos por dinero fiduciario o los bienes representados, es en tal sentido que surgen proyectos como Tether¹⁶ y USD Coin USDC¹⁷, los cuales hemos de diferenciarlas de las “*Central Bank Digital Currency*” o “CBDC” en el sentido de que estas últimas no son otra cosa que las mismas monedas fiduciarias emanadas de los Estados pero que ya no estarían representadas en especies metálicas de monedas o billetes sino digitalmente en los sistemas bancarios, lo que realmente no es algo nuevo, siendo en todo caso la novedad y avance el que se utilice la tecnología de cadena de bloques como soporte de todas las operaciones realizadas por los usuarios de la esas monedas.

En el caso del Petro no es desconocido como desde sus inicios con la intención de insistentemente fomentar y promover su uso, por no decir obligar a hacerlo, se insistió que su valor estaba “*anclado*” al valor del barril de petróleo y ello lo hacía teóricamente una “*stablecoin*”, sin embargo, ante la imposibilidad de que pueda ser libremente canjeado por el valor al que está “*anclado*”, así como si algún usuario desea obtener el equivalente en moneda de curso legal para el pago de bienes o servicios o que lo haga directamente pagando con Petros, su valor siempre será el que resulte entre la oferta y la demanda independientemente a lo que la autoridad pueda establecer ya que no existe garantía de libre convertibilidad por la opacidad y falta de confianza propia de los síndromes de la revolución bolivariana, por lo que también podemos afirmar que tampoco es el Petro una verdadera “*stablecoin*”.

5.9. El valor del Petro

Anteriormente mencionábamos que uno de los aspectos de mayor interés de las criptomonedas es la volatilidad de su valor respecto a la monedas fiduciarias y que existían una clase de criptomonedas o más precisamente activos digitales y criptoactivos que procuraban mantener su valor estable aparejado con alguna moneda fiduciaria o un determinado recurso, las “*stablecoins*” y que para que en realidad fuesen

¹⁶ <https://tether.to/>

¹⁷ <https://www.coinbase.com/usdc>

unas verdaderas monedas digitales estables en cuanto a su valor era imprescindible que las mismas pudieran ser en todo momento canjeables libremente por sus tenedores o poseedores o titulares sin restricciones ni requisitos impuestos que pudieran afectar dicha estabilidad de su valor más allá de los costos razonables aplicables a las transacciones financieras, que afectan más a la operación de moneda fiduciaria que la criptográfica, posibilidad libre de intercambio y sin lo cual no sería materialmente una moneda o activo estable.

En el caso del Petro, su libro blanco establece que su precio para la primera emisión estaría referenciado en el valor de venta en los mercados internacionales de los recursos que forman parte de la canasta de *Commodities* que respaldará al Petro como lo son el petróleo, que constituye el 50% de dicha canasta, oro en un 20%, hierro en 20% y diamante en 10%.

Para el momento que se indicó la emisión del Petro y también expresamente el libro blanco lo indica, no obstante se establece una fórmula para la determinación de su valor, el mismo se fijó en “*60 USD como ha sido definido por nuestro Presidente Nicolás Maduro Moros en atención a los análisis que fijaban su valor histórico promedio...*”, valor que entendemos que variaría en caso de hacerlo el precio de venta de los mercados internacionales de los recursos que conforman la canasta de los *Commodities* que lo respaldan, así, si precio en el mercado del petróleo, el oro, el hierro o los diamantes subiera, el valor del Petro se incrementaría también y si disminuyesen, igual suerte habría de correr el del Petro.

No puede dejar de mencionarse que para el día en que se celebró, el 12 de marzo de 2020, el foro “*El Petro: Aspectos jurídicos Económicos y Contables*” como consecuencias iniciales resultantes de los efectos de la pandemia por el Coronavirus COVID-19 el precio internacional de petróleo había sufrido una pérdida superior al 30% de su valor, y en semanas más tarde incluso llegaría a precios inferiores a cero dólares por barril, y no obstante ello, en la página del Petro, se observaba que el mismo no había reflejado mayor variación de su precio, valor o precio que tampoco sus usuarios o tenedores pueden libremente recibir y por el cual libremente canjear en moneda fiduciaria’.

Habiéndose observado que el valor del Petro se mantuvo a pesar de la estrepitosa caída de los precios del petróleo no obstante otros recursos de la canasta pudieron haber aumentado de valor como el caso del oro, pero no en suficiente proporción para mantener ese valor cercano a 60,00 USD, todo lo cual demuestra que la fijación de tal precio y valor no obstante se indicó una fórmula para tal fin es absolutamente arbitrario y acomodaticio, lo que confirma aún más su naturaleza de síndrome.

5.10. Sobre el funcionamiento técnico del Petro de hoy

Ya desde una apreciación más cercana a la dimensión técnica del Petro ha de aclararse que lo que hoy se nos presenta como ese “*criptoactivo soberano*” no es el mismo que primigeniamente se mencionó a finales del año 2017 ni tampoco a inicios de 2018. Y es que en el foro de la comunidad “*cripto*” venezolana para finales del año 2017 y durante el año 2018, fueron múltiples las noticias que corrían en cuanto a las plataformas tecnológicas en que se sustentaría el Petro y sus características técnicas, noticias e informaciones que se identifican con las declaraciones que un poco más de dos años después, en marzo de 2020 aparecen en el artículo en The New York Times en el que Gabriel Jiménez relatará como la idea originaria mutó a otra cosa. En el foro de los criptoactivos en Venezuela era un secreto a voces que el Petro sería más bien un token sustentado en la cadena de bloques de Ethereum, lo que de haber sido cierto, ese proyecto pudiera corresponderse con alguno de los tokens que pueden identificarse con el nombre de “*Petro*” que aparecen en el explorador de bloque de esa red¹⁸, pero se desconoce si alguno de ellos, o cuál de ellos, sería el Petro originario, hoy abandonado a su suerte y que podría engrosar la lista de monedas de desperdicio.

También existió el rumor de que el Petro correría en la plataforma de NEM, lo que tampoco se concretó, cuando finalmente el Petro sale a la luz pública, por supuesto negando, o simplemente silenciado todos

¹⁸ Petro (PTR) <https://etherscan.io/token/0xe964de82b9b83915ab8591bbebf1bfc4c65bb1dc>
 Petro(PETRO) <https://etherscan.io/token/0x1ee4dd0c8e298d0bac4b8d7efdb9a8fd86db96e2>
 The Petro (PTR) <https://etherscan.io/token/0xD1aC5e0B722765CbD56285C4965Adb4052bb363f>

los intentos fallidos anteriores, mientras que para el no conocedor ese Petro mencionado en tantas publicaciones de Gacetas Oficiales parecía como si era el mismo y único.

Refiere la comunidad que este más reciente y funcional “*Petro*” no sería otra cosa que producto de una íntima y gran inspiración, por no decir una copia de la criptomoneda DASH, ya que se habría utilizado casi en su totalidad su código, incluso hay quienes señalan que en determinadas secciones a los programadores hasta se les habría pasado eliminar la denominación de DASH para sustituirla por la de Petro.

Más allá de los detalles anteriores sobre las plataformas en que se sustentaría el Petro y la que en definitiva resultase como lo fuera la estrecha relación con el código de DASH, desde una perspectiva más técnica que jurídica, aunque están íntimamente relacionadas, un aspecto de gran preocupación es que a pesar de que la cantidad de Petros ya están pre-minados y la labor de minería no estaría destinada a la emisión de nuevas monedas del “*Petro*” sino para la confirmación de las transacciones efectuadas en la red, es que siendo un sistema cerrado en el que no pueden participar en el ecosistema mineros distintos a los que imaginamos pertenecen a una suerte de club privado y quienes tengan el control del Petro autoricen a participar, existe el gran riesgo, un inminente y previsible riesgo, de que el Petro sea, y en efecto es, vulnerable a lo que se conoce como ataque del 51%, que consiste en que si alguien tuviese en su poder la posibilidad de controlar más del 51% de la capacidad de cómputo de la red, pudiera no solo alterar el contenido de las transacciones sino hasta de suspenderla, con la terrible consecuencia de que los usuarios de tenedores de esos “*Petros*” no solo pueden perder los que tengan en determinado momento sino la de no tener confirmación alguna de todas las transacciones pasadas que hayan efectuado.

Aquí es necesario destacar que una de las mayores fortalezas del Bitcoin frente a cualquiera de las monedas alternativas o “*altcoins*” es la gran expansión de su red en cuanto al gran número de mineros y capacidad computacional distribuido en todo el planeta, -ello a pesar de que los programados “*halvings*” pudieran generar la salida de gran número de ellos, pero esto es un tema que escapa de nuestro actual estudio-, con lo que se reduce enormemente ese riesgo del ataque del 51% siendo prácticamente imposible en estos momentos que ello pudiera

ocurrir, muy distinto a la situación del síndrome del Petro en que no es posible libremente participar en su minería.

Otro aspecto de carácter técnico pero con gran incidencia en las consecuencias jurídicas es el relativo a la titularidad y control de las llaves o claves públicas de los propietarios o usuarios del Petro, ya que al no tener la posibilidad de su control como ocurre con otros activos digitales que son verdaderamente libres y descentralizados, en estricto derecho no puede atribuírsele consecuencias jurídicas como tales propietarios o titulares, sean estas consecuencias de carácter de responsabilidad civil o tributaria, mientras que las plataformas o aplicaciones de “*Exchange*” o intercambio que manejan las claves privadas asumirían la plena responsabilidad tecnológica y jurídica ante esa identidad con figuras como la del depósito o del mandato, lo que vemos que en el caso del Petro no ocurre ya que como se observará de seguidas pretenden aplicaciones como la denominada “*PetroApp*”, eximirse de cualquiera sea la responsabilidad no obstante no poseen los usuarios control de sus claves.

5.11. Más sobre las “claves” la “PetroApp” / La billetera del Petro y otros aspectos...

Nos referíamos a la importancia de la titularidad y control de las “*llaves*” o “*claves*” privadas de los activos y algunas de las consecuencias derivadas de tener o no esa posesión y control, pero antes de avanzar sobre el tema resulta de vital importancia señalar y aclarar que de los elementos esenciales y de gran interés para la comprensión de las criptomonedas es que la interacción entre los usuarios y la red de determinada moneda o activo se efectúa mediante el uso de las llamadas “*wallets*” o “*billeteras*”, que para mejor comprensión del tema y a pesar de que existen diferencias fundamentales entre ambas figuras, indicaremos que las wallets o billeteras son para la red de las criptomonedas lo que las cuentas bancarias, sean corrientes o de ahorro, son para el sistema bancario, pero valga también que esas billeteras en modo alguno guardan propiamente esos activos digitales sino que lo que contienen son las “*claves*” o “*llaves*” con la que se interactúa con la red y se

hacen las transacciones, por lo que como bien ha referido en estudioso del fenómeno Bitcoin, Andreas Antonopoulos, en vez de haberse denominado “*wallets*” o “*billeteras*”, más adecuadamente hubiese resultado la denominación de “*key chain*” o “*llavero*”.

Pues resulta que esa interacción de los usuarios puede hacerse bien directamente y sin intermediario alguno con la red, utilizando lo que se denominan “*billeteras sin custodia*” (*non custody wallets*), a pesar de ser difícil de imaginar sería algo así como una cuenta bancaria pero que no es de ningún banco, teniendo el usuario pleno control de su clave o llave privada, lo que acarrea una gran responsabilidad para el usuario, ya que en caso de extravío de esas claves resultaría también en la absoluta pérdida de los activos criptográficos controlados por dicha clave, asumiendo directamente toda consecuencia de ello.

Pero pueden también los usuarios interactuar con la red mediante el uso de “*billeteras con custodia*” (*custody wallets*) en las que las llaves o claves que utiliza no son aquellas claves privadas de la propia red del activo digital sino que lo son de un tercero intermediario que es quien a su vez las tendría y utilizaría éstas como su custodio, depositario o mandatario del usuario, como ocurre en el sistema bancario corriente, por lo que resultarían en derecho responsable no solo de las consecuencias propias por dicha custodia, sino de contar con todas las garantías tecnológicas que le permitan salvaguardar las llaves y las operaciones que le han sido encomendadas por los usuarios, he aquí la razón de que en materia de regulaciones, los Estados justifican un mayor sometimiento a controles a las plataformas como las Casas de Intercambio (*Exchanges*) y otras formas de interacción con las redes de las criptomonedas y activos digitales que deban generar billeteras con custodia, lo que no ocurre de igual manera con aquellas “*Non Custody Wallets*”.

En el caso del Petro se observa que los usuarios no poseen ni controlan en modo alguno las claves o llaves privadas, notando también que la interacción con la red del Petro únicamente podría hacerse a través de plataformas desarrolladas por el propio ente emisor del Petro como lo serían la plataforma patria que ha buscado integrarse plenamente con el Petro, pero muy especialmente a través de la llamada “*PetroApp*” como medio de intercambio más directo, aunque no debemos olvidar

que también podrían los usuarios intercambiar sus Petros mediante subastas en las casas de intercambio autorizadas por la SUNACRIP, en cuyos casos tampoco tienen los usuarios control de sus claves.

Más específicamente sobre la “*PetroApp*” que se presenta como el medio más directo en que los usuarios pueden intercambiar sus Petros y en tal sentido la plataforma más adecuada para un uso más generalizados para el pago de bienes y servicios, pero que se ha de reiterar, esos titulares no tienen control de sus claves privadas, al leer los “*Términos y Condiciones*” cuya aceptación es necesaria para su descarga, instalación y uso expresamente reza:

*“... No se ofrecen garantías de ningún tipo, ya sean expresas o implícitas (...) sus productos y servicios. (...) **NO SEREMOS RESPONSABLES ANTE EL USUARIO POR NINGUNA PÉRDIDA, DESTRUCCIÓN O ALTERACIÓN DE CONTENIDO O MATERIAL COMO RESULTADO DE LA CARGA O DESCARGA ... NI SEREMOS RESPONSABLES DE CUALQUIER PÉRDIDA ECONÓMICA DEL USUARIO** ... no seremos responsables por el uso indebido por parte del usuario, así como de las personas autorizadas o no por él. El usuario es el único responsable de todas las operaciones.... El usuario acepta que conoce la naturaleza, origen y condiciones de los bienes, valores y criptoactivos... y nos exime de responsabilidad por este concepto. No seremos responsables por la imposibilidad de ejecutar las operaciones y (o) transacciones ordenadas...”* (Destacado de este ensayo).

No es complicado de concluir, el síndrome del Petro se torna mucho más gravoso, o percibimos de manera más evidente dicha gravedad, cuando desde el punto de vista técnico nos percatamos que no sólo es vulnerable al ataque del 51% y que sus usuarios y “*titulares*” no poseen sus claves privadas, sino que además el custodio de las llaves se exime, o así pretende hacerlo, de toda responsabilidad que le es propia de esa condición al disponer unos términos y condiciones de adhesión absolutamente leoninos y espurios a los que obliga a los usuarios a aceptar bien bajo amenaza de no proceder con la satisfacción de obligaciones de las que el régimen sería deudor o bajo engaño y manipulación con promesas de prebendas y de llamadas ayudas sociales como lo fue el

infame “Petro aguinaldo” y otros “*Petro bonos*” que no son más que viles prácticas clientelares.

Como si lo referido no fuera suficiente, debe también mencionarse de otra práctica no menos perversa como la implementación de la plataforma de pago denominada “Biopago”, de la cual no consta las condiciones que rigen su utilización en ninguna de las páginas relacionadas con el Petro ni ha podido obtenerse instrumentación sobre la relación contractual existe ente los comerciantes y la institución bancaria que promovería su uso o con la “autoridad competente” u “órgano rector”, y que materialmente ha resultado en una práctica más de la revolución bolivariana y del socialismo del siglo XXI, tanto de extorsión como de expolio al obligar a comerciantes a recibir Petros mediante estos dispositivos biométricos como forma de pago por los bienes y servicios por ellos ofrecidos y que luego no tenían forma alguna de canjear por moneda fiduciaria, lo que se agravaba aún más en situación de hiperinflación.

5.12. De los “Airdrops” al “Criptopopulismo”

En el fenómeno de las criptomonedas existe una interesante práctica en la que incurren los creadores de esos criptoactivos a los fines de promover su adopción y uso que consiste en destinar determinada cantidad de esos criptoactivos a ser repartidos de manera extensa, generalmente de forma gratuita entre los potenciales usuarios para así fomentar el conocimiento del proyecto, algo no muy diferente a las muestras gratis promocionales son regaladas en estrategias de mercadeo de un determinado producto.

Sin pretender invadir otras áreas como las de endeudamiento público y políticas monetarias, se pudiera comparar la práctica de los “*airdrops*” de los criptoactivos, -que hemos siempre tener en cuenta y reiterar que no son dinero en el entendido jurídico ya que no son ni de curso legal ni de curso forzoso-, con la de la práctica conocida como la de “*dinero helicóptero*” (*helicopter money*) consistente en la inyección de dinero en la economía de una sociedad haciéndolo llegar a la población como si se tratara del lanzamiento desde un helicóptero un gran número de billetes y de allí el origen de la expresión, para que de esa

manera se incentivase el consumo y la activación de actividades económicas, proceder éste que como es de esperar no se encuentra libre de señalamientos y críticas relativas a que ello no sería otra cosa que emitir dinero inorgánico con el consecuente riesgo de generación de inflación, temas que si bien merecen estudios más profundos y a los que se invita a realizar más allá de la apreciación desde la ciencia jurídica ahora superan los límites de este trabajo.

De vuelta al síndrome del Petro y su relación con tales prácticas de los “*airdrops*” y “dinero helicóptero”, observamos como de manera absolutamente irresponsable prácticas como las de los denominados “Petro aguinaldo” son una clara demostración de la noción de sus creadores y promotores del Petro de generar dinero de la nada sin ninguna otra intención que la de utilizar esas prácticas características de los “*airdrops*” y “dinero helicóptero” con fines clientelares como ha quedado en evidencia y que perfectamente nos invitan a crear y utilizar una nueva expresión que seguramente bien podremos entender como la de “criptopopulismo” para la ilustrar el entorno político, social y tecnológico en el que se verifica.

5.13. Responsabilidad del Estado y de los funcionarios

Debemos tener presente que no obstante la actual condición del Estado venezolano de estado que hace dificultosa por no decir imposible cualquier reclamación contra la administración o funcionarios públicos, la responsabilidad civil, penal y administrativa por hechos de la administración, además de su consagración en los artículos 25, 139 y 140 del texto constitucional, en los casos antes mencionados de violación del principio de legalidad de legalidad tributaria que es extensivo a todos los conceptos que pretenden ser tasados en base al Petro, pueden perfectamente identificarse con el tipo penal del delito de exacción ilegal previsto en el artículo 71 de la Ley contra la corrupción, pudiendo ser perseguidos personalmente los responsables de la fijación y cobro de esos conceptos, especialmente la reclamación de carácter patrimonial, que pese a contarse con poco antecedentes, no puede obviarse que en materia de lucha contra la corrupción suelen ser más efectivas las

condenas y reparaciones de carácter pecuniario y cuyos efectos aleccionadores que le son propios suelen superar a aquellas de carácter penal con penas restrictivas de la libertad.

5.14. El Petro en materia de extinción de obligaciones

Elemento esencial de las criptomonedas, o por lo menos de aquellas inspiradas en el concepto finalista originario del Bitcoin es la idea de plena libertad de su uso y aceptación, ello además de que por esa misma esencia estaría reñida una con la idea de ser una moneda o divisa emanada y emitida por un Estado, ya que en todo caso estaríamos ante una moneda o divisa digital que perfectamente pudiera valerse de la tecnología de la cadena de bloques para su implementación, aspecto que sería de gran interés e importancia, pero en todo caso estaríamos ante lo que anteriormente referimos como un CBDC o “*Central Bank Digital Currency*”, que no muy distinto a lo que ya existe de una moneda como acto y expresión de soberanía de un Estado emanada conforme sus políticas monetarias pero sustentadas en las fortalezas de la tecnología propias de las criptomonedas, pero sin serlo.

Apartándonos ahora de los aspectos eminentemente tecnológicos, la consecuencia más importante de lo anterior es que las criptomonedas, esos criptoactivos, no son de curso legal ni de curso forzoso, siendo ello así tanto respecto del Bitcoin, del que ya hasta decisiones judiciales se han pronunciado negando que pueda entenderse legalmente como una moneda como el caso del Tribunal Supremo Español supra citado, como tampoco lo es el Petro, en este caso por disposición constitucional que únicamente reconoce al bolívar como signo monetario venezolano, además con la consecuencia esencial de que si una criptomoneda, cualquiera que sea, para que tenga efectos liberatorios de obligaciones, esto es, que sea utilizada como medio de extinción de obligaciones, deberán las partes de la relación jurídica de la que surge la obligación a extinguir hayan acordado el pago mediante la entrega de criptomonedas, ante lo cual estaríamos frente un pago en especie, o que si bien no lo acordasen previamente, las partes, especialmente el deudor libremente las acepta, encontrándonos aquí en ante un cumplimiento por equivalente.

Lo afirmado, sin adicionar otras variables no nos ha de generar mayores complicaciones para su comprensión; ahora bien, cuando tomamos en consideración que la utilización del Petro es impuesta de manera obligatoria, en especial cuando quien lo impone es el deudor, pretendiendo atribuirle atributos de curso legal y forzoso como si fuera una moneda y el Petro no lo es, toda vez que ningún acreedor está obligado a recibir una cosa distinta de la que se le debe, cabe preguntarse en estricto derecho si las obligaciones no pactadas en criptoactivos, y específicamente en Petros, quedarían extintas con la entrega por parte del deudor de esta criptomoneda, y de manera muy particular cuando el deudor es el mismo emisor del Petro y con su entrega pretende liberarse de las muchas obligaciones que tiene.

El artículo 1.290 del Código Civil venezolano, norma prácticamente universal porque consagra el elemento esencial de la institución del pago como medio de extinción de las obligaciones consagra que: *“No puede obligarse al acreedor a recibir una cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o aun superior al de aquella”*. Norma que es de destacarse, existe no porque aparece así en el cuerpo del Código Civil venezolano, sino porque resulta de la evolución de la cultura jurídica y de la propia institución del pago desde las obligaciones más básicas a las más complejas.

Es de destacar que de aceptar cualquier acreedor como medio de extinción de la obligación a su favor, ella resultaría no como efecto natural del pago, sino en virtud de lo que los romanos ya denominaban *“datio in solutum”* simplemente conocido como *“dación en pago”*, pero jamás el pago mismo con las consecuencias que ello acarrea, incluso, estudiar con la debida profundidad de si el acreedor aceptase tal dación, existiría un vicio del consentimiento ya que estaría siendo obligado a aceptar algo que por su naturaleza es libre y no impuesto, resultando en tal sentido la obligación todavía exigible pudiendo el acreedor exigir su pago como había sido exigida con los daños y perjuicios que se le sigan causando¹⁹.

¹⁹ Roberto Hung Cavalieri, Usa el petro y sigue debiendo: algunas precisiones sobre este medio de pago. Diario El Nacional. Disponible en: https://www.elnacional.com/opinion/columnista/usa-petro-sigue-debiendo-algunas-precisiones-sobre-este-medio-pago_259168/

Así las cosas, quien pretenda de alguna manera cumplir cualquier obligación y extinguirla mediante su pago, sea un ente público o privado, que haga entrega, deposite, transfiera, o remita por cualquier medio este llamado Petro, a la luz y en la aplicación del más puro derecho de obligaciones sigue estando obligado si su acreedor no acepta como válida esos bienes digitales, y que la voluntad y consentimiento de esa aceptación no se encuentre viciada por violencia, dolo o error.

6. ¿ENTONCES... QUÉ ES EL PETRO?

Como hemos analizado a lo largo del ensayo y resultó conформado con las múltiples ponencias presentadas en el foro “*El Petro: Aspectos jurídicos Económicos y Contables*” en las que los expositores hicieron ver las distintas aristas y efectos del Petro, el mismo, dada la complejidad del fenómeno global de las criptomonedas, la tecnología en la cual se sustentan y la transversalidad de las variadas dimensiones que lo abrazan, no podemos afirmar ciegamente que en efecto sea una criptomoneda pero tampoco que no lo es, ya que si bien la actual versión, luego de superar los ensayos en Ethereum y NEM, técnicamente puede ser considerada tal al ser prácticamente una copia al calco de la criptomoneda DASH ya que se hizo uso del código de ésta para su creación, observamos muy importantes detalles que nos obligan a pensar con mayor profundidad y ese Petro atiende en realidad al que hemos de entender como una criptomoneda, aspectos tales como que no es abierta a la participación del minado para la validación de las transferencias lo que la haría muy vulnerable al ataque del 51%, especialmente cuando se está al tanto de la vocación absolutista de sus promotores, que las llaves privadas que no están en posesión de los usuarios, pretendida indemnidad de la “*PetroApp*” según se extrae de los términos y condiciones leoninos, opacidad en el régimen de autorización de las casa de intercambio, fórmula de estimación de su valor absolutamente arbitrario, imposición forzosa de su uso, potencialidad de múltiples e ilimitadas emisiones, indebida, ilegítima e inconstitucional creación de reserva subyacente que lo garantiza y otros elementos más que lo divorció de la verdadera naturaleza teleológica de una genuina criptomoneda o cryptoactivo y que son razones suficientes para no tenerlo como tal.

Por otra parte, en atención al denominado Petro no bajo la óptica de la tecnología que gira en torno al fenómeno sino desde el prisma del derecho administrativo y constitucional, no queda duda alguna de lo que es el Petro, el mismo no es otra cosa que un simple Vía de Hecho, que como sucintamente el Diccionario de Español Jurídico de la Real Academia Española lo define no es más que una “Actuación de la Administración realizada sin competencia o prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido”²⁰.

Tomando la acepción anterior que obedece es a su dimensión jurídica y atendiendo a los aspectos técnicos básicos esbozados sobre el síndrome, bien podemos definirlo como: *“Vía de hecho, activo tóxico digital, cuya opacidad lo hace vulnerable a ataques del 51%, sin garantías mínimas de seguridad, de funcionamiento o de realización, susceptible de ser utilizado como instrumento para actividades democrática y constitucionalmente censurables”*.

En adición a las consideraciones anteriores que se formulan desde una perspectiva eminentemente jurídica y cuyo entendimiento como vía de hecho en el contexto del derecho público es más comprensible por profesionales del derecho, la población general no es ajena a la percepción que tiene del Petro en cuanto a su falta de transparencia y control por parte de agentes con abierta vocación despótica, no en vano se observa como en redes sociales puede referirse al mismo como una estafa, término utilizado más que en su acepción eminentemente técnica jurídica sino como expresión del lenguaje común para denotar una forma de engaño, no solo entendidos desde la realidad de Venezuela y sus habitantes sino también fácilmente perceptible desde el exterior, no en vano en reciente entrevista y conversación sostenida con el influyente autor en materia de criptomonedas Andreas M. Antonopoulos ante la pregunta sobre cuál era su opinión sobre el Petro asertiva y directamente afirmó *“el Petro es una estafa”*²¹.

²⁰ <https://dej.rae.es/lema/v%C3%ADa-de-hecho>

²¹ Conversación entre Roberto Hung Cavalieri y Andreas M. Antonopoulos en el episodio del programa “Estado del Derecho” Cultura Jurídica ORG denominado “Bitcoin, Blockchain y Estado de Derecho” (Minuto 12:50) Disponible en: https://youtu.be/XQWccmAjV_0

7. ¿TODO ESTÁ PERDIDO ENTONCES? A MODO DE CONCLUSIÓN

Arribando a las reflexiones finales de este trabajo sobre el Petro, su instrumentación como pretendido criptoactivo y la idea de derecho, no puede ser otra la conclusión personal de quien aquí diserta que el Petro constituye un síndrome más de lo que es el estado inconstitucional de cosas al que ha sido arrastrado Venezuela por la llamada revolución bolivariana y el socialismo del siglo XXI.

Un síndrome más como lo han sido en sus momentos los círculos bolivarianos, el plan bolívar 2000, la red ferroviaria, la ruta de las empanadas, los 5 motores, el satélite Simón Bolívar, las OLP, el territorio insular Francisco de Miranda, el estado la guaira, el referéndum revocatorio, misión barrio adentro, misión vivienda, y otras misiones, similares, las expropiaciones, la generación de oro, tves, la operación cielo soberano, cadivi, el carnet de la patria y tantos otros síndromes concomitantes.

¿Alguna diferencia entre el Petro y otros síndromes? Si, aquí sí veo una clara diferencia, y es que el Petro visibilizó un fenómeno mundial, nuevas tecnologías que están disposición de la sociedad civil, una sociedad civil hoy global y digital que cuenta con herramientas para hacerle frente a los agentes de poder tradicionales, principalmente a los estados.

El síndrome del Petro hizo voltear la mirada hacia un fenómeno mayor como lo es el Bitcoin y la cadena de bloques más allá de su apreciación como si se tratase de una expresión monetaria más, de una divida más, cuando la realidad no obliga a repensar un gran número de importantes instituciones sociales, económicas y claro está, jurídicas, que son en definitiva las que abordamos desde nuestra área de investigación.

Nuevas y mejores formas de participación ciudadana y de democracia, del control del poder público, de defensa de derechos fundamentales, de prestación de servicios públicos, de formas de contratar, de finanzas personales y públicas, de intercambio social, todas ellas son posibles gracias a las nuevas tecnologías que hoy existen que el Petro ha tratado de secuestrar su concepción de utilizar para velar sus

perversas intenciones al igual que los otros síndromes, pero si no fuera por el Petro no hubiese sido posible la realización de la actividad en el marco de la cual se presentaron las disertaciones y entre ellas a la que se refiere este ensayo, del cual espero que su contenido sirva de inquietud para ahondar más en el tema de la libertad post Petro para la cual debemos estar preparados y evaluar cuales instituciones debemos abandonar, cuales adecuar y aquellas a crear.

Por último, a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a su Junta Directiva y a todos sus miembros quiero dirigir mis palabras de respeto, agradecimiento y admiración ante la encomiable y ardua labor de enfrentar la tiranía con la sapiencia y temple propio de quienes hacen uso de la ciencia, en particular de la ciencia jurídica para el servicio de la libertad, esa libertad que más temprano que tarde ha de volver al sitio que merece y del que jamás debemos permitir sea secuestrada.

No todo está perdido...

BILIOGRAFÍA

- ANDREAS M. ANTONOPOULOS, “Bitcoin, Blockchain y Estado de Derecho”. Conversación con Roberto Hung Cavalieri en el episodio del programa “Estado del Derecho” Cultura Jurídica ORG (Minuto 12:50). Junio 2020. Disponible en: https://youtu.be/XQWccmAjV_0
- ANDREAS M. ANTONOPOULOS, The Internet of Money, Merkle Bloom LLC. Septiembre 2016.
- ANDREAS M. ANTONOPOULOS, The Internet of Money, Tomo II. Merkle Bloom LLC. Diciembre 2017.
- ANDREAS M. ANTONOPOULOS, The Internet of Money, Tomo III. Merkle Bloom LLC. Noviembre 2019.
- ANDRÉS BOTERO BERNAL, Normas Contemporáneas de Dominación Política: El Síndrome Normativo y la Eficacia Simbólica de la Ley. Disponible en: <http://derechonatural.tripod.com/ponencias/botero.htm>
- GIORGIO AGANBEM, Estado de Excepción. Homo sacer II, 1. Buenos Aires : Adriana Hidalgo editora, 2005. Pág. 30
- JUAN CRISTÓBAL CARMONA. Mundo Jurídico de las Criptomonedas. Academia de Ciencias Política y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Caracas 2019.

- MANUEL ATIENZA, Contribución a una teoría de la legislación. Civitas, Madrid. 1997.
- Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T-025 de 2004 de fecha 22 de enero de 2004. Disponible en : <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>
- NEW YORK TIMES. “THE CODER AND THE DICTATOR”. 20 de marzo de 2020. Nathaniel Popper, Ana Vanessa Herrero.
Disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/03/20/technology/venezuela-Petro-cryptocurrency.html>
- ROBERTO HUNG CAVALIERI, Usa el Petro y sigue debiendo: algunas precisiones sobre este medio de pago. Disponible en: https://www.el-nacional.com/opinion/columnista/usa-Petro-sigue-debiendo-algunas-precisiones-sobre-este-medio-pago_259168/
- SATOSHI NAKAMOTO, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. Bitcoin.org. Disponible en: https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es_latam.pdf
- Tribunal Supremo de España mediante sentencia 326/2019 del 20/06/2019. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-establece-que-el-bitcoin-no-se-puede-equiparar-al-dinero-a-efectos-de-responsabilidad-civil>

RESUMEN

Desde inicios del año 2018 la llamada revolución bolivariana daba a conocer y promovía con energía al “*Petro*”, su nuevo instrumento antiimperialista, una criptomoneda, un cryptoactivo soberano, con el que les haría frente a las sanciones económicas impuestas por los Estados Unidos y que además sería de gran utilidad para facilitar el pago de bienes y servicios en momentos donde la falta de efectivo limitaba toda clase de intercambio. Nacía así el Petro como una divisa que habría sido ideada por el propio Hugo Chávez quien manifestaba estaría respaldada por las reservas de petróleo del país, y así durante los primeros meses de ese año 2018, como ha sido usual con todas las creaciones revolucionarias, inició el catálogo de “*normas*” en que se sustentaba, la creación de autoridades, superintendencias e intendencias con la correspondiente

designación de los funcionarios a ocupar las recién creadas posiciones, y claro, con las respectivas publicaciones en la Gaceta Oficial, generándose así el marco jurídico que además de crear el “*órgano rector*” dan sustento a la creación de las normas siempre necesarias para la regularización y control de las criptomonedas, criptoactivos y todas las actividades conexas, todo ello en el contexto de un fenómeno que solo algunos tenían conocimiento como lo era el Bitcoin y la minería, algo que era absolutamente tabú en tiempos de “*ilícitos cambiarios*”.

¿Tenemos una idea clara de lo que es el “*Petro*” y su relación con el fenómeno del Bitcoin? ¿Nos hemos detenido a analizar su contexto, naturaleza jurídica y consecuencias más allá del contenido de los decretos, “*leyes*” y opiniones que manifiesta la “autoridad competente”? ¿Comprendemos el sustrato filosófico de libertad que subyace en las criptomonedas? ¿Podríamos afirmar que el “*Petro*” es verdaderamente una criptomoneda o criptoactivo? ¿No será más bien otro síndrome de la grave situación que aqueja al estado venezolano?

PALABRAS CLAVE

Petro,
criptomoneda,
criptoactivo,
Bitcoin,
Cadena de Bloque,
Derecho,
síndrome.

EL PETROENGAÑO CONTABLE (ANÁLISIS JURÍDICO DEL DECRETO N° 4025, DE LA PROVIDENCIA 097-2019 DE SUNACRIP Y DEL PROYECTO DE BA VEN NIF N° 12 DE LA FCCPV SOBRE TRATAMIENTO CONTABLE DE LA TENENCIA DE LOS CRIPTOACTIVOS EN LOS EEFF PREPARADOS DE ACUERDO CON VEN NIF Y LA PRESENTACIÓN DE LOS EEFF MEDIDOS EN CRIPTOACTIVOS)* HUMBERTO ROMERO-MUCI**

SUMARIO

Introducción. 1. El Decreto No 4025 y la Providencia 097-2019 de SUNACRIP. 2. Objeto y alcance de la Providencia 097-2019 de SUNACRIP. 3. Boletín de aplicación de la FCCPV sobre tratamiento contable de la tenencia de criptoactivos y la presentación de estados financieros medidos en criptoactivos. 4. Nulidad absoluta del Decreto No. 4025 y de la Resolución No. 097-2019 de SUNACRIP. Incompetencia manifiesta del presidente de la República y de la SUNACRIP para regular materia sobre la contabilidad e imponer obligaciones a los particulares sobre la llevanza de la contabilidad. 5. Abuso equivoco del término criptoactivo como pretendida unidad monetaria y unidad de cuenta. 6. Inconstitucionalidad e ilegalidad del uso de los criptoactivos (o del Petro) como unidad de medida contable. 7. El bolívar como moneda de presentación obligatoria en Venezuela. 8. Inidoneidad técnica de los criptoactivos y del Petro de servir como unidad de cuenta contable. 9. El borrador de boletín de aplicación de los VEN NIF No. 12, v. 0, sobre "tratamiento contable de la tenencia de los criptoactivos en los estados financieros preparados de acuerdo con VEN NIF y la presentación de estados financieros medidos en criptoactivos". a. Tratamiento genérico para todos los criptoactivos impide la comparabilidad. b. El criterio de valoración de los criptoactivos. c. Tratamiento ambigüo sobre la medición de EEFF en criptoactivos. d. Reflexión final. Conclusiones. • Bibliografía.

* Trabajo monográfico colaboración al libro homenaje al académico profesor Allan Brewer Carías, en sus 80 años, en celebración de su valiosa trayectoria, su talento, laboriosidad y humanismo.

** Abogado *summa cum laude* de la **Universidad Católica Andrés Bello**, Magister en Leyes de **Harvard Law School**, Doctor en Derecho de la **Universidad Central de Venezuela**, 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 de Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Individuo de Número y presidente de la **Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela** (Sillón No. 14). Socio en el escritorio jurídico **D'Empaire**.

INTRODUCCIÓN

La irrupción de la tecnología del *block-chain* y sus usos como medio de intercambio e inversión a través de los denominados criptoactivos constituye un fenómeno económico de innegable transcendencia jurídica y contable. Ello ha dado pie a iniciativas de regulación y también de reconocimiento adecuado de los criptoactivos en los estados financieros de las entidades económicas (EEFF) tanto en el derecho como en la técnica contable comparada.

Pero una cosa es la iniciativa plausible de reconocer, registrar, valorar y revelar la tenencia de criptoactivos en los EEFF de una entidad y otra es pretender el uso de criptoactivos como unidad de medida monetaria y más perturbador el uso de criptoactivos (veladamente el Petro) como unidad de medida contable con la intención de una “doble contabilidad” con el bolívar. Así aparece ordenado en el Decreto No. 4025 del 19 de noviembre de 2019¹ (el Decreto No. 4025) y en la Providencia No. 098-2019 de fecha 26 de diciembre de 2019, emanada de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos (SUNACRIP) sobre **“el registro contable de operaciones y hechos económicos expresados con criptoactivos”**² (La Providencia).

Tanto el Decreto No 4025 como la Providencia emplean un sofisma de tránsito para atribuir facultades monetarias a los llamados “criptoactivos”, como si se tratara de unidades monetarias. Incurren en un abuso semántico a partir de la homonimia entre los términos, criptoactivos, criptomoneda y moneda.

No solo es un despropósito técnico exigir el uso de criptoactivos como unidad de medida contable, sino que, es más absurdo pretender un “reporte contable dual” con el bolívar como moneda de curso legal.

¹ *Gaceta Oficial* No. 41763 de fecha 19 de noviembre de 2019.

² *Gaceta Oficial* No. 41.788 de fecha 26 de diciembre de 2019, modifica la Providencia 097-2019 de fecha 23 de diciembre de 2019, *Gaceta Oficial* No. 41.787.

Las razones son obvias y contundentes: (i) Los criptoactivos no cumplen función de unidad de medida porque no tiene la condición económica ni jurídica de moneda. Que los criptoactivos cumplan funciones de medio de cambio y puedan ser valorados económicamente (siempre en términos de alguna moneda), no los convierte, *per se*, en unidad monetaria, ni en unidad de cuenta y mucho menos en moneda. (ii) La pretensión de una “contabilidad dual” es irrazonable, pues solo hay una contabilidad. Ese desdoblamiento informativo no cumple un fin legítimo, es contrario al interés público asociado a la confianza y utilidad de la información financiera.

La pretensión de crear la obligación de reportar y presentar una doble contabilidad en criptoactivos (y veladamente el Petros) y bolívares, constituye una restricción al derecho constitucional a la corrección de la información financiera como expresión los derechos constitucionales a la información veraz, a la libertad económica y la seguridad jurídica. Como toda restricción a un derecho constitucional, solo puede legítimamente operar por vía legal, ser razonable, promover un fin legítimo y no contrariar el interés general.

Pero hay más: jurídicamente ni los “criptoactivos” ni el Petro tienen condición de “moneda” porque no están designados, ni se le atribuye función monetaria de curso legal como tal por el ordenamiento jurídico venezolano. Solo el bolívar tiene la condición de moneda de curso legal y las funciones de reporte para fines contables. Así lo confirman los artículos 318 Constitucional y 106, 107 y 129 de la Ley del Banco Central de Venezuela (LBCV).

Porque los criptoactivos o el Petro no pueden utilizarse contablemente como unidad de medida contable, su pretendido uso como unidad de cuenta constituye jurídicamente un objeto ilícito y de imposible ejecución técnica, lo que hace inválido y nulo cualquier acto de aplicación que implique su uso obligatorio.

La pretensión de una “contabilidad dual” constituye una yuxtaposición de conceptos intrínsecamente contrarios, es irrazonable, pues técnicamente solo puede y debe haber una contabilidad, independientemente de que esa misma información pueda reportarse o traducirse en otra moneda o ser objeto de informaciones complementarias.

Lo cierto es que, el uso del Petro o de cualquier criptoactivo como medios de cuantificación contable no promueven un fin legítimo, no

contribuyen al interés general ni al orden público. Es fundamentalmente ineficiente. No ayudará ni incrementará la utilidad de la información financiera, pues no implica información contable más comprensible, comparable o relevante. Por el contrario, la posibilidad del uso de distintos criptoactivos confundirá a los usuarios de la información con información incomparable y gravará a los preparadores de los EEEF con un costo de reporte contable adicional técnicamente innecesario y económicamente injustificable. Ya el bolívar es lo suficientemente disfuncional como moneda, para cumplir fines de reporte pues, aunque sea de curso legal, ni se usa, ni circula. Peor que eso es utilizar criptoactivos o el Petro que no significan ni designan económicamente.

Mas aun la idea de una “doble contabilidad” es posiblemente consecuencia de la ignorancia y del sesgo ideológico del régimen de imponer un nuevo nombre para la dominación y el control de la información económica y contable. Sin saberlo el régimen trasluce su intención de engaño. Proyecta su propia falta, al hacer suyo el intento de la “doble contabilidad”, artificio considerado como paradigma del fraude contable, esto es, una forma de engaño o encubrimiento de la realidad patrimonial con lesión a la seguridad jurídica y al interés público asociado a la confiabilidad de la información financiera correctamente elaborada.

Esta trama de la “doble contabilidad” para el uso del Petro como unidad de reporte constituye una treta ideológica, para, mediante un desdoblamiento semántico, esconder el propósito último de sustituir o descontinuar el uso del bolívar como unidad de cuenta e imponer con otro nombre encubierto alguna referencia monetaria efectiva (tipo dólar, euro, etc.) a la que el Petro estará forzosamente atado. Otra expresión de la *neolengua del poder* para manipular, esta vez, la técnica y la información contable y pretender ocultar la ruina económica del país.

La contabilidad es el lenguaje técnico universal con el que se informa de los derechos de los individuos a los recursos económicos en condiciones de transparencia y utilidad informativa para la toma de decisiones racionales sobre la asignación de recursos en la economía. El Petro y la contabilidad dual solo son medios deliberados para deformar el lenguaje contable, idiotizándolo, con el objeto de ocultar la verdad patrimonial, instaurar unas mentiras valorativas y cimentar el control político de la información económica. En definitiva, incomunicar y confundir a los usuarios de la información contable.

Lo cierto es que, la contabilidad sirve a la verdad, a la libertad y a la seguridad del tráfico económico y con ello a la institucionalidad democrática. No al autoritarismo y menos al totalitarismo.

Al final del día, el uso de criptoactivos (veladamente el Petro) como unidad de medida contable, su reconocimiento contable o la pretendida “doble contabilidad”, nada añadirán a la estabilidad monetaria mientras siga financiándose el déficit público con dinero inorgánico. Por lo pronto solo será un *petroengaño contable*.

La Providencia nos recuerda la disociación semántica que existe en Cuba entre el peso y el peso convertible. El primero, es el curso legal que no se usa ni circula y el segundo, convertible solo para turistas con valor equivalente a 1 US dólar, pero el dólar no puede mencionarse. Solo se usa con ese otro nombre. Un bimonetarismo que solo sirve a la discriminación³ entre los que tienen moneda convertible y los que no la tienen.

Como señalamos en otra oportunidad, el Petro es el último eufemismo mendaz para esconder y evadir la ruina económica del país⁴.

³ Ver Declaración de las Academias Nacionales a la opinión pública ante los anuncios en materia monetaria del gobierno nacional (sobre reconversión del bolívar y uso de criptoactivos) del 10 de abril de 2018, en [http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Comunicado%20conjunto%20corto%20%20Nuevo%20-cono%20monetario%20%20y%20Petro%20\(I\).pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Comunicado%20conjunto%20corto%20%20Nuevo%20-cono%20monetario%20%20y%20Petro%20(I).pdf)

⁴ Ver nuestro trabajo “**La mentira contable: Crónica de incomunicación y engaño** <Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC2 No. 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre 2019>”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No. 13 (en homenaje al académico profesor James-Otis Rodner), Caracas 2019.

El Petro es nuevo artificio del régimen y partido de gobierno para continuar desarticulando el sistema monetario nacional. Un criptoactivo que encubre el propósito de ser un salvavidas financiero para el proyecto político fracasado y destructivo denominado *socialismo del siglo XXI*. Esta vez, amparado por el halo de impunidad que ofrecen la complejidad de la tecnología *blockchain*, la novedad del llamado dinero digital y la ambigüedad regulativa del tema, tanto de las criptomonedas como del propio “criptoactivo venezolano”.

El llamado Petro no tiene futuro. Así lo confirman su falta de respaldo, o peor, su mal respaldo, su ilegitimidad jurídica y su falta de reconocimiento efectivo como medio de intercambio. Servirá para generar más inflación y pasar a la historia como el nombre infame de otro vehículo faccioso para ejercer el poder ideológico y la dominación en una economía arruinada. O simplemente para recordar que ese nombre es un mal nombre o el mismo nombre de un fetiche usado por los espiritistas (loas) del Vudú como representación de la violencia, la muerte, la venganza y como herramienta para afianzar la ambición de poder o de riqueza de aquellos que lo invocan. Ver nuestro discurso de contestación al discurso de incorporación del profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/IndividuosDocs//246/Discurso2.pdf>

Como toda impostura ideológica, su equilibrio inestable terminará por no ocultar la realidad. La intención nefaria detrás del Petro trascenderá pronto.

1. EL DECRETO N° 4025 Y LA PROVIDENCIA 097-2019 DE SUNACRIP

La Providencia se fundamenta en El Decreto No. 4025, “... **mediante el cual se instruye a las personas naturales y jurídicas públicas y privadas en cuanto a la obligatoriedad del registro de información y hechos económicos expresado contablemente criptoactivos soberanos, sin su perjuicio de registro en bolívares según corresponda**”.

El Decreto No. 4025 justifica su base normativa en el artículo 236 numerales 10, 11, 20 de la Constitución, que atribuyen al presidente de la República (i) la administración de la Hacienda Pública Nacional, (ii) que lo facultan para fijar las competencias de los distintos entes de la administración pública nacional, según la ley especial y en el artículo 46 de la Ley Orgánica de la administración pública, (iii) que le atribuye la acción de gobierno como jefe de estado.

El Decreto está motivado en los considerandos según los cuales (i) “...**el uso de criptoactivo soberano PETRO, supone hechos económicos que deben ser adecuadamente registrados, como garantía de transparencia ante la colectividad**” y que (ii) “...**es necesario adecuar los sistemas de registro de la información de los hechos económicos realizados, que involucren el uso de criptoactivo soberano PETRO y de cualquier otro criptoactivo que se creare...**”.

Se ordena que los sujetos a que se refiere el decreto “... **adicionalmente al asiento ordinario de las operaciones en bolívares registrarán contablemente sus operaciones y hechos económicos expresados en cripto activos soberanos cuando corresponda atendiendo a la normativa que el efecto dicte la SUNACRIP**”⁵.

⁵ Artículo 2. “Los sujetos a que se refiere el artículo anterior, deberán cumplir con la presentación dual de su contabilidad, expresándose tanto en Criptoactivos soberanos como en la moneda de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela.

Los entes reguladores a quienes corresponde el establecimiento de los parámetros contables aplicables a los respectivos sujetos obligados, dictarán las normas que correspondan

2. OBJETO Y ALCANCE DE LA PROVIDENCIA

La Providencia se fundamenta en las atribuciones de la SUNACRIP para (i) dictar actos administrativos a los sujetos de actividades reguladas por el llamado Decreto Constituyente sobre el sistema integral de criptoactivos⁶ (Decreto Constituyente sobre criptoactivos) y (ii) dictar providencias necesarias para el cumplimiento de sus fines⁷.

La Providencia se limita a regular las bases de presentación de la información financiera, reexpresión de los registros contables de operaciones y hechos económicos con “criptoactivos”⁸.

Para ese fin se impone un “deber de presentación dual”⁹ (i) en moneda de curso legal (aunque no menciona el bolívar) y (ii) en criptoactivos soberanos (pero tampoco menciona el Petro).

tomando en consideración lo establecido en esta providencia y previa coordinación con la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas.

El órgano a quien corresponde ejercer la rectoría técnica en materia de contabilidad del sector público atenderá a lo establecido en esta Providencia en cuanto al registro de los hechos económicos con criptoactivos y coordinará con la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas, cualquier regulación a dictarse en esta materia”.

⁶ *Gaceta Oficial* No. 41.575 de fecha 30 de enero de 2019.

⁷ Artículo 20 “El Superintendente Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas, tendrá las siguientes atribuciones:

10. Dictar los actos administrativos aplicables a los sujetos que ejerzan actividades reguladas por este Decreto Constituyente y establecer las garantías que deban otorgar cuando corresponda.

12. Dictar las providencias necesarias para el cumplimiento de los fines atribuidos a la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP), de conformidad con este Decreto Constituyente.”

⁸ Artículo 1 “Esta providencia tiene por objeto establecer los parámetros para la presentación de la información Financiera, reexpresión de los registros contables de operaciones y hechos económicos con Criptoactivos, realizadas por las personas naturales que se encuentren obligadas a llevar registros contables, así como las personas jurídicas, públicas y privadas, en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela”.

⁹ Artículo 2 “Los sujetos a que se refiere el artículo anterior, deberán cumplir con la presentación dual de su contabilidad, expresándose tanto en Criptoactivos soberanos como en la moneda de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela.

Los entes reguladores a quienes corresponde el establecimiento de los parámetros contables aplicables a los respectivos sujetos obligados dictarán las normas que correspondan tomando en consideración lo establecido en esta providencia y previa coordinación con la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas.

El órgano a quien corresponde ejercer la rectoría técnica en materia de contabilidad del sector público atenderá a lo establecido en esta Providencia en cuanto al registro de los hechos

Se delegó en la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela (FCCPV) el diseño técnico de esa regulación sobre reconocimiento, medición, presentación y revelación de operaciones con criptoactivos. Se condiciona la eficacia a la regulación a la aprobación de la SUNACRIP (incorrectamente denominada como “autorización”)¹⁰.

La Providencia dispone que los lineamientos técnicos (obligatorios) entrarán en vigor para los ejercicios económicos que se inicien a partir del 2010¹¹.

3. PROYECTO DE BOLETÍN DE APLICACIÓN DE LA FCCPV SOBRE TRATAMIENTO CONTABLE DE LA TENENCIA DE CRIPTOACTIVOS Y LA PRESENTACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS MEDIDOS EN CRIPTOACTIVOS

En diciembre de 2019 la FCCPV elaboró un borrador de un boletín de aplicación de los VEN NIF No. 12, v. 0, sobre “tratamiento contable de la tenencia de los criptoactivos en los estados financieros preparados de acuerdo con VEN NIF y la presentación de estados financieros medidos en criptoactivos”.

El proyecto divide su ámbito de regulación en dos áreas temáticas de atención: (i) el tratamiento contable de la tenencia de criptoactivos propios, el principio para su reconocimiento, las bases de medición, presentación y la información a revelar y la (ii) presentación “**complementaria**” de “estados financieros medidos en criptoactivos”.

En este último aspecto, el proyecto establece los procedimientos de presentación de estados financieros con carácter complementarios de los estados financieros de propósitos generales preparados, cuando sea

económicos con criptoactivos y coordinará con la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas, cualquier regulación a dictarse en esta materia”.

¹⁰ Artículo 3: “Los registros contables de las operaciones con criptoactivos, se someterán a las normas técnicas que en materia de reconocimiento, medición, presentación y revelación emanen de la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela de la República Bolivariana de Venezuela, previa autorización de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas”.

¹¹ Artículo 4 “Los lineamientos técnicos en materia de registro contable contenidos en esta providencia, se aplicarán al ejercicio económico que inicien a partir del 1ero de enero de 2020”.

requerida su medición en criptoactivos y “...estos no sean la moneda funcional de la entidad”.

Distingue dos procedimientos.

- a. Si la moneda funcional de la entidad no es la de una economía hiperinflacionaria (el dólar), los activos y pasivos deben ser convertidos al valor de mercado del criptoactivo a la fecha del estado de situación financiera y deben ser convertidos los ingresos y gastos al valor de mercado del criptoactivo vigente a la fecha de la transacción, pudiendo utilizarse valores promedios de mercado¹².
- b. Si la moneda funcional de la entidad es la de una economía hiperinflacionaria (el bolívar), deberá ajustarse por inflación con fundamento en la NIC 29 sobre presentación de estados financieros en una economía hiperinflacionaria y después convertir los EEEF al valor del criptoactivo en la fecha del estado de situación financiera¹³.

4. NULIDAD ABSOLUTA DEL DECRETO NO. 4025 Y DE LA RESOLUCIÓN NO. 097-2019 DE SUNACRIP. INCOMPETENCIA MANIFIESTA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y DE LA SUNACRIP PARA REGULAR MATERIA SOBRE LA CONTABILIDAD E IMPONER OBLIGACIONES A LOS PARTICULARES SOBRE LA LLEVANZA DE LA CONTABILIDAD

La imposición de obligaciones específicas sobre la llevanza de una pretendida doble contabilidad en criptoactivos y en moneda de curso legal, constituye una restricción ilegítima e irracional al derecho a la información veraz, a la libertad económica y la seguridad jurídica de los particulares en materia reservada a la ley formal y competencia de la Asamblea Nacional como poder legislativo Nacional. Sin habilitación legal ni el presidente de la Republica ni la SUNACRIP tienen facultades normativas para restringir los derechos y garantías de los particulares, máxime cuando dichos actos normativos son y se fundamentan en actos

¹² Párrafo 18 encabezado.

¹³ Párrafo 18, parte final.

subalternos al rango legal como el Decreto No 4025, en base a limitadas facultades de organización interna de la administración pública y de la hacienda pública nacional, que no se extienden a los particulares, pues el Decreto No. 4025 no tiene rango de Ley (no es dictado en ejecución de una Ley habilitante, ni como consecuencia de una emergencia económica). Más precaria es la base legal de la Providencia, que se fundamenta en aquel, y en abstractas facultades normativas en las materias de su competencia, pero que en ningún caso tienen virtualidad para restringir ni para modificar el derecho de los particulares de llevar contabilidad según las reglas previstas en el Código de Comercio y otras leyes nacionales que regulan la cuantificación y presentación de la información financiera.

La materia sobre legislación contable es competencia del Poder Legislativo Nacional¹⁴. Lo propio hay que añadir del ejercicio de la profesión contable¹⁵, a quienes se le encarga la función de dar fe¹⁶ de la corrección de la información financiera de uso general, como garantía

¹⁴ Artículo 156, ord. 11 y 32 de la Constitución Nacional, “**Es de la competencia del Poder Público Nacional: ...ord. 11. La regulación de la banca central, del sistema monetario, del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda**”, y “**ord. 32 La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarias y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional**”.

¹⁵ Artículo 105 de la Constitución Nacional. “**La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, incluyendo la colegiación**”.

¹⁶ Artículo 8 de la Ley de ejercicio de contaduría pública: “**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**”.

de certeza y seguridad de la situación patrimonial de los entes económicos en el país. De modo que la normación material de las reglas y los principios generales de los estatutos respectivos debe ser consagrados en normas de rango legal y no pueden ser vulnerado, ni invadido, modificado o derogado por determinaciones jerárquicamente inferiores como las normas sublegales contenidas en el Decreto No 4025 o en la Providencia.

La legislación contable es competencia del Poder Legislativo Nacional en la medida que el desarrollo legislativo puede afectar **derechos, deberes y garantías constitucionales**¹⁷ y para evitar restricciones arbitrarias o injustificadas se somete a la reserva de ley, justamente porque puede, como en efecto ocurre, constituir limitaciones, cargas o gravámenes que afectan tanto el derecho a la información veraz, la libertad de empresa, industria o comercio¹⁸, así como la libertad de iniciativa privada¹⁹, sólo limitable por el derecho de las demás personas, la seguridad jurídica el orden público y social.

¹⁷ Artículo 156, ord. 11 y 32 de la Constitución Nacional: “Es de la competencia del Poder Público Nacional: ...ord. 11. La regulación de la banca central, del sistema monetario, del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda”, y “ord. 32 La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional”.

¹⁸ Artículo 112 de la Constitución Nacional. “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, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.

¹⁹ Artículo 20 de la Constitución Nacional. “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”.

La contabilidad es un sistema de información cuantitativo especializado que tiene por objeto la representación de la imagen fiel de los patrimonios de los entes económicos para que sea útil a los usuarios de esa información y puedan tomar decisiones racionales sobre el suministro de recursos a la entidad. Esa información para ser útil debe ofrecerse de una manera ordenada, inteligible, sistemática y bajo estándares técnicos que garantizan su comparabilidad, comprensión, relevancia y fiabilidad, puesto que va destinada a personas e intereses vinculados a la seguridad del tráfico jurídico y económico merecedores de protección jurídica.

La razonabilidad de la información financiera viene garantizada por la aplicación de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF)²⁰.

Cualquier regulación jurídica que entorpezca, degrade o comprometa la razonabilidad de la información financiera, la priva de utilidad en perjuicio de la veracidad informativa que interesa al orden público económico.

Así las cosas, toda restricción de los derechos constitucionales a la veracidad y acceso a la información contable, inherente a la imperiosa necesidad de los contadores públicos de dar fe de la corrección de los hechos con relevancia contable, debe ser la mínima necesaria, mientras que su goce y ejercicio el máximo posible, pero siempre debe emanar del legislador, de modo que toda restricción sólo será legítima si se hace mediante Ley y no en un simple mandato de autoridad, en la medida que toda restricción de derechos debe implicar un contenido material plausible (justificable) y estar dirigida a una finalidad legítima.

La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos del poder público, a las cuales debe sujetarse las actividades que realicen (artículo 137 constitucional). Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos nulos (artículo 138 Constitucional).

²⁰ Norma Internacional de Contabilidad No. 1 (NIC 1), sobre presentación de estados financieros (párrafo 13). Las Normas Internacionales de Información Financiera son las normas e interpretaciones adoptadas por el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (CNIC). Esas normas comprenden las Normas Internacionales de Información Financiera, las Normas Internacionales de Contabilidad y las interpretaciones originadas por el Comité de Interpretaciones Internacionales de Información Financiera (IFRIC) o las antiguas interpretaciones (SIC).

Por lo tanto, al imponer reglas sobre presentación de la información financiera mediante una pretendida contabilidad dual en criptoactivos (veladamente el Petro) y el bolívar, mediante actos normativos sublegales, tanto el presidente de la República como la SUNACRIP a través del Decreto No. 4025 y la Providencia, usurparon funciones del poder legislativo nacional, incurriendo en incompetencia manifiesta de sus facultades, lo que vicia de nulidad absolutos dichos actos, haciéndolos inválidos e ineficaces.

5. ABUSO EQUÍVOCO DEL TÉRMINO CRIPTOACTIVO COMO PRETENDIDA UNIDAD MONETARIA Y UNIDAD DE CUENTA

Pero no solo el Decreto No. 4025 y la Providencia son nulos, inválidos e ineficaces, por incompetencia manifiesta, al usurpar la competencia normativa de la Asamblea Nacional, para pretender legislar en materia contable reservada al Poder legislativo, sino que además son nulos por incurrir en usurpación de la competencia constitucional al atribuir funciones monetarias a los criptoactivos y veladamente al Petro y con ello contrariar el carácter exclusivo y excluyente del bolívar como unidad monetaria de la Republica, por mandato del artículo 318 Constitucional y los artículos 106 y 107 de Ley del Banco Central de Venezuela (LBCV), todo ello con la finalidad de aplicar los llamados “criptoactivos” y veladamente del Petro, como unidades monetarias y de cuenta para un reporte financiero dual con la moneda de curso legal (el bolívar).

En efecto, mediante el abuso del léxico técnico sobre tecnología de *block-chain*, la novedad de la materia, la homonimia de los términos criptoactivo, criptomonedas y monedas y con el manejo de una sintaxis enrevesada, la SUNACRIP emplea un sofisma de tránsito para atribuir facultades monetarias a los llamados “criptoactivos”, como si se tratara de unidades monetarias.

Con ese abuso equivoco del término “criptoactivo” la SUNACRIP contrarió la designación monetaria constitucional y legal modificándola, usurpó el rango constitucional y la función constituyente, al imponer pretendidas funciones monetarias a los llamados “criptoactivos” que

son objeto de imposible uso técnico y práctico como unidad de medida contable, exclusivas de las monedas.

Asimismo, la pretensión de una “contabilidad dual” constituye una yuxtaposición de conceptos intrínsecamente contrarios, pues técnicamente solo puede y debe haber una contabilidad, independientemente de que esa misma información pueda reportarse o traducirse en otra moneda o ser objeto de informaciones complementarias.

A este fin conviene enfatizar que, según pacífica línea de jurisprudencia del Tribunal Supremo, **“... la contabilidad mercantil de una empresa se lleva en los libros Diario, Mayor e Inventarios y no en cualquier clase de libros o papeles, por lo que no podrá en estos casos ordenarse experticias complementarias del fallo sobre papeles, documentos o correspondencia distinta de la contabilidad mercantil...”**²¹. En palabras resumidas: la contabilidad de una empresa mercantil es una sola y es la que se registra en los libros de contabilidad exigidos por el ordenamiento jurídico y son los habilitados por el Registro Mercantil, *ex* artículos 32, 33, 34, 36 y 37 del Código de Comercio (C.Com)²². Los EEFF con propósitos generales son los documentos contables que exteriorizan la información registrada en los libros de contabilidad obligatorios²³. Cualquier otro documento sobre la contabilidad es complementario y simplemente informativo, con la advertencia de que llevar más de una contabilidad constituye un fraude²⁴.

²¹ Sentencia de la extinguida Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de fecha 10 de noviembre de 1989, citado en la obra de Miguel Arrieta Zinguer, **“La contabilidad mercantil de los empresarios”**, en *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904*; Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2004, p. 49.

²² *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 475, de fecha 21 de diciembre de 1955.

²³ Los estados financieros contienen y sintetizan la información que es representación de la situación financiera, la actividad o rendimiento financiero y los flujos de fondos financieros de una entidad económica, que no debe ser confundido con un juicio de certeza sobre la misma, pues como se ha dicho, la información contable no es exclusivamente descriptiva, sino también valorativa de los hechos contables relevantes que allí se sintetizan. ***Se trata, entonces, de un juicio de razonabilidad respecto de los hechos contables, no de un juicio de certeza.***

²⁴ En materia tributaria considerado **“indicio”** de defraudación tributaria (**“...llevar dos o más juegos de libros para una misma contabilidad, con distintos asientos”**), *ex* artículos 116 y 117, ord. 6 del Código Orgánico Tributario. Del mismo modo constituye un ilícito tributario formal relacionado con el deber formal de llevar libros y registros contables y todos demás libros y registros especiales (artículo 102 (8)): **“No llevar en castellano o en**

La unicidad informativa es la garantía de confiabilidad y de integridad de la información patrimonial que representan los EEFF, de la “realidad” o “verdad contable”, que es una sola. Cualquier disociación informativa degrada las condiciones de comprensión a los usuarios de dicha información, así como los otros muchos usos institucionales de dicha información (i.e. medio de prueba documental de la situación patrimonial de un ente).

La Providencia silencia la referencia al Petro, aunque su uso esta implícitamente incluido en el campo semántico del término genérico “criptoactivos” y su condicionamiento desde el Decreto No. 4025, para imponerlo como pretendida unidad monetaria en el reporte financiero “dual”.

Ni el uso del Petro o de algún criptoactivo ayuda ni incrementa la utilidad de la información financiera, pues no implica información contable más comprensible, comparable o relevante.

Una pretendida contabilidad medida en criptoactivos desquicia frontalmente las bases de comparabilidad de la información financiera de propósito general, pues la variedad de los tipos que puedan ser hipotéticamente utilizados, impide la comparación de la información, tanto con los EEFF de la entidad, como con los de cualquier otra entidad²⁵.

Por el contrario, el uso de criptoactivos o veladamente el Petro grava a los preparadores de los EEFF con un costo de reporte contable adicional económicamente injustificable, así como sus corolarios adicionales, que pueden extenderse mecánica e inconvenientemente a contextos de cumplimiento fiscal como los del IVA en libros de compra, venta y facturas de uso masivo. Esa pretendida doble contabilidad –si llegare a establecerse– generará una complicación práctica innecesaria que hará más irrelevante a la información contable en hiperinflación y en una economía dolarizada de facto.

moneda nacional los libros de contabilidad y otros registros contables, excepto para los contribuyentes autorizados por la Administración tributaria a llevar contabilidad en moneda extranjera”.

²⁵ Así lo establece el objetivo de la NIC 1 sobre presentación de EEFF: “El objetivo de esta norma consiste en establecer las bases para la presentación de los estados financieros con propósitos general, a fin de asegurar que los mismos sean comparables, tanto con los estados financieros de la misma entidad como los de otras entidades diferentes” (párrafo 1).

6. INCONSTITUCIONALIDAD E ILEGALIDAD DE LOS CRIPTOACTIVOS (O DEL PETRO) COMO UNIDAD DE MEDIDA CONTABLE

Jurídicamente los “criptoactivos” ni el Petro tienen condición de moneda porque no están designados, ni se le atribuye función monetaria de curso legal como tal por el ordenamiento jurídico venezolano.

- (i) La cualidad legal de moneda esta institucionalizada a través de la designación normativa del medio de pago y la atribución a dicho medio del poder liberatorio ilimitado de obligaciones pecuniarias en una jurisdicción política. En Venezuela solo el bolívar tiene reconocimiento como tal moneda de curso legal. Así lo confirman el artículo 318²⁶ de la Constitución y los artículos 106²⁷ y 107²⁸ de LBCV. La Constitución solo faculta alternativamente la posibilidad jurídica de una moneda en el contexto de la integración latinoamericana y caribeña. No prevé otras formas monetarias legales.

²⁶ **Artículo 318.** Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela. El objeto fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el Bolívar. En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.

El Banco Central de Venezuela es persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia. El Banco Central de Venezuela ejercerá sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación.

Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá entre sus funciones las de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley.

²⁷ **Artículo 106:** La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común, en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.

²⁸ **Artículo 107:** Corresponde al Banco Central de Venezuela el derecho exclusivo de emitir billetes y de acuñar monedas de curso legal en todo el territorio de la República. Ninguna institución, pública o privada, cualquiera que sea su naturaleza, podrá emitir especies monetarias.

Queda a salvo la regulación relacionada con la emisión de especies para el intercambio de bienes y servicios entre prosumidores, en el ámbito comunal.

- (ii) La legalidad administrativa implica y exige que, lo no previsto expresamente, está implícitamente prohibido jurídicamente, es nulo e inválido (artículo 137 constitucional). Adicionalmente, contrariar la designación monetaria constitucional, implica una usurpación del rango constitucional y de la función constituyente, para modificarlo, imponiendo una pretendida nueva moneda de curso legal o funciones de curso legal de imposible cumplimiento práctico.
- (iii) Ni siquiera bajo el pretexto de una superior jerarquía normativa del llamado Decreto constituyente sobre “el sistema integral de criptoactivos”²⁹ pudiera justificarse la modificación exclusiva del bolívar como moneda de curso legal o imponer funciones monetarias a otros medios, pues ese Decreto solo limita su superioridad a los actos de rango legal y no a la Constitución, norma intangible como acto supremo y vértice del orden jurídico en Venezuela³⁰.
- (iv) Demás está decir que el denominado Decreto constituyente sobre criptoactivos ni es decreto ni es constitucional, por ser una vía de hecho normativa producto de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente³¹.
- (v) Toda autoridad usurpada es inválida y sus actos nulos (artículo 138 constitucional). Por lo tanto, cualquier pretensión normativa subalterna de instituir especies monetarias o pretendidamente monetarias al margen de las posibilidades definidas constitucionalmente, constituye una usurpación de funciones y una extralimitación de atribuciones tanto del presidente de la República, como por la SUNACRIP que vician tanto el Decreto No. 4025, como la Providencia, de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad y determinan la nulidad e invalidez de todos sus actos de aplicación.

²⁹ *Gaceta Oficial* No. 41.575 de fecha 30 de enero de 2019.

³⁰ Artículo 2.

³¹ Ver pronunciamiento de las academias nacionales de fecha 6 de mayo de 2017 por el cual denunciaron la ilegitimidad de la actual Asamblea Nacional Constituyente, porque su elección se llevó a cabo en fraude a nuestra constitución (<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronuncia-mientos/2017-05-05%20Pronunciamiento%20conjunto%20sobre%-20ANC%20%20final.pdf>).

7. EL BOLÍVAR COMO MONEDA DE PRESENTACIÓN OBLIGATORIA EN VENEZUELA

Precisamente porque el bolívar es la moneda de curso legal, es la unidad monetaria de reporte obligatorio para fines contables. Así lo confirma el artículo 129 de la LBCV³².

Que el bolívar sea moneda legal de reporte no implica que sea contablemente la moneda exclusiva para la cuantificación de la situación financiera de los entes económicos en Venezuela. La cuantificación de las transacciones y la valoración de los elementos de los estados financieros corresponde a la moneda funcional³³, esto es, aquella que represente sustancialmente la denominación de las transacciones, activos, pasivos, patrimonios, ingresos y gastos, en el entorno económico del ente de cuyo reporte financiero se trate. Así lo prescribe la Norma Internacional de Contabilidad No. 21 (NIC No. 21) sobre “efectos de las variaciones en los tipos de cambio de la moneda extranjera”, vinculante legalmente por devenir del reenvío normativo a la técnica contable fundada en la cláusula general prevista en los artículos 35, 304 y 307³⁴ del CCom, en su referencia al deber de descripción estimatoria del patrimonio del comerciante, así como la determinación del valor real o el que se presume del acervo social (activos y pasivos) y a la determinación de la utilidad líquida y recaudada como presupuesto de distribución del beneficio como dividendo en el derecho de sociedades. Estas son las únicas proposiciones normativas que hacen referencia a la valoración de elementos de los EEFF en el Código de Comercio³⁵.

³² Artículo 129: “En la contabilidad de las oficinas, públicas o privadas y en los libros cuyo empleo es obligatorio, de acuerdo con el Código de Comercio, los valores se expresarán en bolívars. No obstante, pueden asentarse operaciones de intercambio internacional contratadas en monedas extranjeras, cuya mención puede hacerse, aunque llevando a la contabilidad el respectivo contravalor en bolívars. Igualmente, pueden llevarse libros auxiliares para la misma clase de operación, con indicaciones y asientos en monedas extranjeras”.

³³ NIC 21, párrafo 8, definiciones: *moneda de presentación* “...es la moneda en que se presentan los estados financieros”. *Moneda funcional* “...es la moneda del entorno económico principal en el que opera la entidad”. *Moneda extranjera (o divisa)* “...es cualquier moneda distinta de la moneda funcional de la entidad”.

³⁴ *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

³⁵ Se trata de una cláusula general que permite activar la regulación técnica contable a través de dichas reglas jurídicas como norma abierta de reenvío hacia la técnica en todo aquello

La presentación de la información contable en bolívares complementa el deber de presentación de la misma información en castellano³⁶, con el propósito de garantizar la comprensibilidad de esta por los usuarios o destinatarios de aquella. Así lo confirman los artículos 130 y 131 de dicha Ley. El primero establece **“...que todos los memoriales, escritos, asientos o documentos que presenten a los tribunales y otras oficinas públicas relativas a operaciones en moneda extranjera, deberán contener al mismo tiempo su equivalencia en bolívares”**. El segundo enfatiza que, si el documento ha sido otorgado o ha de producir efectos fuera de la República, **“...puede contener expresión de cantidades pecuniarias en moneda extranjera, sin necesidad de indicación de su equivalencia en bolívares”**. Por lo tanto, solo debe expresarse en bolívares los documentos –incluidos los contables– que deban producir efectos en Venezuela.

Lo típico es que la moneda funcional sea la moneda de curso legal. En este caso la información contable se cuantifica en bolívares y se reporta en bolívares. Pero como el bolívar perdió funcionalidad como moneda (como medio de pago y como garantía de valor), no representa como unidad de cuenta la denominación ni la cuantificación de la mayoría de las transacciones que ocurren en la economía actual.

Esa calidad se desplazó al dólar por cumplir esa función de forma más difundida y, en consecuencia, más efectiva. Por eso el dólar americano representa hoy, contablemente, la moneda funcional de muchos operadores económicos en el país para la preparación de sus EEEF. Estos documentos contables deberán traducirse después al bolívar para fines de reporte al tipo de cambio oficial a la fecha de la traducción en cumplimiento del artículo 129 LBCV. Esa información así preparada

que la haga compatible con la regla legal. La legitimidad del reenvío al tipo, estándar, o al concepto técnico contable dependerá de la justificación en cada caso concreto en que se pretenda su aplicación y por la misma razón será controlable por el Juez con base en razones de pertinencia, consistencia y buena fe. *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. 131.

³⁶ Artículo 32 del Código de Comercio: **“Todo comerciante debe llevar en idioma castellano su contabilidad, la cual comprenderá obligatoriamente, el libro diario, el libro mayor y el de inventarios. Podrá llevar, además todos los libros auxiliares que estimará conveniente para el mayor orden y claridad de sus operaciones”**.

sirve de insumo para el reporte financiero y fiscal y para todos los demás propósitos legales. En todo caso, independientemente de que el reporte financiero puede hacerse en una moneda distinta a la funcional o de cuantificación (para lo cual el EEFF en moneda funcional deberá traducirse a la moneda de reporte), lo cierto es que, las funciones de cuantificación y reporte contable se cumplen exclusivamente en “unidades monetarias”, no mediante el uso de elementos patrimoniales con valor pecuniario transferible como es el caso de cualquier “criptoactivo” o del llamado Petro. La NIC 1 sobre presentación de EEFF³⁷ es enfática al exigir que la presentación de EEFF es en “unidades monetarias” tal como lo define la NIC 21 sobre efectos de las variaciones en los tipos de cambio de la moneda extranjera.

8. INIDONEIDAD TÉCNICA DE LOS CRIPTOACTIVOS Y DEL PETRO PARA SERVIR COMO UNIDAD DE CUENTA CONTABLE

Ni los “criptoactivos” ni el Petro tienen funcionalidad monetaria para servir como unidad de cuenta. Esto lo comprueba su falta de condición económica de dinero y por lo tanto su inidoneidad para ser utilizado como denominador homogéneo de valor para la expresión cuantitativa de los elementos de los EEFF.

Tanto es así que, ni siquiera para fines contables los criptoactivos se clasifican como “efectivo” o como “monedas” según los estándares técnicos de las Normas internacionales de información financiera

³⁷ Párrafo 46 (d). De igual forma lo exige el Marco conceptual para la información financiera “los elementos reconocidos en los estados financieros se cuantifican en términos *monetarios*. Esto requiere la selección de una base de medición. Una base de medición es una característica identificada –por ejemplo, costo histórico, valor razonable o valor de cumplimiento– del elemento que está siendo medido” <párrafo 6 (1)>. (ii) “Las medidas basadas en el costo histórico proporcionan información *monetaria* sobre activos, pasivos ...” <párrafo 6 (4)>, (iii) “...el reconocimiento involucra la representación del elemento en uno de los estados –solo o como parte de otras partidas– en palabras y mediante un *importe monetario* y la inclusión de ese importe en uno o más totales del Estado correspondiente. El importe por el que un activo como un pasivo o patrimonio se reconocen en los resultados de situación financiera se denomina como su <<importe en libros>>”.

(NIIF)³⁸. Entre otras razones porque los criptoactivos no tienen calidad de curso legal en ninguna jurisdicción, esto es, no son de recepción obligatoria ni están respaldados por gobiernos o instituciones oficiales. En Venezuela ya dejamos claro que el Petro no está instituido ni designado como moneda de curso legal.

Los criptoactivos independientemente de que puedan ser usados como medios de cambio, no tienen idoneidad para fijar precios de bienes y servicios directamente. Para denominar precios la unidad de cuenta requiere ser divisible al céntimo, lo cual no es fácil en todos los casos por la volatilidad de los precios de los criptoactivos. Siempre dependen de la referencia a una moneda para cumplir una función de cambio. Si el precio del criptoactivo varía, solo se conoce su valor en términos de esa otra moneda de referencia, lo cual genera confusión, complica su función comparativa de valor y resulta ineficiente³⁹.

Tampoco los criptoactivo califican como activos financieros porque no suponen un derecho de conversión o redención de algún derecho subyacente al criptoactivo.

Las más recientes clasificaciones para fines contables identifican los criptoactivos como un inventario especial de bienes intangibles, pues su tenencia está asociada en el corto plazo fundamentalmente a su circulación como medio de transferencia de valor, esto es, compra y venta del criptoactivo, generando ganancias y pérdidas por fluctuaciones de valor por tenencia o por realización de estos. El asunto se disipa de la condición de inventario si la tenencia de los criptoactivos es con fines de inversión a largo plazo, en cuyo caso calificaría como inversión⁴⁰.

³⁸ International financial reporting system (IFRS). Ver PRICE, WATERHOUSE COOPERS, “**Cryptographic assets and related transactions: accounting considerations under IFRS**”, No 2019-05 *In depth: a look at current financial reporting issues*, December 2019. Consultado en <https://www.google.co.ve/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjHvtzGzPzmAhWRjFkKHVjJAAAFjAAAgQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.pwc.com%2Fgx%2Fen%2Faudit-services%2Fifrs%2Fpublications%2Fifrs-16%2Fcryptographic-assets-related-transactions-accounting-considerations-ifs-pwc-in-depth.pdf&usg=AOvVaw0WanW8JzR1yMVbpzaGNXbt>. El día 11 de enero de 2020

³⁹ *Cfr.* BAL, Aleksandra, **Taxation, virtual currency and blockchain**, No. 68 Series on international taxation, Wolters Kluwer, the Netherlands, 2019, p. 51.

⁴⁰ Ver PCW, op.cit., p. 5.

En definitiva, los criptoactivos no son de uso generalizado en la denominación de los elementos patrimoniales que típicamente representan transacciones o hechos económicos con relevancia contable. No representan la sustancia de la actividad económica o de los recursos empleados por los entes económicos en la forma de transacciones sobre compras, ventas, mantenimiento de instrumentos sobre el patrimonio y de deuda, extinción de pasivos y otras formas de crédito. Tampoco cumple por sí mismo una función de significación económica confiable o de almacenamiento de valor de aceptación general. Su falta de uniformidad de valor implica inestabilidad y por lo tanto no puede facilitar la comparación de elementos patrimoniales en el tiempo. No aporta a la eficiencia económica ayudando a los inversores a identificar oportunidades y riesgos para mejorar la asignación del capital mediante el uso de un lenguaje confiable que reduzca los costos de capital y los de información.

En el caso del Petro su uso como un pretendido medio de pago tiene una funcionalidad liberatoria limitadísima, impuesta autoritariamente (normativamente) para transacciones solo de tipo administrativo (que impliquen pagos en moneda extranjera por concepto de tasas, contribuciones, tarifas, comisiones, recargos y precios públicos, procederán a la liquidación y cobro de esas obligaciones monetarias en Petros o como token para el intercambio de bienes proveídos exclusivamente por entes gubernamentales⁴¹). El Petro siempre estará referido a otra

⁴¹ Ver Decreto No. **4.096** de fecha 14 de enero de 2020, "...mediante el cual se procede a la liquidación, venta y pago de servicios en Criptoactivos Soberanos Petro (PTR), que en él se especifican", publicado en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. **6.504** de fecha 14 de enero de 2020. Desde la publicación del Decreto en cuestión en Gaceta Oficial, los servicios desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente de la República, con o sin fines empresariales, acreedores de pagos en moneda extranjera por concepto de tasas, contribuciones, tarifas, comisiones, recargos y precios públicos, procederán a la liquidación y cobro de estas obligaciones monetarias en PTR.

A los efectos de lo previsto en el presente artículo, la acreencia por los conceptos indicados debe responder a la exigencia del pago de aquellos en divisa como moneda única de pago, tales como, entre otros, los correspondientes a:

1. Tasas por servicios prestados por el SAPI (Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual), SAREN (Servicio Autónomo de Registros y Notarías), a las que se refiere el penúltimo aparte del artículo 6 del presente decreto.

unidad monetaria que signifique el valor efectivo de intercambio, lo cual evidencia su precariedad e impostura monetaria.

Peor aún el Petro es un pretendido criptoactivo radicalmente cuestionado en su validez jurídica⁴² y hasta sancionado internacionalmente⁴³, lo que lo hace inapropiado para generar confianza. Tanto es así que, la pequeña historia del Petro es equívoca e incierta. La mejor doctrina sobre la materia da cuenta que desde que se anunció su creación (enero 2018), el Petro se presentó como criptoactivo, en tanto que para octubre de ese mismo año había sido implementado adicionalmente como unidad de cuenta fluctuante (UCF), para el caso de emisión y renovación de pasaportes. Desde entonces el valor del Petro ha sido ajustado en varias ocasiones con máxima “...informalidad, imprecisión, inconsistencia, dispersión y complejidad...” por anuncios del presidente

-
2. Tasas administrativas por el SAIME (Servicio Autónomo de Identificación, Migración y Extranjería, previstas en el Decreto-ley de Timbre Fiscal, pagaderas en divisas por extranjeros por actos o documentos vinculados a migración o extranjería.
 3. Tasas a favor del INC (Instituto Nacional de Canalizaciones) establecidas en el artículo 17 del Decreto-ley del Instituto Nacional de Canalizaciones.
 4. Tarifas por servicios prestados por BOLIPUERTOS (Bolivariana de Puertos) a las que se contrae el artículo 7, numeral 1, de la Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular de Economía y Finanzas y para el Transporte No. 065.
 5. Tarifas por servicios prestados por el INEA (Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos, a que se refiere el encabezamiento de la Disposición Final Primera de la Resolución dictada por el Ministerio del Poder Popular para el Transporte No. 033 del 2 de mayo de 2018.
 6. Tarifas e incentivos pagaderos en divisas para los trámites, derechos aeronáuticos y servicios prestados por el INAC (Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, el IAIM (Instituto Aeropuerto Internacional de Maiquetía), así como los Aeropuertos administrados por BAER (Bolivariana de Aeropuertos, S.A.), previsto en la Resolución dictada por el Ministerio del Poder Popular para el Transporte No. 004 del 6 de febrero de 2019”.

⁴² Cfr. CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal, *Mundo jurídico de las criptomonedas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2019, p. xxx.

⁴³ “A la luz de las recientes acciones tomadas por el régimen de Maduro para intentar eludir las sanciones de los EEUU mediante la emisión de una moneda digital en un proceso que la Asamblea Nacional democráticamente electa de Venezuela ha denunciado como ilegal, **ordenaremos que (...) todas las transacciones relacionadas con (...) cualquier moneda digital o ficha digital, emitida por, para o en nombre del gobierno de Venezuela a partir del 9 de enero de 2018, están prohibidas**”. https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/vz_eo_petro.pdf
<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-taking-additional-steps-address-situation-venezuela/>

de la Republica. Incluso la última intención es convertirlo en medio de pago para tasas por servicios públicos⁴⁴.

Lo más grave es que, el valor del Petro es un misterio⁴⁵. No hay un mercado eficiente que transparentemente evidencie su valor. En medio de tanta opacidad hoy el “valor” del Petro es el que aparece en la página web de la SUNACRIP, esto es, ***el valor del Petro no es propio, es el que le fije el gobierno.***

Por lo tanto, ni los “criptoactivos” ni el Petro pueden cumplir función de unidad monetaria contable para fines de reporte y mucho menos de cuantificación de la situación patrimonial.

⁴⁴ Ver CARMONA BORJAS, Juan Cristobal, *Pago de pasaportes en Petros*, inédito.

⁴⁵ a) Inicialmente se pretendió que 1 Petro equivaliera al precio de 1 barril de petróleo. Así apareció en el primer borrador del Whitepaper.

b) Cuando Maduro el 17 de agosto de 2018 aludió al Petro como Unidad de Cuenta Fluctuante para fijar el monto del salario mínimo, mantuvo esa misma posición –1 Petro equivale a 1 barril de petróleo-. En ese momento el barril se cotizaba a US\$60. De allí que se dijera que un Petro equivalía o valía US\$ 60.

c) A medida que fue avanzando la idea del Petro y seguramente habiéndose emitido el supuesto criptoactivo, la SUNACRIP comenzó a publicar su valor. Poco después se modificó el whitepaper y se estableció que el valor del Petro **a efectos de su primera emisión** estaría determinado por una fórmula que se basa en una cesta de commodities integradas por: petróleo, hierro, oro y diamantes. Nunca quedó del todo claro si cuando se decía a efectos de su primera emisión era la fijación del precio de venta inicial o si permanentemente esa emisión se valoría con base en esa fórmula.

Debe tenerse en cuenta que el Petro teóricamente puede transarse en el mercado secundario libremente y, por tanto, su valor de mercado pudiera ser diferente al de la fórmula del whitepaper.

c) Luego, el BCV dejó de publicar en su página web el valor del Petro como Unidad de Cuenta Fluctuante que valga observar se quedó en US\$ 80 desde abril de 2019. De esta cotización más nunca se habló. Hoy día, únicamente se encuentra en la página de la SUNCARIP la cotización del Petro como criptoactivo.

d) Es de observar que el último aumento de salario mínimo no se basó en el Petro. Muchas ordenanzas que habían adoptado al Petro (Unidad de Cuenta Fluctuante/ US\$ 80) tuvieron que hacer cambios para adaptarse y adoptar a esos mismos fines al Petro como Unidad de Valor.

En todo caso el Petro como Unidad de Cuenta Fluctuante desapareció.

El valor del Petro que actualmente es posible conseguir oficialmente es el que publica la SUNACRIP que en principio obedece a la fórmula del Whitepaper.

A tal punto es cierto lo señalado que, conforme a las publicaciones efectuadas por la SUNACRIP, el 23 de julio de 2019, el “criptoactivo soberano” se cotizaba a Bs. 447.533,19, el 30 de agosto de 2019 en Bs. 1.225.583,02, el 9 de diciembre de 2019 en Bs. 2.513.711,58 y el 8 de enero de 2020 en Bs. 3.349.956,26. Es así como, en menos de seis (6) meses experimentó una variación del 748%.

Pero hay más. Porque los criptoactivos o el Petro no tiene la condición jurídica de moneda ni cumplen función de unidad de cuenta monetaria, no pueden ni deben utilizarse como unidad de medida contable, no son idóneos, ni necesarios para tal fin. Por esa razón, su uso jurídico constituye un objeto ilícito y de imposible ejecución técnica, lo que hace inválido y nulo cualquier acto de aplicación. Recuérdese que, según el artículo 19 (3) de la Ley orgánica de procedimientos administrativos (LOPA), son nulos los actos administrativos particulares o generales cuyo objeto es ilícito o de imposible ejecución⁴⁶.

9. EL BORRADOR DE BOLETÍN DE APLICACIÓN DE LOS VEN NIF NO. 12, V. 0, SOBRE “TRATAMIENTO CONTABLE DE LA TENENCIA DE LOS CRIPTOACTIVOS EN LOS ESTADOS FINANCIEROS PREPARADOS DE ACUERDO CON VEN NIF Y LA PRESENTACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS MEDIDOS EN CRIPTOACTIVOS”

La Providencia delegó en la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela (FCCPV) el diseño técnico de esa regulación sobre reconocimiento, medición, presentación y revelación de operaciones con criptoactivos. Se condiciona la eficacia a la regulación a la aprobación de la SUNACRIP (incorrectamente denominada como “autorización”).

Es importante observar que la SUNACRIP no tiene competencia administrativa para regular la función normativa técnica de la FCCPV, ni para imponer obligaciones sobre la regulación contable del uso de criptoactivos. Ya hemos dicho que esto es materia de estricta reserva legal.

⁴⁶ **Artículo 19, LOPA:** Los actos de la administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos:

1. Cuando así este expresamente determinado por una norma constitucional o legal.
2. Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la ley.
3. **Cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución.**
4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

Pero más allá del tema sobre la incompetencia manifiesta de la SUNACRIP y de la invalidez de la imposición de la Providencia para que la FCCPV regule técnicamente el uso y reporte contable en criptoactivos, una cosa es la iniciativa plausible de reconocer, valorar, presentar y revelar la tenencia de criptoactivos en los EEEF de una entidad y otra es pretender el uso de criptoactivos como unidad de medida monetaria y más perturbador el uso de criptoactivos (veladamente el Petro) como unidad de medida contable con la intención de una “doble contabilidad” con el bolívar.

El proyecto de BA de la FCCPV se hace eco de la intención ilegítima de la SUNACRIP de imponer la medición de EEEF en criptoactivos (y con ello el Petro) y asume erradamente la idoneidad de los criptoactivos como unidad de cuenta monetaria. Esta conclusión se deduce de la propia denominación que usa el proyecto de BA bajo el comprometedor título de **“presentación de estados financieros medidos en criptoactivos”**.

Sin embargo, en el discurso del borrador se distancia de la pretendida “contabilidad dual”, haciendo evidente que esa presentación sería con **“...carácter complementario de los EEEF de propósitos generales”**, **“...cuando estos no sean la moneda funcional de la entidad”**, esto es, hace evidente que los EEEF son unívocos y que esa presentación sería una traducción con limitados efectos complementarios.

La FCCPV asume que los criptoactivos tienen virtualidad monetaria y función cuantificadora como unidad valorativa para fines contables. Así afirma que puede ser utilizado para la presentación de EEEF medidos en criptoactivos. La máxima condescendencia se evidencia de la definición del término **“valor de mercado”** (párrafo 3) señalando que: **“... cuando un Criptoactivo esté sujeto al control de un organismo jurisdiccional que fije su valor, este será el valor de mercado a los efectos indicados en este Boletín.”**.

a. Tratamiento genérico para todos los criptoactivos impide la comparabilidad

La normación de las condiciones de reconocimiento, registro, valoración y revelación de transacciones y tenencia de criptoactivos de

forma uniforme (sin discriminar sus características, sentido económico de las transacciones, intenciones de uso y riesgos asociados a las distintas especies), bajo un modelo contable único, como si todos los criptoactivos fueran iguales, constituye una simplificación deformante que desdice de los principios de sustancia sobre forma y realidad económica en el reconocimiento de esos elementos patrimoniales.

b. El criterio de valoración de los criptoactivos

El borrador del BA se alinea con el principio de valoración según el principio del valor razonable. Sin embargo, se desvía del principio en lo que respecta a la pretendida valoración de los criptoactivos controlados por la administración pública, según el valor que esta fije, como un equivalente del valor de mercado. Ello contradice frontalmente las propias NIIF y en particular el principio valorativo del “valor razonable”, que presupone un mercado, esto es, que nunca es producto de una medición específica y mucho menos de una imposición administrativa. Es más, la técnica contable comparada considera que si un criptoactivo no tiene un mercado activo debe considerarse que su valor razonable vale igual a cero.

Aquí trasluce el despropósito autoritario del régimen de vincular el Petro a un valor artificialmente fijo y con ello discontinuar el uso del bolívar como moneda de presentación debido a su envilecida e inútil condición de unidad de cuenta.

c. Tratamiento ambiguo sobre la medición de EEFF en criptoactivos

Aparte de incurrir en la misma suposición errada sobre la idoneidad de los criptoactivos como unidad de cuenta monetaria para la medición de EEFF, la FCCPV entra en contradicciones, pues solo los reconoce para fines de presentación y excluye, implícitamente, su uso como moneda funcional. La contradicción consiste en que no puede lógicamente afirmarse a la vez que los criptoactivos tienen función monetaria para fines de presentación y no la tienen como moneda funcional. Si los criptoactivos tienen función monetaria son unidad de medida para fines

de presentación como de cuantificación. Pero la realidad es que los criptoactivos no tienen función monetaria como unidad de cuenta ni para fines de presentación y mucho menos de cuantificación.

La contradicción lógica solo evidencia la intención de la FCCPV de servir al despropósito de la Providencia, sin abjurar absolutamente de la técnica y de los principios contables. De un lado se desdobla para (i) aceptar los criptoactivos como unidad de reporte, pero, del otro, maniobra para (ii) rechazar dicha medición como parte de una contabilidad dual, sino solo como información complementaria a los EEFF de propósitos generales.

Por eso también esta maniobra retórica de la FCCPV evidencia un doble discurso defensivo frente la pretensión del gubernamental de imponer una doble contabilidad a través del lenguaje contable.

La FCCPV, en su ambigüedad discursiva, parece que prefiere aceptar la pretendida imposición de la vía de hecho administrativa de medición de EEFF en criptoactivos, a cambio de que no se exija una presentación dual, sino complementaria de los EEFF de propósitos generales.

d. Reflexión final

En nuestra opinión la FCCPV como máxima autoridad técnica sobre la contabilidad en el país, debe y tiene que desechar toda palabra que no tenga utilidad. Sencillamente debe oponerse a toda pretensión del uso de los criptoactivos (y veladamente del Petro) como unidad de cuenta contable.

Debe actuar con coherencia y con honestidad en el uso de los conceptos y prescripciones de la técnica contable, según el marco conceptual y las normas internacionales de información financiera (NIIF):

- (i) ***Solo las unidades monetarias tienen funcionalidad como unidad de cuenta.*** Ni los criptoactivos ni el Petro cumplen esa función.
- (ii) El uso de criptoactivos degrada las condiciones de comparabilidad de la información financiera.
- (iii) Solo es imaginable un hipotético uso de criptoactivos para presentación de información adicional no monetaria a la información financiera básica.

Esta es una posición que debe adoptarse previamente al propio discurso contable sobre criptoactivos, con la valentía para negarse a usar el lenguaje de la manipulación y de la opresión.

CONCLUSIONES

- (i) Los criptoactivos no cumplen función de unidad de medida porque no tiene la condición económica ni jurídica de moneda. Que los criptoactivos cumplan funciones de medio de cambio y puedan ser valorados económicamente (siempre en términos de alguna moneda), no los convierte, *per se*, en unidad monetaria, ni en unidad de cuenta y mucho menos en moneda.
- (ii) Jurídicamente ni los “criptoactivos” ni el Petro tienen condición de “moneda” porque no están designados, ni se le atribuye función monetaria de curso legal como tal por el ordenamiento jurídico venezolano. Solo el bolívar tiene la condición de moneda de curso legal y las funciones de reporte para fines contables. Así lo confirman los artículos 318 Constitucional y 106, 107 y 129 de la Ley del Banco Central de Venezuela (LCBV).
- (iii) La pretensión de una “contabilidad dual” constituye una yuxtaposición de conceptos intrínsecamente contrarios, es irrazonable, pues técnicamente solo puede y debe haber una contabilidad, independientemente de que esa misma información pueda reportarse o traducirse en otra moneda o ser objeto de informaciones complementarias o adicionales, monetarios o monetarias.
- (iv) La posibilidad del uso de distintos criptoactivos confundirá a los usuarios de la información con información incomparable y gravará a los preparadores de los EEEF con un costo de reporte contable adicional técnicamente innecesario y económicamente injustificable, contrarios al interés público en la utilidad y confianza en la información contable.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRIETA ZINGUER, Miguel, “**La contabilidad mercantil de los empresarios**”, en *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904*, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2004.
- BAL, Aleksandra, *Taxation, virtual currency and blockchain*, No. 68 Series on international taxation, Wolters Kluwer, the Netherlands, 2019
- CARMONA BORJAS, Juan Cristobal, *Pago de pasaportes en Petros*, inédito
- _____, *Mundo jurídico de las criptomonedas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2019
- ROMERO-MUCI Humberto, *El derecho <y el revés> de la contabilidad*, Serie Estudios No. 94, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2001.
- _____, “**La mentira contable: Crónica de incomunicación y engaño**1<Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC2 No. 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre 2019>”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No. 13 (en homenaje al académico profesor James-Otis Rodner), Caracas 2019
- FEDERACIÓN DE COLEGIOS DE CONTADORES PÚBLICOS DE VENEZUELA, *Proyecto de BA VEN NIF No. 12, v. 0, sobre “tratamiento contable de la tenencia de los cryptoactivos en los estados financieros preparados de acuerdo con VEN NIF y la presentación de estados financieros medidos en cryptoactivos”*, Directorio Nacional Ampliado Extraordinario, Caracas, diciembre 2019.

Legislación.

- Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial No. 5.908 Extraordinaria*, de fecha 19 de febrero de 2009.
- Venezuela. Código de Comercio, publicado en *Gaceta Oficial No. 475 Extraordinaria*, de fecha 21 de diciembre de 1955.
- Venezuela. Ley del Banco Central de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial No. 6.211*, de fecha 30 de diciembre de 2015.
- Venezuela. Ley de ejercicio de la Contaduría Pública, publicada en *Gaceta Oficial No. 30.273* de fecha 5 de diciembre de 1973.

- Venezuela. Decreto No. 4.025 “Mediante el cual se instruye a las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas en cuanto a la obligatoriedad del registro de información y hechos económicos expresados contablemente en Criptoactivos Soberanos, sin perjuicio de su registro en bolívares, según corresponda”, publicada en *Gaceta Oficial No.* 41.763 de fecha 19 de noviembre de 2019.
- Venezuela., Decreto No. **4.096** que “mediante el cual se procede a la liquidación, venta y pago de servicios en Criptoactivos Soberanos Petro (PTR), que en él se especifican”, publicado en *Gaceta Oficial Extraordinaria No.* **6.504** de fecha 14 de enero de 2020
- Venezuela. Providencia No. 098-2019 de fecha 26 de diciembre de 2019 emanada de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos, sobre “Providencia que regula el registro contable de operaciones y hechos económicos expresados con criptoactivos”, publicada en *Gaceta Oficial No.* 41.788 de fecha 26 de diciembre de 2019.

Documentos electrónicos.

ACADEMIA DE CIECIAS POLITICAS Y SOCIALES, “**Declaración de las Academias Nacionales a la opinión pública ante los anuncios en materia monetaria del gobierno nacional. (sobre reconversión del bolívar y uso de criptoactivos)**” del 10 de abril de 2018, en [[http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Comunicado%20conjunto%20corto%20%20Nuevo%20cono%20monetario%20%20y%20Petro%20\(I\).pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Comunicado%20conjunto%20corto%20%20Nuevo%20cono%20monetario%20%20y%20Petro%20(I).pdf)]

, “**Pronunciamiento de las Academias Nacionales denunciando la ilegitimidad de la actual Asamblea Nacional Constituyente, porque su elección se llevó a cabo en fraude a nuestra constitución**”, del 6 de Mayo de 2017, en : (<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/2017-05-05%20Pronunciamiento%20conjunto%20sobre%-20ANC%20%20final.pdf>).

COMITÉ DE NORMAS INTERNACIONALES DE CONTABILIDAD (IASC), Norma Internacional de Contabilidad No. 1 (NIC 1), sobre **presentación de estados financieros**, <http://www.icac.meh.es/Documentos/Contabilidad/2.Internacional/020.NIIF-UE/010.NIIF%20Vigente/130.NIIF%2013%20Valoraci%C3%B3n%20del%20valor%20razonable.pdf>

-
- _____, Norma Internacional de Contabilidad (NIC) No. 21 sobre *efectos de las variaciones en los tipos de cambio de la moneda extranjera*, disponible en web: [<http://eifrs.ifrs.org/eifrs/bnstandards/es/2019/ias21.pdf>]
-
- _____, Norma internacional de información financiera No 13 (NIIF No. 13) sobre *medición del valor razonable*. <http://www.icac.meh.es/Documentos/Contabilidad/2.Internacional/020.NIIF-UE/010.NIIF%20Vigente/130.NIIF%2013%20Valoraci%C3%B3n%20del%20valor%20razonable.pdf>
- GALEA, Jean, “**Accounting for Cryptoassets**”, September 2019. Disponible en web: [<https://jeangalea.com/cryptocurrencies-accounting/>]
- INSTITUTE OF SINGAPORE CHARTERED ACCOUNTANTS, “**Accounting for Cryptoassets: From a Holder’s Perspective**”, *In depth: ISCA Financial Reporting Guidance (“FRG”)*. November 2019. Disponible en web: [<https://isca.org.sg/media/2823668/ed-frg-2-accounting-for-cryptoassets-from-a-holder-s-perspective.pdf>]
- PRICE, WATERHOUSE COOPERS, “**Cryptographic assets and related transactions: accounting considerations under IFRS**”, No 2019-05 *In depth: a look at current financial reporting issues*, December 2019. Disponible en web: [<https://www.google.co.ve/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjHvtzGzPzmAhWRjFkKHVjJAAAFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.pwc.com%2Fgx%2Fen%2Faudit-services%2Fifrs%2Fpublications%2Fifrs-16%2Fcryptographic-assets-related-transactions-accounting-considerations-ifrs-pwc-in-depth.pdf&usg=AOvVaw0WanW8JzR1yMVbpzaGNXbt>]. El día 11 de enero de 2020
- SIXT E., and HIMMER K, *Accounting and Taxation of Cryptoassets*, July 2019. Disponible en web [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3419691]
- WALKER C.W, MARTIN y LUU, Jose, *Block chain and the nature of money*, https://www.academia.edu/attachments/49526119/download_file?st=MTU3OTk4NTg3MywxODYuMTY3LjI0NS45OQ%3D%3D&s=wp-splash-paper-cover

RESUMEN

En esta investigación evidenciamos el absurdo técnico, la ilegitimidad jurídica y la inconveniencia práctica (ineficiencia) de una pretendida contabilidad dual para la presentación de información financiera en criptoactivos (veladamente el Petro) y en bolívares. Argumentamos la falta de idoneidad técnica y legal de los criptoactivos como una unidad de cuenta para fines de información contable. Se argumenta que el uso del Petro como unidad de reporte constituye una treta ideológica (otra) para manipular la técnica y la información contable y pretender ocultar la ruina económica del país.

SUMMARY

In this paper we demonstrate the technical absurdity, the illegality and the inefficiencies of an alleged dual accounting for the presentation of financial information in crypto assets (veiled Petro) and in bolivars. We argue the lack of technical and legal suitability of crypto assets as an account unit for accounting reporting purposes. It is argued that the use of Petro as a reporting unit constitutes double-speak (another) to manipulate technical and accounting information and hiding the country's economic ruin.

PALABRAS CLAVE

Criptoactivos,
petro,
moneda funcional,
moneda de reporte,
unidad monetaria,
unidad de cuenta

KEY WORDS

Crypto assets,
petro,
functional currency,
reporting currency,
monetary unit,
account unit

EL PETRO Y LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS*

* Abogado mención Summa Cum Laude de la Universidad Católica Andrés Bello en 1987. Magister en Derecho Comparado de Georgetown University, especialista en Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello, mención Cum Laude. Socio Consultor, Grau García Hernández & Mónaco. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Sillón N° 30.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La inmaterialidad de la *blockchain*, su carácter descentralizado, el “anonimato” que ofrece, su condición universal, su complejidad tecnológica y la intención con la que fue concebida respecto de los criptoactivos, alimentan justificadamente la tesis de que constituye un escenario propicio para la evasión tributaria.

De acuerdo con el *Whitepaper* emanado de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP) en fecha 1° de octubre de 2018, el Petro (PTR) es un criptoactivo (x11) que opera bajo una cadena de bloques propia, razón por la cual, respecto de él, pueden presentarse similares dificultades a las que se registran cada vez que un Estado pretende someter a su ordenamiento jurídico tributario las operaciones que involucran criptomonedas o tokens.

El uso que puede conferírsele a los criptoactivos es múltiple, pueden ser adquiridos y utilizados con fines especulativos, en operaciones de intercambio con otros bienes (permutas) o, emplearse como medios de pago de obligaciones, por tan solo referirnos a los más comunes. En numerosas ocasiones, dependiendo de la naturaleza jurídica que le reconozcan las autoridades gubernamentales a los criptoactivos, pudieran configurarse respecto de las operaciones que los involucran, hechos imponible y, con ellos, el nacimiento de obligaciones tributarias.

En todo caso, el tratamiento a serle conferido en el ámbito tributario a los criptoactivos variará en función de su especie (criptomonedas, token, etc.), uso, tributo involucrado y rol o papel jugado respecto de ellos por los distintos agentes económicos u operadores intervinientes.

Cualquier pretensión por parte de los Estados de gravar las operaciones que se concreten en el mundo de los criptoactivos, pasa por enfrentar el tema del anonimato o pseudo anonimato al amparo del cual

pueden llegar a operar sus titulares en la *blockchain*. Mientras ese factor no logre ser controlado, el éxito de la compleja empresa de gravar ese tipo de operaciones resulta remoto. En el caso del PTR, dado su carácter centralizado y la posición que respecto de él juega el Estado venezolano, la consecución de aquel objetivo pudiera resultar más factible, aunque no por ello sencilla.

El intrincado camino por recorrer en ese sentido amerita de una serie de precisiones previas que comprenden, entre otras, la determinación de la naturaleza jurídica del PTR. Esta tarea encierra su propia complejidad, dadas las actuaciones que respecto del criptoactivo ha tenido el presidente de la República, la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) y la SUNACRIP desde diciembre de 2017, en las que se ha calificado al PTR de criptomoneda, criptoactivo soberano, moneda digital, divisa transable y herramienta de intercambio financiero.

La manera confusa, contradictoria, cambiante y, en no pocas ocasiones arbitraria en que ha sido regulado el PTR, insistimos, dificulta enormemente arribar a una conclusión sólida sobre lo que es realmente tal invención. La complejidad que encierra el tema no es exclusiva del mundo tecnológico, sino que se extiende también, al del Derecho. Hasta tanto no medie claridad al respecto, será imposible adelantar con éxito cualquier intento serio dirigido a precisar las implicaciones tributarias que derivan de la tenencia y uso del PTR.

Tan complejo tema fue por nosotros abordado exhaustivamente en la obra *“Mundo Jurídico de las Criptomonedas”* (2019), razón por la cual, para evitar incurrir en repeticiones, en esta oportunidad enfocaremos nuestros esfuerzos únicamente en temas surgidos con posterioridad a dicha publicación.

II. ¿QUÉ ES EL PTR Y CUÁL SU NATURALEZA JURÍDICA?

Respecto del asunto que aquí nos ocupa, probablemente, la pregunta que con mayor frecuencia se ha formulado el pueblo venezolano desde diciembre de 2017 y que debe ser aquí preliminarmente respondida, es ¿Qué es el PTR?

Según la última versión del *Whitepaper* publicada por la SUNA-CRIP, el PTR:

*“Es la primera **Moneda Digital y Soberana** emitida por la República Bolivariana de Venezuela. Marca un hito en la historia económica a nivel mundial al ser la primera moneda digital promovida por un gobierno y además con respaldo real en riquezas y bienes conmensurables. Es una **divisa transable**, es decir, cambiabile en divisa fiduciaria. Su precio tiende a comportarse de manera estable, ya que cada emisión estará respaldada por la cesta de Commodities venezolanos y su capacidad y garantía de intercambio por las riquezas componentes de esta misma.*

*El Petro, es una **herramienta de intercambio financiero a nivel macro, meso y micro económico**, que permite la movilidad de recursos en cualquier nivel y la transformación digital de los mismos en su equivalente en cualquier tipo de divisa o criptomoneda, facilitando las transacciones comerciales y financieras entre los interesados”¹. (Negrillas nuestras).*

Tras la lectura de los párrafos antes transcritos, por razones más que válidas y obvias, la pregunta formulada por la población venezolana sigue sin ser del todo contestada.

Esa importante interrogante, en nuestra opinión, amerita de varias respuestas, dada la diversidad de disciplinas interesadas o incididas por el PTR. La relevancia que cada una de esas concepciones encierra y la utilidad que ofrecen en el intento por descifrar tal enigma, justifican en esta oportunidad referirse, al menos, a cuatro de ellas.

Desde el punto de vista **jurídico**, el PTR puede considerarse un bien mueble, intangible, genérico, de usos múltiple, pero restringidos. **Tecnológicamente**, es un criptoactivo, pero no una criptomoneda. **Económicamente**, puede considerarse una fuente de ingresos públicos, prácticamente ilimitados, obtenidos a muy bajo costo y sin controles jurídicos, algo muy parecido a la emisión de dinero inorgánico. **Políticamente**, el PTR puede entenderse como una herramienta dirigida a

¹ Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas. “Petro. Hacia la revolución digital económica”. Caracas, octubre, 2018. Disponible en: <https://petro.gob.ve/files/petro-whitepaper.pdf> consultado en fecha 20 de marzo de 2020.

reforzar el populismo y el control social, así como un medio dirigido a enfrentar las sanciones impuestas fundamentalmente por presidentes de los Estados Unidos de Norteamérica.

Sin perder de vista la visión integral que nos ofrecen aquellas definiciones, a efectos del tratamiento tributario de las operaciones que involucran al PTR, partiremos fundamentalmente de su calificación jurídica, esta es, la que lo concibe como un bien mueble intangible, patrimonial y genérico, que no encierra un derecho de crédito y no es susceptible de ser calificado como dinero ni desde el punto de vista jurídico ni económico.

Antes de abocarnos al estudio del tema que aquí nos convoca, debemos recordar que, si bien el PTR fue anunciado inicialmente como “criptoactivo” en el Decreto Presidencial N° 3.196 de fecha 8 de diciembre de 2017, meses después, específicamente, en alocución del 17 de agosto de 2018, Nicolás Maduro lanzó una Unidad de Cuenta Fluctuante (UCF) basada en el PTR a través de la cual se fijarían los precios de 50 bienes y servicios prioritarios (Plan 50), así como la escala salarial. A estas dos expresiones del PTR, es decir, criptoactivo y UCF, así como a sus implicaciones en el mundo de la tributación, nos dedicaremos en esta oportunidad, centrándonos fundamentalmente en medidas adoptadas por el Ejecutivo Nacional en el período comprendido entre finales de 2019 y comienzos de 2020.

III. POLÍTICA GUBERNAMENTAL RELATIVA AL PTR Y LA TRIBUTACIÓN

A. PTR como criptoactivo

A.1. Consideraciones preliminares

Como fue señalado, con el Decreto N° 3.196 de fecha 8 de diciembre de 2017 el Ejecutivo Nacional comenzó a dar los primeros pasos en la puesta en marcha del ambicioso e innovador proyecto de crear el primer criptoactivo soberano, respaldado por activos Petroleros y emitido por el Estado venezolano. A pesar de que desde entonces la idea

original ha experimentado numerosos cambios, tales variaciones no han excluido al PTR de la categoría genérica de criptoactivo, aun cuando si supuesto su exclusión de algunas de sus especies para ser incluidas en otras. En lo sucesivo, partiremos simplemente de la concepción genérica del PTR como un criptoactivo, es decir, como un bien intangible y, en ese contexto abordaremos una serie de aspectos relacionados con la actualidad tributaria en Venezuela.

Una de las primeras muestras de la intención que tiene el Ejecutivo Nacional de vincular a los criptoactivos en general, dentro de ellos al PTR, con la tributación, la encontramos en el Decreto N° 35 dictado en el marco del Estado de Excepción y Emergencia Económica en fecha 28 de diciembre de 2018, publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.420 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2018. Independientemente de la validez y credibilidad que dicho instrumento pueda encerrar, su texto evidencia la idea de exigir a quienes realicen en territorio nacional operaciones en moneda extranjera o criptodivisas autorizadas por la ley que constituyan hechos imponible de tributos nacionales, la determinación y pago de las obligaciones de ellos derivadas en moneda extranjera o criptodivisas. Tal medida comprende, no sólo, a los tributos, sino también, a las sanciones y accesorios.

Señala el artículo 4° del referido Decreto N° 35 que, corresponderá al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), dictar la normativa que establezca las formalidades para la declaración y pago de las obligaciones tributarias antes referidas en criptodivisas.

Si bien aquella normativa a la fecha (Marzo 2020) no ha sido dictada, se han venido dando pasos orientados en ese sentido, entre ellos, la reforma del Código Orgánico Tributario (COT) contenida en la “*Ley Constitucional*” dictada por la ANC, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N°6.507 Extraordinario de fecha 29 de enero de 2020 que, al modificar al artículo 146, sin decirlo expresamente, deja abierta la puerta para que se implemente el pago de la obligación tributaria, no sólo en bolívares, sino también, en divisas y en especie, caso este último, que daría cabida a los criptoactivos y, dentro de ellos, al PTR.

Bajo el COT de diciembre de 2014, su artículo 146 contemplaba la posibilidad de que la obligación tributaria fuera pagada en moneda extranjera. Es así como la referida norma preveía que la ley creadora del tributo o, en su defecto, el Ejecutivo Nacional, pudieran establecer supuestos en los que se admitiera el pago de la obligación tributaria en moneda extranjera.

En línea con aquella disposición se dictaron una serie de instrumentos normativos, entre ellos, el Convenio Cambiario N° 35 de fecha 9 de marzo de 2016 publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 40.865 de igual fecha que, en su artículo 24, estableció la posibilidad de que las obligaciones tributarias previstas en divisas en las leyes especiales de su creación pudieran ser pagadas alternativamente en divisas o en su equivalente en bolívares.

Aquella medida justificada en la imperiosa necesidad del Estado venezolano de obtener divisas, se tradujo en la adopción de una serie de reformas legales centradas fundamentalmente en los instrumentos reguladores de tasas exigidas con ocasión a la prestación de ciertos servicios públicos, entre ellos, los ofrecidos por el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI), Servicio Autónomo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), Instituto Nacional de Espacios Acuáticos (INEA) y Bolivariana de Puertos, S.A. (BOLIPUERTOS), con la particularidad de haberse circunscrito el pago de las tasas y precios públicos por ellos exigidos o cobrados en moneda extranjera, únicamente a sujetos no nacionales o de naves y aeronaves de bandera extranjera.

Tras las sanciones impuestas por los presidentes de los Estados Unidos de Norteamérica y con algunos avances en cuanto a la emisión del PTR, comenzó a plantearse el pago de tasas y precios públicos en el referido “criptoactivo soberano”, cuya compra por parte de los usuarios de aquellos servicios públicos habría de efectuarse en divisas o en criptomonedas.

La implementación de aquella medida se inició a través de numerosos anuncios efectuados por personeros del gobierno nacional, y terminó formalizándose con la publicación del Decreto N° 4.096 del 14 de enero de 2020, en el cual se estable que todas aquellas tasas y tarifas que de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente fueran pagaderas en divisas, en lo adelante debían pagarse en PTRs.

Posteriormente se produjo la mencionada reforma del COT el 29 de enero de 2020, una de cuyas modificaciones más relevantes fue, como indicamos, el artículo 146, en el que se contempla la posibilidad de que el Banco Central de Venezuela (BCV), a requerimiento del Ministerio con competencia en materia de Finanzas, establezca excepciones a la determinación y pago de la obligación tributaria en bolívares, abriéndose, en nuestra opinión, las puertas al pago de este tipo de obligación en PTRs.

A.2. Pago de la obligación tributaria en PTRs

A.2.1. Consagración normativa

Como fue señalado, en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.504 Extraordinario del 14 de enero de 2020 apareció publicado el Decreto N° 4.096 de igual fecha, mediante el cual se procede a la liquidación, venta y pago de los servicios que en él se determinan en Criptoactivos Soberanos Petro (PTR).

Este decreto, al igual que el resto de la normativa que regula la materia que nos ocupa, se encuentra viciado de nulidad absoluta al estar fundamentado en una supuesta declaratoria de estado de excepción y emergencia económica que no cumplió los trámites autorizatorios exigidos constitucionalmente ante la Asamblea Nacional (AN) que, además, se ha extendido ya por más de cuatro años excediendo de manera grotesca los plazos previstos a esos efectos por la ley y la esencia misma del mecanismo. No obstante, mientras dicha nulidad no sea declarada formalmente por la autoridad competente, en la práctica los administrados habrán de acatarlo, resultando por tanto pertinente el análisis de su contenido.

En el referido decreto se establecen, entre otras, las siguientes medidas:

Los servicios desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente de la República, con o sin fines empresariales, **acreedores de pagos en moneda extranjera** por concepto de tasas, contribuciones, tarifas, comisiones, recargos y precios públicos, procederán a la liquidación y cobro de tales obligaciones monetarias en Criptoactivos Soberanos PTR.

Con fue indicado, la referida obligación se circunscribe a aquellos conceptos que conforme al ordenamiento jurídico vigente está previsto sean pagados en moneda extranjera, valga decir:

Servicios prestados por el SAPI y el SAREN a los que se refiere el artículo 6 de la Ley de Timbre Fiscal².

Tasas administrativas exigidas por el SAIME, pagaderas en divisas por extranjeros por actos vinculados con migración y extranjería, conforme al Decreto N° 3.090 del 22 de septiembre de 2017³.

Tasas a favor del INC establecidas en el artículo 17 del Decreto que lo regula⁴. Tarifas por servicios prestados por BOLIPUERTOS indicadas en el artículo 7.1. de la Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular de Economía y Finanzas y Transporte N° 065 del 28 de agosto de 2017⁵.

Tarifas prestadas por el INEA a que se contrae el encabezamiento de la Disposición Final Primera de la Resolución dictada por el Ministerio del Poder Popular para el Transporte N° 033 del 2 de mayo de 2018⁶.

² **Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Timbre Fiscal. Artículo 6:** “(...) Las personas de nacionalidad venezolana pagarán en moneda nacional, las tasas previstas en los numerales 1 al 10 y 14 de este artículo; **las de nacionalidad extranjera pagarán dichas tasas en el equivalente en dólares de los Estados Unidos de América** al tipo de cambio para la compra establecido por el Banco Central de Venezuela o el tipo de cambio para la compra al cierre de la respectiva jornada. En los casos que existan múltiples tipos de cambio, se utilizará la menor de ellas. (...)”

³ **Decreto N° 3090 del 22 de septiembre de 2017. Artículo 3:** “**Todos los extranjeros y extranjeras** sujetos al presente Decreto, deberán realizar el pago en dólares de los Estados Unidos de América, de todos los actos o documentos vinculados a migración y extranjería, siempre que estos estén contemplados como tasas en la normativa legal venezolana que rige en materia de timbre fiscal”.

⁴ **Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Canalización y Mantenimiento de las Vías de Navegación. Artículo 17:** “El uso de los canales y vías de navegación de la República, administrados por el Instituto Nacional de Canalizaciones, genera la obligación del pago de una tasa, en bolívares o su equivalente en divisas (...)”.

⁵ **Resolución N° 065 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte y el Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas. Artículo 7:** “Las tarifas portuarias reguladas por este Régimen Tarifario, serán expresadas en Dólares de los Estados Unidos de América (USD) y su pago será efectuado de la siguiente manera: **1. Los servicios solicitados y prestados a buques o embarcaciones de bandera extranjera**, sus representantes, contratados o asociados serán cancelados en Dólares de los Estados Unidos de América (USD)”

⁶ **Resolución N° 033 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte de fecha 2 de mayo de 2018. Disposición final PRIMERA:** “Las tarifas fijadas en la presente Resolución serán pagadas al Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos en la divisa establecida o su equivalente en el sistema multimonedado adoptado por la República Bolivariana de Venezuela

Las tarifas e incentivos pagaderos en divisas para los trámites, derechos aeronáuticos y servicios prestados por el INAC, IAIM, BAER, previstos en la Resolución dictada por el MPPT N° 004 del 6 de febrero de 2019⁷.

A.2.2. Consideraciones jurídicas sobre el pago de la obligación tributaria en PTRs

Respecto del proceder del Ejecutivo Nacional mediante el Decreto N° 4.096, la primera reacción que se ha registrado es la de su rechazo, por cuanto parece inaudito, inadmisibile e inviable que encontrándose vigentes los artículos 318 de la CRBV y 116 de la LBCV, en virtud de los cuales puede concluirse que el bolívar es la moneda de curso legal en el país, se exija el pago de ciertas obligaciones tributarias en moneda extranjera o en criptoactivos.

A efectos de fijar posición respecto a tan controversial tema, debemos comenzar por determinar la naturaleza jurídica de la obligación tributaria y cómo opera el pago como medio para su extinción.

La primera reacción que generalmente se registra al calificar a la obligación tributaria es la de atribuirle carácter pecuniario, es decir,

conforme a la ley, por los servicios de pilotaje, remolcadores, lanchaje, borneo, remolque, reflotamiento, custodio y lanchaje logístico prestados a los buques de **bandera extranjera**. Las demás tarifas serán pagadas en bolívares al tipo de cambio fijado en la normativa cambiaria respectiva, vigente para la fecha en que se realice el servicio o la solicitud del trámite, según corresponda”.

⁷ **Resolución N° 003 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte de fecha 6 de febrero de 2019. Artículo 3:** “Los Derecho Aeronáuticos son aquellos causados y pagados por los administrados a la Autoridad Aeronáutica por la prestación de los servicios de la seguridad operacional, de navegación aérea, de inspección, de certificación, por la emisión de permisos, de licencias, de registros, los cursos de capacitación ofrecidos a nivel nacional e internacional dictados por el Instituto Universitario de Aeronáutica Civil (IUAC) “May. (Av) Miguel Rodríguez”, el Centro de Instrucción Aeronáutica (CIAC) del mismo nombre, y de cualquier otro servicio, certificaciones y documentos emitidos por el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC); quedando establecidos su pago en Bolívares referidos por el PETRO (PTR) fijado por el ejecutivo nacional para el cálculo del salario mínimo como Unidad de Cuenta, para las personas naturales y jurídicas nacionales que operen aeronaves con marca de nacionalidad y matrícula venezolana. De igual forma, se establece el pago de los referidos Derechos Aeronáuticos en Divisas para las empresas extranjeras que operen con aeronaves con marca de **nacionalidad y matrícula extranjera**, los cuales se expresan en Euros (EUR), pudiendo ser pagados alternativamente en cualquier otra Divisa convertible o criptomoneda de conformidad con la normativa vigente en materia cambiaria (...).”

cuantificada y pagadera en dinero. Si bien, en efecto, generalmente ello es así, también ha sido históricamente admitida la posibilidad de cuantificarla mediante el uso de unidades de valor (Ej. U.T) y que su pago lo sea en su equivalente en dinero. Adicionalmente, ha existido la posibilidad de expresar su cuantía en función del valor de un bien y de pagarla entregando esa misma cantidad de bienes, caso en el cual, se está ante una obligación pagadera en especie.

Muestras de lo señalado se manifiestan en las definiciones que de la obligación tributaria nos ofrecen juristas de la talla del argentino Carlos Giuliani Fonrouge y del español César García Novoa, así como también sentencias emanadas del Tribunal Constitucional Español, y una serie de leyes y actos sublegales integradores del ordenamiento jurídico venezolano.

Para el jurista argentino, *“El contenido de la obligación tributaria es una prestación jurídica patrimonial, es una obligación de dar sumas de dinero en la generalidad de los casos o dar cantidades de cosas, en las situaciones poco frecuentes en que el tributo es fijado en especie”*⁸.

Para el jurista español, *“Es verdad que la juridificación del tributo lleva a que el vínculo entre el obligado a pagarlo y quien lo exige sólo pueda explicarse como una obligación jurídica ex lege y pecuniaria que, no obstante, admite en casos singulares el aliud pro alio, a través del pago en especie. La nota distintiva del tributo será, más bien, su consideración de cesión definitiva de riqueza”*⁹. (Negritas nuestras).

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español en sentencia 193/2004 del 4 de noviembre, apartándose de la calificación de los tributos como prestaciones pecuniarias contenida en el artículo 2 de la Ley General Tributaria¹⁰, señaló que: *“Desde una perspectiva estrictamente constitucional el tributo constituye una prestación patrimonial*

⁸ Giuliani Fonrouge, Carlos M. *Derecho Financiero*. Volumen I, Cuarta Edición. Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 417.

⁹ García Novoa, César. *El Concepto de Tributo*. Marcial Pons. Madrid, 2012. p. 207.

¹⁰ Artículo 2.- 1. Los tributos son los ingresos públicos **que consisten en prestaciones pecuniarias** exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.

de carácter público que se satisface a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, y grava un presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica fijado en la Ley (por todas, STC 276/2000, de 16 de diciembre, FJ 4)”¹¹.

En el caso venezolano, la CRBV en su artículo 133 se limita a señalar que *“Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley”*, sin referirse en momento alguno a las modalidades de dicho pago.

A nivel constitucional, la única prohibición expresa que existe en cuanto al pago de la obligación tributaria es la contenida en el artículo 317, en la que se prohíbe establecer obligaciones tributarias pagaderas en servicios personales.

El COT, por su parte, al definir a la obligación tributaria no la califica de pecuniaria o patrimonial, sin embargo, el tantas veces comentado artículo 146 contempla como regla general su pago en bolívares, sin perjuicio de que el BCV, a requerimiento del ministro con competencia en finanzas, establezca algo distinto.

Aun cuando puede sostenerse respecto de la obligación tributaria que la regla es la de su concepción y calificación como una de tipo pecuniario, en nuestro ordenamiento jurídico, han existido normas que desde antiguo han admitido su pago en especie. Tales son los casos, por ejemplo, del artículo 99 de la Ley de Impuesto de Donaciones, Sucesiones y otros Ramos Conexos (LISD); el artículo 56 del Reglamento N° 2 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, relativo al Crédito Público; la Ley de Timbre Fiscal y la Ley Orgánica de Aduanas.

Es así como la primera norma citada contempla la posibilidad, a juicio del Ejecutivo Nacional, de pagar el impuesto sucesoral con la entrega de objetos artísticos o colecciones de arte valiosas, cuando forman parte del acervo hereditario y el Estado estima conveniente ingresarlas

¹¹ Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 193/2004, 4 de noviembre de 2004, Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5198#complete_resolucion&completa, consultado en fecha 20 de marzo de 2020.

a su patrimonio. En esos casos, se estaría ante una obligación tributaria pecuniaria que, por acuerdo con el deudor, termina pagándose en especie, configurándose un supuesto de dación en pago.

En cuanto a la norma reglamentaria antes referida, el artículo 56 en cuestión señala que el Ministro de Finanzas mediante resolución, establecerá los trámites para la extinción de deudas tributarias con títulos valores públicos. De instrumentarse esa opción, se estaría también ante un caso de pago en especie, puesto que no se trataría de compensar lo que la República adeude por concepto de bonos de plazo vencido contra lo que le debe su titular contribuyente, sino de la entrega de títulos valores a ser reconocidos a su valor de mercado a efectos de la extinción de la deuda tributaria.

En cuanto a los efectos timbrados, como el papel sellado, las estampillas y las bandas de seguridad para licores y cigarrillos, estos tras ser adquiridos con dinero fiduciario (bolívares) son inutilizados como forma de pago de la obligación tributaria. Son así un ejemplo de pago de la obligación tributaria en especie por cuanto el tributo no se honra con la compra de la especie sino con su inutilización.

En materia aduanera, el artículo 74¹² del Decreto Constituyente de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Aduanas publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.507 del 29 de enero de 2020 establece que en caso de mercancías declaradas abandonas calificadas de evidente

¹² **Artículo 74.** En el caso de las mercancías declaradas legalmente abandonadas, una comisión constituida por el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de Finanzas y el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de Comercio, decidirá de acuerdo al interés nacional y a la naturaleza de las mismas, si tales mercancías serán objeto de remate o si las mismas serán adjudicadas directamente al Ejecutivo Nacional. En los casos de remate el mismo será realizado a través del órgano competente y conforme al procedimiento que señale el Reglamento respectivo. No obstante, si no hay posturas en el remate, las mercancías pasarán a formar parte del patrimonio de la Nación.

No serán objeto de remate y se adjudicarán al Tesoro Nacional, las mercancías abandonadas que estén afectadas por prohibiciones, reservas y otras restricciones y requisitos arancelarios y legales, salvo que existan postores que cuenten con la posibilidad de realizar lícitamente la operación aduanera.

Cuando las mercancías abandonadas sean de evidente necesidad o interés social, se ordenará que la adjudicación se haga en favor del Tesoro Nacional, oponiendo el monto de su crédito. El Reglamento dictará las medidas complementarias a esta disposición.

necesidad o interés social, se ordenará su adjudicación en favor del Tesoro Nacional, oponiendo para ello el monto de su crédito.

Es de observar, que todos los casos señalados, además de ser excepcionales, persiguen fines extrafiscales, en el primero, fortalecer el acervo patrimonial del Estado, en el segundo, incentivar la adquisición de títulos valores públicos, en el tercero, implementar mecanismos de seguridad y control de actos y productos de alta sensibilidad (licores y cigarrillos), en el cuarto, la descongestión y agilización del sistema aduanero, así como el favorecimiento del interés social en casos especiales.

Es así como puede sostenerse que, si bien la obligación tributaria es esencialmente pecuniaria, no parecieran existir impedimentos insalvables para que su cuantificación se efectúe mediante el empleo de unidades de valor y que su pago ocurra en especie. De ahí que, más que pecuniaria deba catalogársele de patrimonial, porque supone la transferencia definitiva de una expresión de riqueza, trátase de dinero o de una especie, dentro de las que, por qué no, pudieran encontrarse los criptoactivos.

La esencia de la obligación tributaria y el fin que persigue el Estado con la creación de tributos conduce, sin embargo, a la conclusión de que tal modalidad de pago debe ser excepcional.

Partiendo de la premisa de que la razón de ser de la tributación es fundamentalmente la de financiar el gasto público (Art. 133 CRVB), aunque también puede encerrar fines extrafiscales (Arts. 299 y 316 CRBV), ningún sentido tiene generalizar el pago de la obligación tributaria en especie, en tanto ello afectaría seriamente la liquidez e inmediata disponibilidad que demanda el Estado para cubrir a través de lo recaudado buena parte del gasto público. No es lo mismo para un Estado recibir la recaudación tributaria en dinero que percibirla en criptoactivos. De allí pues, que el pago en especie de la obligación tributaria deba ser excepcional y contar con una justificación válida y razonable.

Adicionalmente debe señalarse que la adopción del pago en especie de la obligación tributaria no puede suponer cargas para el sujeto pasivo que encarezcan o pongan en peligro el cumplimiento de su deuda. Es así como, si para adquirir la especie el sujeto pasivo tiene que erogar

una cantidad de bolívares superior a la del importe de la obligación tributaria, indudablemente la medida adoptada será inaceptable. Tal es el caso de lo que en principio ocurre respecto de los obligados a pagar tributos en PTRs, en tanto su adquisición supondrá el pago de comisiones que encarecerán el cumplimiento por esa vía de la deuda.

Otro tema de alta sensibilidad respecto de la adopción de esta política radica en la necesidad de no atentar con ella el principio de igualdad que debe imperar en materia tributaria. Al respecto sería necesario evaluar hasta qué punto es posible adoptar criterios como la nacionalidad de una persona natural, el domicilio de una persona jurídica o la bandera de una nave o aeronave para exigirles el pago de tasas, cuando por los mismos servicios otros las pagaran en condiciones distintas (criptoactivos vs. bolívares). Teóricamente el importe en dinero es el mismo, pero, como ya fue señalado, la adquisición de PTRs implica el pago de comisiones en las que no incurre quien pague en bolívares.

Finalmente, la modalidad de pago en especie no debe perseguir un propósito encubierto dirigido a indexar el importe de la obligación, por cuanto ello pudiera terminar afectando la garantía constitucionalmente consagrada de que el tributo atienda a la capacidad contributiva del obligado a su pago, más aún, si esa indexación no responde a indicadores pertinentes.

Son pues, diversos los factores y elementos a considerar para que el pago en especie encuentre cabida como medio de extinción de la obligación tributaria, aspectos estos que dudamos hayan sido tenidos en cuenta por el Ejecutivo Nacional al dictar al Decreto N° 4.096.

Más allá de las importantes consideraciones técnicas antes reseñadas, las medidas adoptadas por el referido decreto apuntan posiblemente a la instrumentación de una estrategia gubernamental dirigida a obligar a un sector de los contribuyentes a incursionar en el polémico mundo del PTR.

Al imponerse el pago de tasas exclusivamente en PTRs, se conmina al contribuyente a tener que participar en el polémico mercado del “criptoactivo nacional”, dándole el oxígeno que tanto requiere para ver si termina de arrancar.

A.2.3. Órdenes ejecutivas dictadas por presidentes de los Estados Unidos de Norteamérica y el PTR

La Orden Ejecutiva N° 13.808 dictada por Donald Trump en fecha 24 de agosto de 2017, que se estima respondió al anuncio efectuado por el gobierno venezolano de lanzar el PTR, si bien no alude expresamente a esa figura, sí señala que quedan comprendidas dentro de la noción de inversiones u operaciones prohibidas **aquellas dirigidas a evadir las medidas adoptadas por el gobierno norteamericano, entre otras, mediante la provisión de financiamiento y otras negociaciones en Estados Unidos**, por un estadounidense o persona dentro del país, de **cualquier moneda digital o ficha digital, emitida por, para o en nombre del Gobierno de Venezuela a partir del 09 de enero de 2018**.

Frente a aquella medida, vale preguntarse, si quienes estando comprendidos entre sus destinatarios (“US Persons”), se ven forzados al pago de alguna de las tasas a las que alude el Decreto N° 4.096, pudiera ser objeto de aquellas sanciones. Tal pudiera ser el caso, por ejemplo, de una compañía incorporada en los Estados Unidos de Norteamérica, propietaria de una nave de bandera norteamericana que tiene que pagar tasas a BOLIPUERTOS por la percepción de ciertos servicios.

Sobre este tema es necesario tener presente que con relación a la Orden Ejecutiva N° 13.884 del 5 de agosto de 2019, fue otorgada por la Office of Foreign Assets Control (OFAC) la Licencia N° 32 de igual fecha. De acuerdo con este acto, una “US Person”, domiciliada en Venezuela y que califique de persona natural que, se encuentre sancionada conforme a la Orden Ejecutiva N° 13.884, se le permitirá efectuar actuaciones prohibidas, siempre y cuando a través de ellas busquen satisfacer necesidades básicas para su manutención y subsistencia en Venezuela, incluidas en ella, el pago de vivienda, compra de comida y pago de tributos y precios públicos, entre otras.

Quizá, un ejemplo que pudiera quedar comprendido en aquella licencia, sujeto claro está, a un análisis más profundo, sería el de un norteamericano domiciliado en Venezuela que haya brindado asistencia material o apoyo financiero a una persona incluida en la *“Lista de Ciudadanos Especiales Designados y Personas Bloqueadas”* dictada por

la OFAC, cuyos bienes se encuentren bloqueados conforme a la referida Orden Ejecutiva N° 13.884 del 5 de agosto de 2019 que requiera tramitar ante el SAIME su constancia de movimiento migratorio y tenga que pagar la tasa exigida por ese concepto en PTRs.

A.2.4. Valoración del PTR. Mercado secundario y pago de obligaciones tributarias

La valoración del PTR es otro tema de especial relevancia a efectos de la determinación de la obligación tributaria, en tanto de ella dependerán, por ejemplo, la configuración de una ganancia o pérdida de capital susceptible de ser gravada con el ISR o, el cómputo del criptoactivo en el activo de una herencia, a efectos de la determinación del impuesto sucesoral.

De acuerdo con la normativa hasta el momento dictada respecto del PTR, es posible sostener que al menos tres valores pueden registrarse simultáneamente respecto del criptoactivo. El primero, el que resulta de la aplicación de la fórmula contenida en el *Whitepaper* aprobado por la SUNACRIP. El segundo, el que promedien las operaciones de compra y venta canalizadas diariamente a través de las *exchanges* autorizadas por la SUNACRIP. El tercero, el que pueda ser convenido entre particulares en las llamadas operaciones P2P¹³.

Tales valores pueden ser muy disímiles, como de hecho ha quedado demostrado en el corto tiempo que tiene el PTR en el mercado. Es así como se ha especulado que el precio al que se tranza el PTR en las *exchanges* llega a ser hasta 50% menor que el valor que del criptoactivo publica la SUNACRIP. En cuanto a las operaciones P2P, nada impide que lleguen a ser gratuitas y si son onerosas que lo sean a un valor distintos a los otros dos antes mencionados.

Este tema fue medianamente abordado en el Boletín N° 12. Versión 0 aprobado por la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela el 15 de febrero de 2020, aunque sin haberse resuelto del todo. En cualquier caso, en este momento simplemente pretendemos

¹³ Operaciones celebradas directamente entre dos personas sin la intervención de las *exchanges*.

resaltar la importancia que existe a efectos tributarios de contar con un criterio único y fundamentado respecto del valor que debe reconocerse a efectos impositivos cuando está involucrado el PTR.

Más allá de lo anterior, aprovechamos para comentar el posible mercado que pudiera desarrollarse en torno al PTR en aquellos casos en los que el pago de la obligación tributaria esté previsto se realice en dicho criptoactivo.

Mientras no se genere respecto del PTR la confianza requerida para garantizar su estabilidad y éxito en los mercados, sus titulares tendrán que ofrecerlos en venta a importantes descuentos respecto del valor otorgádole por la SUNACRIP que, valga señalar, nada tiene que ver con su oferta y demanda, sino con la cotización diaria de cuatro *commodities*¹⁴. Bajo ese escenario quien tenga la obligación de pagar una obligación tributaria en PTRs podría estar interesado en comprarlos a través de las *exchanges* por 50% de su valor (SUNACRIP), para luego entregarlos al sujeto activo de la obligación tributaria (BOLIPUERTOS). Llegado ese momento, nos preguntamos si el valor al que será recibido el PTR por el sujeto activo será el publicado por la SUNACRIP u otro distinto. De ocurrir lo primero, la medida gubernamental se habrá traducido en un importante ahorro para el contribuyente en comparación a lo que hubiera tenido que desembolsar de haber tenido que pagar en bolívaes.

A.3. El PTR como UCF y la tributación

Como fue indicado, el PTR nace como un criptoactivo en diciembre de 2017. A los pocos meses, Nicolás Maduro en cadena de radio y televisión anunció la creación de una UCF anclada al PTR que sería utilizada para fijar, por una parte, los precios de los bienes y servicios que conformaban al llamado Plan 50 y, por la otra, la escala salarial.

Sobre el Petro como UCF valga observar en primera instancia que nunca existió normativa que lo regulara. Lo único que se pudo conocer sobre su fórmula de cálculo fue lo anunciado en la referida alocución del 17 de agosto de 2018. En esa oportunidad, Nicolás Maduro explicó

¹⁴ Petróleo, oro, hierro y diamantes.

que el PTR estaba “*anclado al petróleo*”, lo que no significaba otra cosa que en la fórmula para traducirlo a bolívares se partía del precio del barril en la cesta Petrolera venezolana. A ese precio del barril se aplicaba el tipo de cambio de referencia del momento y se obtenía su importe en bolívares. En aquel entonces, el barril de petróleo en la cesta venezolana se encontraba en US\$ 60 y el tipo de cambio oficial era de Bs. 60/1US\$, lo que implicaba que 1 PTR valía US\$ 60 o, lo que era lo mismo, Bs.S 3.600. Con base a ese valor PTR fueron fijados precios y salarios. Se decidió así que el salario mínimo equivalía a medio PTR, es decir, a Bs.S 1800, iniciándose con ello la implementación de una nueva UCF a él atada.

Desde el anuncio efectuado el 18 de agosto de 2017, la valoración inicial del PTR fijada en Bs.S 3.600, experimentó tres (03) cambios más, como se indica a continuación:

29-11-18: Bs.S 9.000/1Ptr

14-01-19: Bs.S 36.000/1Ptr

26-04-19: Bs.S 80.000/Ptr.

De haberse aplicado la fórmula anunciada en la alocución del 17 de agosto de 2018, esto es, precio del barril de petróleo multiplicado por el tipo de cambio oficial del día, aquellos valores hubieran sido otros, muy distintos.

Si bien con la aparición del *Whitepaper* de la SUNACRIP del 1º de octubre de 2018 cambió la fórmula de valoración del PTR como criptoactivo, en tanto paso de su supuesto anclaje al precio del barril de petróleo al importe que arrojará una fórmula referenciada al valor de venta en los mercados internacionales de una serie de “*Commodities*”, (petróleo, hierro, diamantes y oro), nada se indicó en esa oportunidad en cuanto a que esa nueva fórmula tuviera alguna incidencia sobre la el PTR como UCF. Tan ello no fue así, que ambas expresiones del PTR (criptoactivo y UCF) operaron bajo dos regímenes totalmente distintos apareciendo publicados simultáneamente sus valores, uno, en la página web del BCV (UCF) y, otro, en el de la SUNACRIP (criptoactivo). El PTR como UCF continuó siendo ajustado por Nicolás Maduro, a su total discreción, tanto en cuanto a su importe como a su frecuencia,

en tanto que el PTR como criptoactivo era ajustado diariamente por la SUNACRIP. Valga observar que entre ambos valores existía una brecha considerable que se fue profundizando con el tiempo, al haberse quedado estancado el PTR como UCF en Bs.S 80.000, en tanto que como criptoactivo se ha ajustado diariamente.

No existiendo norma alguna en el ordenamiento jurídico venezolano que contemple y regule al PTR en su carácter de UCF, mal podía Nicolás Maduro con base en ella, adoptar medida jurídica o económica alguna. Tales prácticas se tornaron, por tanto, contrarias al Texto Constitucional, específicamente al Principio de Legalidad Administrativa previsto en sus artículos 7 y 137.

A partir del mes de septiembre del año 2019, el valor del PTR como UCF que venía publicando el BCV dejó de aparecer en su Página Web, lo que aunado a que desde el mes de abril de ese mismo año Nicolás Maduro no volvió a ajustarlo, daba indicios del inicio del abandono de esa fórmula, como en efecto terminó ocurriendo. El PTR continúa existiendo como UCF sólo que en función de su valoración por parte de la SUNACRIP. Ello, sin embargo, supuso un salto enorme dada la brecha que existía entre ambos valores, lo que implicó, como más adelante veremos, que quienes habían adoptado al PTR como UCF (Bs.S 80.000) en reemplazo, por ejemplo, de la Unidad Tributaria (municipios), se vieron en la necesidad de replantearse lo andado, para adaptar las medidas tomadas en función de la nueva valoración del criptoactivo.

A.3.1. El PTR como UCF respecto de las tasas exigidas por la emisión y renovación de pasaportes

Antes de dictar el Decreto N° 4.096, Nicolás Maduro venía promoviendo la idea del pago de ciertas tasas en PTRs. Muestra de ello fue la alocución del miércoles 6 de noviembre de 2019 en la que instruyó al SAREN y al SAIME avanzar en la actualización de sus sistemas, con miras a que los trámites legales por ante ellos realizados, fueran pagados en PTRs, iniciativa esta, que valga observar, tenía antecedentes.

En efecto, el 8 de octubre de 2018 había sido comunicado al pueblo venezolano por Delcy Rodríguez (Vicepresidenta de la República), junto al Ministro del Poder Popular de Interior y Justicia (MPPIJ) y el

Director del SAIME, la decisión de que las tasas vinculadas con la tramitación de pasaportes fueran cuantificadas y/o pagadas en PTRs.

Conforme a la medida anunciada por Delcy Rodríguez, a partir del 1° de noviembre de 2018 por la emisión de un pasaporte se pagaría la cantidad de Bs.S 7.200, en tanto que, por la segunda, Bs.S 3.600, lo que equivalía a 2 Petros y a 1 Petro, respectivamente. Parecía pues que el PTR únicamente se estaba adoptando como UCF, por cuanto la tasa se continuaría pagando en bolívares, aunque en algunas ocasiones los mensajes oficiales daban a entender lo contrario.

Respecto de tal anuncio lo primero a tener en cuenta es que de acuerdo con la Ley Orgánica de Identificación¹⁵, el pasaporte es uno de los medios de identificación a que tienen derecho los venezolanos con el propósito de poder viajar al exterior.

En el caso de la Administración Pública venezolana, corresponde al MPPIJ todo lo relativo a esa materia, para lo que cuenta dentro de su estructura organizativa con el SAIME.

Es bien sabido que con ocasión a los servicios prestados por el SAIME se exige el pago de una serie de tasas, entre las que destacan las que hemos venido comentando. Esas tasas, se encuentran actualmente reguladas en la Ley de Timbre Fiscal -LTF- (G.O N° 6.150 Extraordinario del 18-11-14), contemplándose el importe de cada una de ellas en 12 UT (Art. 7.1).

Cuando Delcy Rodríguez efectuó el comentado anuncio, el 1° de noviembre de 2018, para nada se refirió a lo dispuesto en la LTF.

Si bien no llegó en esa oportunidad a instrumentarse el pago de esas tasas en PTRs, posiblemente por razones tecnológicas, si se materializó la cuantificación del tributo en el “criptoactivo soberano”, utilizando a tales fines la UCF fijada por Nicolás Maduro, de ahí que se fijara en 2 PTR la tasa por la emisión del pasaporte, lo que equivalía, en esa oportunidad, a Bs.S 7.200, en tanto que, por su renovación, 1 PTR, lo que equivalía en ese entonces a Bs.S 3.600.

Para el momento en que Delcy Rodríguez efectúa el anuncio en comentario, se había registrado, por un lado, la reconversión monetaria que había eliminado cinco (5) ceros al bolívar, implementándose el

¹⁵ G.O N° 38.458 del 14-06-06

llamado Bolívar Soberano (Bs.S) y, por el otro, dos ajustes en el valor de la UT con la instrucción impartida por el SENIAT de que estos nuevos importes (Bs.S 17 y Bs.S 50) serían aplicados únicamente respecto de tributos nacionales por él administrados. En aquel escenario, en publicación efectuada el 14 de septiembre de 2018 en el Facebook del MPPIJ, se precisó que la UT de Bs.S 0,012 se mantendría vigente respecto de las tasas exigidas por el SAIME¹⁶. En virtud de lo anterior, por la emisión o renovación de un pasaporte, conforme a lo previsto en la LTF debía pagarse la cantidad de Bs.S 0,144, resultante de multiplicar 12 UT x Bs.S. 0,012.

No obstante ser lo anterior lo que se desprendía de la LTF, a ese monto de Bs.S 0,144, el SAIME adicionó los importes anunciados por Delcy Rodríguez, equivalentes a 2 PTRs o 1 PTR, según se tratara de una emisión o renovación de pasaporte, respectivamente.

En fecha 14 de enero de 2019, a raíz del anuncio efectuado por Nicolás Maduro de ajustar el PTR a Bs.S 36.000, el SAIME informó por sus redes sociales¹⁷ que, a partir de ese momento se cobrarían Bs.S 72.000 por la emisión del pasaporte (2 PTRs) y Bs.S 36.000 por la renovación (1 PTR), a lo que se agregaba, en ambos casos, Bs.S 0,144, conforme a lo previsto en la LTF.

Posteriormente, en fecha 26 de abril de 2019, el PTR fue aumentado nuevamente, esta vez, a Bs.S 80.000, viéndose igualmente afectado el importe de lo que debía pagarse por la emisión y renovación de pasaportes, llevándolo a Bs.S 160.000 y a Bs.S 80.000, respectivamente.

Más allá de lo hasta ahora descrito, nuevamente al margen de la LTF que se refiere en su artículo 7, numeral 1, únicamente a las tasas por “*expedición y renovación*” de pasaportes, el SAIME contempló pagos adicionales por conceptos de solicitud e impresión de pasaporte y de su renovación. Es así como en fecha 14 de septiembre de 2018 en la Página Web del SAIME aparecieron anunciados los importes a ser pagados por concepto de **solicitud** (780 UT) e **impresión** (780 UT) de

¹⁶ <https://www.facebook.com/MPPIJP/photos/a.971266306257571/2095633607154163/?type=3&theater>.

¹⁷ Venezuela. *Circular S/N°* suscrita por la Directora de la Oficina de Administración, 14 de enero de 2019.

pasaporte o de su renovación, ninguno de los cuales, insistimos, aparece previstos en la LTF como hechos impositivos de tasas¹⁸.

Ni respecto de la creación de nuevos hechos impositivos referidos al pasaporte, así como tampoco en lo relativo al importe de las tasas, ha sido posible ubicar actos formales que contengan tales medidas. En todo caso, aun habiendo emanado esas medidas del Despacho de la Vicepresidencia o del SAIME, no habría explicación alguna que hubiera permitido sustentar su validez a la luz del Principio de Reserva Legal Tributaria consagrado en el artículo 317 de la CRBV, según el cual, sólo por ley pueden crearse tributos, lo que conforme al artículo 3 del COT abarca, entre otros, la regulación por ley del hecho imponible, la base de su cálculo y la alícuota aplicable.

Estando reguladas por la LTF las tasas exigidas por el SAIME mal pueden haberse creado nuevos hechos impositivos, ni modificado su importe por parte del Ejecutivo Nacional, mucho menos, pudo ello concretarse mediante una simple alocución en radio y televisión o la publicación de un *tweet* o de un mensaje en *Facebook*.

La adopción del Petro como UCF respecto de las tasas cobradas por el SAIME, en cualquiera de sus versiones: i) la inicialmente adoptada el 17 de agosto de 2018 (barril petróleo x tipo de cambio de referencia x factor de descuento) o, ii) la que resulte de la valoración del Petro como “criptoactivo” (cesta de *commodities*), es adicionalmente inadmisibles, al tornarse totalmente ajena a la estructura propia del importe de las tasas. No es lo mismo determinar una tasa con base en una estructura de costos que está denominada en bolívares y ajustarla en función de la inflación (UT), a vincular el ajuste de su importe al comportamiento del precio del barril de petróleo o de una cesta de *commodities*, que es totalmente ajeno a la prestación del servicio que es la causa de la obligación. ¿Acaso, el salario de los funcionarios del SAIME y los materiales requeridos para expedir el pasaporte, por tan sólo mencionar algunos de los componentes de la estructura de costos de ese servicio, se comportan en función del precio de aquel hidrocarburo o de minerales como el oro, los diamantes y el hierro?

¹⁸ Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería, “Saime mantendrá valor de aranceles calculados en base a unidad tributaria del 20 de junio”, Caracas, septiembre, 2018. Disponible en: <http://www.saime.gob.ve/noticia/567>, consultado en fecha 20 de marzo de 2020.

Adicionalmente es importante resaltar el impacto negativo que pudiera tener la masificación de este tipo de medidas, especialmente en aquellos casos de institutos autónomos, empresas del Estado o servicios autónomos sin personalidad jurídica, cuyo funcionamiento se financia fundamentalmente por las tasas cobradas por los servicios que prestan. Insistimos en que la liquidez que debe tener lo recaudado por concepto de tributos es fundamental para poder responder ágilmente a los requerimientos de la gestión pública. ¿El recibir PTRs hasta qué punto garantiza esa inmediatez para el sujeto activo de la relación jurídico-tributaria?

La informalidad, imprecisión, inconsistencia y dispersión han caracterizado el tratamiento de una materia tan delicada como la de la identificación de los venezolanos, demostrándose en todo momento la improvisación y absoluto desprecio a la CRBV y la LTF, llegando al extremo de sustituir a la Ley por las alocuciones de radio y televisión y a la Gaceta Oficial de la República por Facebook y Twitter.

Tras el caos descrito, siguió la entrada en vigencia del comentado Decreto N° 4.096 en el que el pago de estas tasas (SAIME) en PTRs quedó circunscrito a todos los actos o documentos vinculados a migración y extranjería, aplicables a todos los extranjeros y extranjeras que se encuentran en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela en condición de no migrantes o de transeúntes que perciban ingresos comprobables en divisas¹⁹. En caso de extranjeros no migrantes o de transeúntes que perciban ingresos comprobables en bolívares al igual que los nacionales residenciados en Venezuela, el PTR opera únicamente como UCF, siendo las tasas pagaderas en su equivalente en bolívares. Por su parte, respecto de los venezolanos residenciados en el exterior se exige el pago de las tasas en divisas, en el caso de la emisión de pasaportes US\$ 200 y, por su renovación, US\$ 100. Al respecto tampoco ha sido posible encontrar un acto oficial que así lo establezca, simplemente avisos publicados en diferentes páginas de servicio consular venezolano de diversos países²⁰.

¹⁹ Decreto N° 3.090 del 22 de septiembre de 2017. publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.242 de esa misma fecha.

²⁰ <https://www.austria.gob.ve/content.php?contecual=38&contepert=1>

Respecto de esta medida es importante reiterar que la utilización del PTR como UCF y/o como medio de pago, está referida al valor del PTR fijado por la SUNACRIP, lo que como ya indicamos, implicó un salto de enormes proporciones, al abandonarse la UCF fijada por Nicolás Maduro.

Tras todos estos pasos, en el mes de marzo de 2020, nuevamente por publicación del SAIME en su Página Web, fue informado que, por la tramitación de un pasaporte por parte de venezolanos residenciados en Venezuela, ha de pagarse una tasa equivalente a 3,3 PTRs, en tanto que el equivalente a 1,6 PTRs por su renovación. Lo anterior representaba para esa fecha, Bs. 14.041.351,93 y Bs. 6.897.928,21, respectivamente.

Es así como, para el mes de marzo de 2020, la tasa por la emisión del pasaporte representa un poco más de 56 salarios mínimos, lo que puede considerarse una negación al derecho que tienen los venezolanos de desplazarse libremente por el mundo, consagrado en el artículo 50 de la CRBV.

A.3.2. Implicaciones de la adopción del PTR como UCF a efectos de la tributación municipal

Altamente peligroso se ha tornado el avance del PTR como UCF, al haberse iniciado su propagación a lo largo y ancho del territorio nacional producto de las medidas adoptadas por algunos municipios de crear sus propios valores fiscales a raíz de la entrada en vigencia de la Providencia Administrativa N° SNAT/2018/0129, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 41.479 del 11 de septiembre de 2018, mediante la cual el SENIAT ajustó la Unidad Tributaria (UT) a Bs. 17, limitando su uso únicamente a efectos de la tributación nacional por él administrada. Esta medida fue ratificada cuando ese mismo organismo reajustó la UT a Bs.50, a través de la Providencia Administrativa N° SNAT/2019/00046, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 41.587 del 7 de marzo de 2019.

Dada aquella restricción al uso de la UT, cuya pertinencia debe llamarnos a reflexión, los Concejos Municipales comenzaron a aprobar

ordenanzas de contenido tributario, en las que el importe de algunas tasas, sanciones por la comisión de ilícitos, fijación de mínimos tributables y bases de exención, entre otros, fueron expresados en función del PTR.

A partir de ese momento y hasta finales de 2019, la UCF adoptada por los Municipios era la fijada discrecionalmente por Nicolás Maduro, cuyo último ajuste de abril 2019, insistimos, ascendía a Bs.S 80.000. Como señalamos, de un tiempo a esta parte, aquel referente fue abandonado, habiéndose empleado al PTR como UCF en función del valor del criptoactivo publicado por la SUNACRIP.

Valga observar que, con la reforma del COT de enero de 2020, la medida adoptada por el SENIAT adquirió rango legal, por cuanto la UT por disposición del Parágrafo Tercero de su artículo 3°... *” sólo puede ser utilizada como unidad de medida para la determinación de los tributos nacionales cuyo control sea competencia de la Administración Tributaria Nacional, no pudiendo ser utilizada por otros órganos y entes del Poder Público... ”*.

Respecto del proceder de los Municipios que valga alertar se potenciará producto de la referida reforma del COT, vale efectuar los siguientes comentarios:

La fórmula mediante la cual se calcula el valor del PTR por parte de la SUNACRIP se encuentra contenida en el *Whitepaper* que ella publica y al que puede reformar cada vez que lo estime pertinente. A pesar de que la naturaleza jurídica de aquel instrumento es controversial, lo que queda muy claro es que no se trata de una ley. Siendo ello así, que corresponda a la SUNACRIP definir la fórmula y fijar el valor del PTR y que en función de ello se impacte la estructura de los tributos no sólo municipales, sino también estatales y nacionales, representa una clara violación al Principio de Reserva Legal Tributaria previsto en los artículos 133 y 317 de la CRBV.

Aun cuando existe una fórmula para fijar el valor del PTR que, valga decir, luce muy compleja en cuanto a su estructura, recientemente quedó demostrado lo poco confiable del proceder de la SUNACRIP en cuanto a su aplicación. Es así como a partir del 9 de marzo de 2020, el precio del barril del petróleo comenzó a descender a nivel mundial

producto de diversos factores geopolíticos (Rusia-Arabia Saudita) y por la disminución de la demanda de ese hidrocarburo como consecuencia de la propagación del coronavirus. En el caso del precio del barril de petróleo en la cesta venezolana, este pasó a cotizarse según el portal web del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, en 189,39 yuanes por barril, al cambio, US\$ 26,69. Si bien el valor del PTR depende según la comentada fórmula en un 50% del precio del barril de petróleo, en tanto que del hierro en 20%, del oro 20% y de los diamantes en 10%, tras varias semanas con un precio del barril venezolano por debajo de los US\$ 30, el valor del PTR publicado por la SUNACRIP se ha mantenido inusualmente incólume en dólares. Es así como para el 9 de marzo el PTR se cotizaba en Bs 4.325.106 o \$59, el 13 de marzo en Bs. 4.345.262,05 o \$58,97; en tanto que el 20 de marzo de 2020 en Bs. 4.254.955 o \$58.8. Pudiera pensarse que la estabilidad del valor del PTR en dólares obedece a que el resto de los commodities se han revalorizado, lo que es cierto al menos respecto del oro, pero, aun así, el peso que éste tiene en la fórmula (20%) y el nivel de aumento por él experimentado no conduce a aquellos resultados. La estabilidad del PTR en bolívares pudiera pensarse responde entonces al descenso del bolívar respecto del dólar, pero ello tampoco ha sido así, no al menos en tamaña proporción. Es así como entre los días 9 de marzo de 2020 y 20 de marzo de 2020 el tipo de cambio de referencia publicado por BCV ha variado en menos de \$1 (1,62%), no pudiendo ser el tipo de cambio el factor generador de aquella estabilidad. Se confirma así lo poco confiable del proceder de la SUNACRIP en cuanto a la valoración del PTR y como ésta es objeto de total control y manipulación por parte del Ejecutivo Nacional.

Mientras la UT procura atender los efectos distorsionantes que produce la inflación que registra el país de manera estructural, ante los cuales, el Poder Público en sus diversas ramas ha considerado necesario y pertinente reexpresar variables cuantitativas vinculadas a la obligación tributaria, con miras a preservar la capacidad contributiva y, en el caso de las sanciones, la magnitud real de las mismas y con ella sus cometidos punitivos, ejemplarizantes y disuasivos; el comportamiento del PTR que hasta la fecha no ha respondido a un criterio constante y lógico, menos aún vinculado a la inflación, sino a variables ajenas a

la capacidad contributiva y a la estructura de las sanciones (precio del petróleo/tipo de cambio de referencia), lo descarta como opción válida a esos efectos.

El comportamiento del Petro como UCF evidencia en bolívares incrementos constantes y de magnitudes considerables, con el consecuente impacto en cualquier obligación que se mida en esa unidad. Tal realidad hace desproporcionado, agravatorio e irracional el mecanismo que con él pretende sustentarse, lo que resulta obviamente ajeno a los parámetros propios de la definición de los tributos y de las sanciones.

El proceder de los municipios que han adoptado al PTR como UCF, quebranta adicionalmente lo dispuesto en el artículo 163, numeral 4 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM), según el cual: *“4.- Las multas por infracciones tributarias no podrán exceder en cuantía a aquéllas que contemple el Código Orgánico Tributario”*. Al comparar a las multas previstas en el COT de 2014 expresadas en UT con las contempladas en las ordenanzas dictadas bajo su vigencia en las que las sanciones fueron establecidas en función del PTR, es más que evidente la violación que ellas supusieron a la norma nacional armonizadora contenida en la LOPPM. Con la reforma del COT de 2020 en el que las sanciones son establecidas en función del tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor, publicado por el Banco Central de Venezuela, resultará más complejo aun confirmar el cumplimiento de aquella medida, pero seguramente también se quebrantará.

Resulta pues de urgente atención la situación descrita que tiene la potencialidad de continuar extendiéndose a muchos más municipios en el país a raíz de la reforma del artículo 3 del COT. Es preciso tomar pronta acción respecto de este tema, lo que pasa en primera instancia por una revisión profunda de la figura de la UT, en cuanto a su concepción, alcance y modalidad de fijación.

BIBLIOGRAFÍA

España. Ley 58/2003, publicada en Boletín Oficial del Estado N° 302 del 18 de diciembre de 2003.

- Facebook, “Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores Justicia y Paz”, Septiembre, 2018. Disponible en: <https://www.facebook.com/MPPRIJP/photos/a.971266306257571/2095633607154163/?type=3&theater>, consultado en fecha 27 de marzo de 2020
- García Novoa, César. El Concepto de Tributo. Marcial Pons. Madrid, 2012. p. 207.
- Giuliani Fonrouge, Carlos M. Derecho Financiero. Volumen I, Cuarta Edición. Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 417.
- Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería, “Saime mantendrá valor de aranceles calculados en base a unidad tributaria del 20 de junio”, Caracas, septiembre, 2018. Disponible en: <http://www.saime.gob.ve/noticia/567>, consultado en fecha 20 de marzo de 2020.
- Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas. “Petro. Hacia la revolución digital económica”. Caracas, octubre, 2018. Disponible en: <HTTPS://PETRO.GOB.VE/FILES/PETRO-WHITEPAPER.PDF> CONSULTADO en fecha 20 de marzo de 2020.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 193/2004, 4 de noviembre de 2004, Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5198#complete_resolucion&completa, consultado en fecha 20 de marzo de 2020.
- Venezuela, Decreto Constituyente de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Aduanas, publicada en Gaceta Oficial N° 6.507, del 29 de enero de 2020. Venezuela, Decreto Constituyente de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Aduanas, publicada en Gaceta Oficial N° 6.507, del 29 de enero de 2020.
- Venezuela. Circular S/N° suscrita por la Directora de la Oficina de Administración, 14 de enero de 2019.
- Venezuela. Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Canalización y Mantenimiento de las Vías de Navegación, publicado en Gaceta Oficial N° 5.891 Extraordinario del 31 de julio de 2008.
- Venezuela. Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Timbre Fiscal, publicada en Gaceta Oficial N°6.150, del 18 de noviembre de 2014.
- Venezuela. Decreto n° 3.090 del 22 de septiembre de 2017. Publicado en la gaceta oficial de la república bolivariana de venezuela **n° 41.242 de esa misma fecha.**
- Venezuela. Decreto N° 3090, publicado en Gaceta Oficial N° 41.242 del 22 de septiembre de 2017.

Venezuela. Ley Orgánica de Identificación, publicada en Gaceta Oficial N° 38.458, del 14 de junio de 2006

Venezuela. Resolución N° 003 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, publicada en Gaceta Oficial N° 6.429 Extraordinario del 8 de febrero de 2019.

Venezuela. Resolución N° 033 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, publicada en Gaceta Oficial N° 41.389 de 3 de mayo de 2018.

Venezuela. Resolución N° 065 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte y el Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas, publicada en Gaceta Oficial N° 41.227 del 1 de septiembre de 2017.

EL PETRO Y LA ACTIVIDAD COMERCIAL

MIGUEL J. MÓNACO*

* Abogado (UCAB), Especialista en Derecho Administrativo, mención *cum laude* (UCAB), Magister en Derecho (Temple University), Doctor en Derecho (UCV); Profesor de Pregrado y Postgrado de la UCAB, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, Socio de la firma GHM Abogados. Fue Decano de la Facultad de Derecho de la UCAB.

INTRODUCCIÓN

Independientemente de las múltiples consideraciones jurídicas sobre cuál es la naturaleza del Petro, así como las contradicciones y diversas opiniones que existen sobre el mismo, durante el último semestre de 2019 y en la primera parte del 2020, ha habido un intento sistemático por parte del sector oficial por promover su uso en sustitución del bolívar. En este sentido, y dentro de las particularidades que el mismo posee, se encuentra que el Estado venezolano ha pagado obligaciones utilizando al Petro, u otorgado bonificaciones a pensionados de la Seguridad Social o ciudadanos que luego pretenden su uso como medio de pago en el comercio. Esto ha impactado en los comerciantes a quienes se les ofrece éste como contraprestación por los bienes que ofrecen.

Como explicaremos en el presente artículo el Petro no constituye moneda de curso legal en Venezuela, motivo por el cual el comerciante no se encuentra forzado a recibirlo, a menos que medie un pacto previo en ese sentido, y sin que pueda válidamente sancionársele en el caso que decida negarse a ello.

No obstante, también explicaremos las razones por las cuales, si se asumiera que el Petro hubiese sido creado legalmente, o así se efectuare en el futuro, nada obstaría que para se constituyera en un sistema de pago que podría ser constitucionalmente válido en tanto y en cuanto quienes lo reciban o acepten, pueda luego canjearlo por bolívares al valor que libremente pacten. Asimismo, añadiremos que la realización de operaciones con Petro, para quienes las decidan efectuar en el marco de su operación comercial, no debería considerarse como infracciones a las sanciones impuestas por otros Estados respecto de Venezuela.

DECRETO DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE SOBRE EL PETRO Y SU USO PARA EL PAGO DE BIENES Y SERVICIOS

Resulta extraño y quizás hasta contrario a la naturaleza de las criptomonedas que las mismas sean promovidas y reguladas por un gobierno; sin embargo, como señala CARMONA BORJAS, las restricciones cambiarias, la devaluación del Bolívar y el entorno internacional adverso al gobierno venezolano, a sus funcionarios y colaboradores, derivados de las sanciones impuestas como mecanismo de presión para la reinstitucionalización democrática en Venezuela, ha provocado que sean éstos últimos quienes hayan precisamente impulsado un intento de creación de una criptomoneda, en este caso, el Petro¹.

De hecho, desde la perspectiva de la actividad comercial que nos ha correspondido abordar con relación al Petro, se aprecia que este intento de promover una criptomoneda desde un Estado tiene especial relevancia como un intento de sustitución material del Bolívar, como moneda de curso legal en Venezuela, dado que los mecanismos de re-conversión monetaria y políticas cambiarias resultaron insuficientes para detener su pronunciada devaluación².

Un aspecto que quizás podría haber servido para considerar que ello hubiese sido posible habría sido el hecho que el Bolívar prácticamente sólo se utiliza desde hace varios años a través de transacciones electrónicas, dada la ausencia de billetes o monedas que representen valores o cantidades suficientes para ser utilizados como medios de pago.

En ese contexto, el 4 de abril de 2018, la Asamblea Nacional Constituyente³ dictó el *Decreto Constituyente sobre Criptoactivos y la*

¹ Cfr. Juan Cristóbal Carmona Borjas, *Mundo Jurídico de las Criptomonedas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2019, p. 190.

² Entre una cantidad importante de artículos de opinión y noticias, véase Alejandro Di Stasio, “Gobierno quiere sustituir el bolívar por el petro, advierten economistas”, en Efecto Cocuyo. Disponible en: <https://efectococuyo.com/economia/gobierno-quiere-sustituir-el-bolivar-por-el-petro-advierten-economistas/>.

³ Al igual que hemos afirmado en el pasado, es inconstitucional la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, y por lo tanto, su funcionamiento, dado que ello se efectuó por el Decreto del Presidente de la República (Decreto 2.830 publicado en la Gaceta Oficial de la

Criptomoneda Soberana Petro (el “Decreto sobre Criptoactivos”) mediante el cual dictó las normas para “la creación, circulación, uso e intercambio de criptoactivos (...) y en especial del Petro, criptomoneda venezolana, creada de manera soberada por el Ejecutivo Nacional⁴”.

Por lo que respecta a la actividad comercial, el artículo 5 del Decreto sobre Criptoactivos establece que el Petro es una criptomoneda venezolana que es “intercambiable por bienes y servicios, y dinero fiduciario de ‘exchange’ nacionales e internacionales”, el cual es un “instrumento de intercambio, de ahorro e inversión”, lo cual estatuye la intención expresa del Estado venezolano de pretender darle el mismo uso que una moneda, pero bajo esta especial (y *sui generis* en el caso del Petro) forma de criptomoneda.

Más aún, el artículo 9 del Decreto sobre Criptoactivos dispone también que el “Estado venezolano promoverá, protegerá y garantizará el uso de las Criptomonedas como medios de pago en las instituciones públicas, empresas privadas, mixtas o conjuntas, dentro y fuera del territorio nacional”, lo cual obviamente incluye especialmente al Petro, el cual se le ha dado un carácter preferente respecto a cualquier otra criptomoneda, como se aprecia de la reciente reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Impuesto al Valor Agregado, en cuyo artículo 27 se estableció una sobretasa del 5% al 25% de los pagos en divisas, criptoactivos o criptomonedas, salvo que el pago se realice por medio del Petro⁵.

Vale la pena agregar que, en ejecución del artículo 10 del Decreto sobre Criptoactivos, el 1° de octubre de 2018, se publicó nuevamente el *Libro Blanco* del Petro en el cual se dispuso expresamente que el Petro

República Bolivariana de Venezuela número 6.295, extraordinario, de 1° de mayo de 2017) por cuanto dicho funcionario sólo poseía la *iniciativa* para requerir al Consejo Nacional Electoral que realizare un referéndum en el cual los electores decidieren si están de acuerdo en *convocar* a ese órgano supraconstitucional y bajo qué bases comiciales, como lo dispone claramente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por ese motivo, no deben reputarse como válidos los actos emanados de ésta. No obstante, también es preciso reconocer que esos actos son aplicados en la práctica en Venezuela.

⁴ Venezuela, *Decreto Constituyente sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro*, publicado en la Gaceta Oficial No. 6.370, extraordinario, del 9 de abril de 2018.

⁵ Venezuela, *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Impuesto al Valor Agregado*, Gaceta Oficial No. 6.507, extraordinario, del 29 de enero de 2020.

podrá ser utilizado como medio de pago a comercios, restaurantes y empresas de bienes y servicios, con lo cual quedó patentizado aún más la intención del Estado venezolano para que el Petro se convirtiera en un medio de pago que sustituyera al Bolívar.

EL BOLÍVAR COMO ÚNICA MONEDA DE CURSO LEGAL EN VENEZUELA

El intento de promover desde el Estado al Petro como moneda en sustitución del bolívar ha ido más allá de una simple actividad de fomento estatal, pues aquel lo ha utilizado para el pago de obligaciones, subvenciones o beneficios, para pretender luego que sea recibido por terceros, específicamente por comercios, para que puedan ser utilizados por sus receptores o beneficiarios originales en la adquisición de bienes en establecimientos detallistas de distinto tipo⁶.

Tal iniciativa ha encontrado problemas tanto prácticos como legales. El principal problema práctico desde la perspectiva del comerciante no sólo se encuentra en los obstáculos para recibirlos de sus clientes a través de la plataforma *Biopago* creada y manejada por el Banco de Venezuela⁷, por ejemplo, sino luego a la conversión de esos Petros en bolívares, en el caso que no desee mantenerlos y prefiera canjearlos, por cualquier razón. En este caso, los comerciantes enfrentaron numerosos problemas, pues la plataforma del Banco de Venezuela fue suspendida a tal fin, luego de un número considerable de transacciones, impidiendo que éstos pudieran por esa vía obtener bolívares que pudieran utilizar para cualquier transacción con terceros que no desearan recibir Petros⁸.

Desde el plano legal, además, nos encontramos con el derecho del comerciante a no recibir Petros si no lo desee, pues salvo que existiere un pacto expreso que le obligase a recibirlos, los clientes sólo tendrían derecho a exigir que se le recibiera el pago en bolívares, dado que

⁶ Cfr. Redacción Primicia, “Maduro anuncia que pensionados y empleados públicos recibirán medio Petra de aguinaldos” en Primicia. Disponible en: <https://primicia.com.ve/economia/maduro-anuncia-que-pensionados-y-empleados-publicos-recibiran-medio-petro-de-aguinaldos/>

⁷ <http://www.bancodevenezuela.com/empresas/canales/BioPagosBDV.html>

⁸ <https://prodavinci.com/que-esta-pasando-con-el-petro/>

esta moneda es la única de curso legal en Venezuela. En efecto, el artículo 318 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (“CRBV”) dispone que *“la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar”*, por lo que ni siquiera en nuestro criterio sería viable legalmente esa sustitución del bolívar por el Petro.

Más aún, el artículo 106 del Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela⁹ ratifica la condición del bolívar como la unidad monetaria del país, y agrega en su artículo 107 que *“ninguna institución, pública o privada, cualquiera que sea su naturaleza, podrá emitir especies monetarias”*, dejando a salvo lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, la cual si bien ha sido puesta en práctica en algunos lugares, está lejos de constituir un medio efectivo de sustitución del bolívar.

En ese sentido, al no constituir el Petro una moneda de curso legal en Venezuela, ninguna persona se encuentra obligada a aceptarlo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.290 del Código Civil, el cual establece que *“no puede obligarse al acreedor a recibir una cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o aun superior al de aquélla,”* por lo que legalmente ningún comerciante en Venezuela se encontraría obligado a recibir otra moneda que no fuere el bolívar, salvo pacto expreso en contrario.

Ahora bien, creemos pertinente indicar que, si bien el bolívar es moneda de curso legal en Venezuela, no existiría limitación para que el Petro pudiera operar como un sistema de pago adicional, si se realizará mediante un acto de rango legal validamente dictado. Ciertamente, asumiendo hipotéticamente que el Petro hubiese sido creado válidamente, sería válido también asumir que se dispusiera por acto de rango legal al Petro y la plataforma mediante la cual operara como un **sistema de pago** de obligatoria recepción, **pero siempre y cuando el mismo pudiese ser canjeado por los bolívares equivalentes a los que el acreedor hubiese recibido.**

En efecto, sería contrario al derecho de propiedad consagrado en el artículo 115 de la CRBV que alguien fuese constreñido a vender sus

⁹ Venezuela, *Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela*, Publicado en la Gaceta Oficial No. 6.211, extraordinario, del 30 de diciembre de 2015.

bienes y recibir Petros, pero que luego fuese forzado a permanecer con ellos y no poder hacer uso libre los mismos, dado que sería equivalente a que estuviese siendo obligado a desprenderse de bienes de su propiedad, sin recibir un contravalor por ello.

PETRO Y LA LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS

Ya hemos afirmado y explicado las razones por las cuales no existe una obligación legal de aceptar el Petro en sustitución del bolívar, y en caso que se estableciere legalmente como un sistema de pago de obligatoria recepción, ello sólo sería constitucional en el caso que quien lo recibe pudiese canjearlo por bolívares equivalentes al valor del o de los Petros que hubiere recibido.

No obstante, durante diciembre de 2019 y enero de 2020, varios organismos realizaron numerosos operativos para inspeccionar aquellos comercios que no aceptaran al Petro en pago por la compra de los bienes que ofrecieren; entre esos organismos se encontraron especialmente la Superintendencia para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (“SUNDDE”), así como el órgano que representa la Zona Operativa de Defensa Integral (“ZODI”), Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria (“Sunagro”), el Servicio Autónomo Nacional de Normalización, Calidad, Metrología y Reglamentos Técnicos (“Sencamer”) y la Guardia Nacional¹⁰.

De acuerdo a la información pública difundida por los medios de comunicación, en aquellos supuestos en los cuales algunos comerciantes se hubiesen negado a recibir el Petro en pago por los bienes, incluso si no dispusieren de la plataforma de *Biopago* del Banco de Venezuela, éstos no fueron sancionados en función de la obligación de recibir el Petro directamente, lo cual ya hemos indicado no sería válido, sino que fueron objeto de inspecciones para determinar el cumplimiento de otros deberes legales, razón por la cual precisamente acudían a la inspección organismos como Sunagro o Sencamer.

¹⁰ Cfr. Carlos Seijas Meneses, “Maduro usa a la SUNDDE para imponer el petro en los comercios (i)” en TalCual. Disponible en: <https://talcualdigital.com/maduro-usa-a-la-sundde-para-imponer-el-petro-en-los-comercios/>

En todo caso, el argumento legal que públicamente se utilizaba para “*exhortar*” a los comerciantes para aceptar el Petro en pago era que la negativa a hacerlo constituía una violación a la prohibición de impedir el acceso a bienes o servicios a las personas, consagrada en el artículo 47 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos¹¹. Sin embargo, como hemos indicado, ningún comerciante estaba obligado a aceptar al Petro como pago en contraprestación de los bienes que vendía, por lo que tenían una causa legal legítima para no vender a quienes pretendiesen pagar con una moneda distinta al bolívar.

SOBRE LA ORDEN EJECUTIVA 13.827 DE LOS EEUU

Más allá que no existe una obligación de aceptar al Petro como pago por parte de los comerciantes, se ha esgrimido adicionalmente que ellos tampoco deberían aceptarla aun cuando así lo quisiesen, pues ello lo expondrían a las sanciones contenidas en la Orden Ejecutiva 13.827, dictada por el Presidente de los EEUU el 19 de marzo de 2018¹², mediante la cual se prohibieron a las personas de los EEUU o dentro de los EEUU “*(t)odas las transacciones relacionadas con la provisión de financiamiento y otras transacciones en (...) cualquier divisa digital, moneda digital o ficha digital emitida por, para, o en nombre del Gobierno de Venezuela a partir del 9 de enero, 2018*”.

Al respecto resulta pertinente indicar que Orden Ejecutiva 13.827 contiene una sanción primería o *primary sanction* la cual aplica a cualquier ciudadano de los Estados Unidos de América, persona que se encuentre en los EEUU o residente en los EEUU, así como a cualquier entidad organizada de acuerdo a las leyes de ese país, incluyendo sucursales. Ello quiere decir que esas prohibiciones no aplican a venezolanos o personas distintas a lo que se considera *US person* o persona de los EEUU como ya lo hemos indicado, y, en consecuencia, debe concluirse que, en principio, no se encontrarían dentro de ámbito de aplicación

¹¹ Venezuela, *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos*, Publicada en la Gaceta Oficial No. 40.787, del 15 de noviembre de 2015.

¹² EEUU, *Executive Order 13827 of March 19, 2018*. Disponible en: <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/13827.pdf>

subjetivo los comerciantes venezolanos, bien sea personas naturales o jurídicas constituidas en el país que acepten al Petro como medio de pago.

A todo evento, debe recordarse que existe un segundo ámbito considerado como sanciones secundarias y que corresponde a lo que se conoce como *Special Designated Nationals* o nacionales especialmente designados, que son aquellas personas que se le imponen sanciones en particular por la Oficina de Control de Activos Extranjeros (“OFAC” por su nombre en inglés) por considerar que ellas actúan en representación o en ayuda de países que se encuentran sancionados por la OFAC. En estos casos, aun cuando estos no sean *US persons*, la OFAC suele imponerle sanciones que implican que se prohíba a las anteriores hacer negocios con ellas, lo cual suele extenderse en su aplicación a cualquier persona que tenga intereses en los EEUU.

A nuestro entender, y desde una interpretación de la información ofrecida en el portal de Internet de la OFAC¹³, esa designación sería efectuada a personas con una mayor vinculación con los Estados que son objeto de sanciones, y relacionadas a operaciones que sirvan para eludir las prohibiciones que la OFAC disponga respecto de ello, motivo por el cual, en nuestro criterio, los comerciantes venezolanos que voluntariamente recibieren Petros en compensación a compra de bienes por parte de sus clientes no estarían incurriendo tampoco en una conducta que podría estar en contraposición con las *secondary sanctions*¹⁴.

CONCLUSIÓN

El comerciante venezolano y cualquier otra persona no se encuentran obligados a recibir el Petro como contraprestación por los bienes y servicios que ofrezca, en tanto el mismo no constituye moneda de curso legal en Venezuela. Por ese motivo, constituye un derecho de cada persona aceptarlo o no como medio de pago dado en contraprestación.

¹³ Cfr. <https://www.treasury.gov/about/organizational-structure/offices/pages/office-of-foreign-assets-control.aspx>

¹⁴ A todo evento, por tratarse de un asunto que no se corresponde con el Derecho venezolano, el análisis de cualquier situación deberá hacerse caso por caso y tomando en cuenta las consideraciones propias del Derecho de los EEUU.

Aun cuando resultara posible que se siga promoviendo al Petro en el futuro desde el Estado venezolano, con medidas fiscales como las contenidas en el artículo 27 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado, la dolarización informal de la economía venezolana pareciera sugerir que las necesidades que impulsaron su creación habrían disminuido, en tanto el bolívar está siendo sustituido progresivamente más bien por el dólar de los EEUU, lo cual no constituye, en definitiva, una solución formal y profunda a los graves desequilibrios que impulsaron su creación.

**VIDEOCONFERENCIA
HOMENAJE AL PENSAMIENTO JURÍDICO
Y POLÍTICO DE JUAN GERMAN ROSCIO
30 DE ABRIL DE 2020**

**PALABRAS
DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES
PARA LA PRESENTACIÓN DEL FORO VIRTUAL
HOMENAJE AL PENSAMIENTO JURÍDICO
Y POLÍTICO DE JUAN GERMÁN ROSCIO,
CELEBRADO CON LA ACADEMIA
NACIONAL DE LA HISTORIA
EN FECHA 30 DE ABRIL DE 2020,
VÍA TELEMÁTICA
CON LOS AUSPICIOS TECNOLÓGICOS
DE FUNDACIÓN UNIVERSITAS**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales se complace en auspiciar con la Academia Nacional de la Historia este foro en homenaje al pensamiento jurídico y político del Prócer Civil Juan Germán Roscio, bajo el patrocinio tecnológico de la ***Fundación Universitas***.

Son muchas las razones para considerar este evento una especial celebración. Ambas corporaciones iniciamos con esta transmisión el uso de la tecnología telemática para la difusión de nuestros trabajos, proyectando la actividad de las academias nacionales hacia el futuro, en nuestro indeclinable compromiso por la reinstitucionalización democrática del país.

Este salto a la modernidad y al progreso tecnológico ocurre en tiempos muy difíciles para la libertad, para la democracia, incluso, para la salud de los venezolanos.

Estos tiempos de cambios radicales exigen visión, compromiso y determinación. Es imperativa la calidad de las ideas en la lucha jurídica y política y la reciedumbre intelectual en la argumentación defensiva de los ideales de libertad, democracia y de respeto a los derechos humanos.

Es aquí cuando los avances tecnológicos son útiles y propicios para recordar las mejores lecciones de institucionalidad y coraje que forman parte de nuestra memoria histórica como nación.

En este contexto resuena el pensamiento ejemplar, siempre vigente, de Juan Germán Roscio Nieves, nuestro primer prócer civil, padre de la República, ideólogo fundamental del proceso político y social que inauguró el constitucionalismo latinoamericano.

Roscio constituye un ejemplo particularmente relevante para demostrar la perspicacia de las ideas y el compromiso en aquel tiempo de complejidad que marcó el proceso político-cultural que derivó en la independencia americana.

El talento jurídico de Roscio produjo los argumentos por medio de los cuales Venezuela nació como estado Independiente, tales como la *“refutación al principio de la obediencia al monarca”*, el concepto de *“usurpación como soporte de la tiranía”*, el concepto de *“soberanía”* en la ideología liberal del Siglo XIX y la abolición de los *“fueros especiales”*.

Roscio intervino de manera directa en la redacción del acta de Independencia del 5 de julio de 1810, de la primera Constitución de 1811 y en la Constitución Política del Estado de Venezuela de 1819 (Angostura).

Su talante de jurista enjundioso es notable en sus conocidas obras el (i) *“Patriotismo de Nirgua y Abuso de los Reyes”*, escrito en 1811 y el (ii) *“Triunfo de la libertad sobre el despotismo”*, escrito en Filadelfia en 1817, obras en los que desarrolla sus argumentos teológico-políticos directamente contra la tiranía y el despotismo.

Para este especial homenaje contamos con la participación de ponentes altamente conocedores de la vida, pensamiento y obra del prócer. Nos acompañan la (i) Dra. Carole Leal Curiel, directora e individuo de número de la Academia Nacional de la Historia, el (ii) reverendo Padre Luis Ugalde, sacerdote jesuita, individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y de la Academia Nacional de la Historia, la (iii) Dra. Inés Quintero Montiel, Individuo de número de la Academia Nacional de la Historia y el (iv) Dr. Tulio Álvarez, Profesor Titular y Jefe de la Catedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

La Dra. Inés Quintero nos expondrá un breve recuento biográfico de Juan Germán Roscio que permitirá contextualizar su trayectoria como individuo en el momento histórico que le tocó vivir. Nos hará un recorrido sobre las fuentes de formación y experiencia de su pensamiento y una valoración del alcance de su capacidad de reflexión crítica y lo más importantes, cómo se convirtió Roscio en el autor de los documentos fundamentales que sirvieron de sustento a la ruptura con el absolutismo y de soporte a la creación del orden republicano.

El padre Ugalde nos expondrá los fundamentos teológicos políticos del pensamiento de Roscio, desarrollados en favor de la indepen-

dencia para persuadir jurídica y pragmáticamente a los creyentes sobre la compatibilidad de la causa patriota con la fé católica, desmontando los argumentos de los militantes de la Teoría del Derecho Divino como fundamento del poder del Monarca en el sistema político colonial.

La Dra. Carole Leal se referirá al reglamento redactado por Roscio para la elección de los diputados que conformaron la representación de las provincias que luego formaron el Congreso Constituyente de 1811 para declarar la independencia absoluta y redactar la primera constitución de Venezuela. Este documento tiene un especialísimo valor e importancia, porque constituye la primera normativa electoral del mundo hispanoamericano.

Finalmente, el Dr. Tulio Álvarez explicará su tesis sobre el carácter fundamental del pensamiento de Roscio en el proceso político y social que inaugura el constitucionalismo latinoamericano, tanto en la definición ideológica del Estado como organización garante de libertad, como en el reconocimiento de la vigencia de unos derechos inherentes a la persona humana.

Enalteciendo la imagen y el pensamiento de personajes ilustres como Juan Germán Roscio, las Academias Nacionales reafirman su misión institucional rescatando selectivamente nuestro mejor pasado, consolidando nuestras tradiciones y dando estabilidad a nuestro futuro y al cambio.

No puedo terminar estas palabras sin agradecer a los ponentes por su valiosa participación, al académico Ramon Escovar León por su apoyo en la moderación del foro y a la *Fundación Universitas* por la espléndida y eficiente organización de este evento virtual.

Permítaseme una reflexión final citando las palabras de Roscio, en su obra *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*, muy pertinentes y actuales:

“...Armarse del poder sin el consentimiento espontáneo y libre de la nación; abusar de él con detrimento de las altas miras de la sociedad, es una usurpación y tiranía”.

Como Roscio las Academias y las Universidades estamos al servicio de la *libertad* frente al despotismo y de la *dignidad* frente al

servilismo, con el uso del talento, la razón y la reflexión, en base al mérito y la virtud.

Bienvenidos a este foro histórico en formato virtual ***Homenaje al pensamiento jurídico y político de Juan Germán Roscio***. Mis mejores deseos de provecho y éxito en las exposiciones que siguen.

Ft. Lauderdale, 30 de abril de 2020

**EL REGLAMENTO DE ROSCIO
Y LAS ELECCIONES DE 1810:
UNA CONVOCATORIA A LA IGUALDAD
CAROLE LEAL CURIEL
ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA**

El 31 de octubre de 1810, el presbítero Don Pedro Álvarez Granadillo remitía a la Suprema Junta de Venezuela la matrícula civil y el padrón de sufragantes del pueblo de Táchata. Había sido designado comisionado para ejecutar allí el “Reglamento para la elección y reunión de diputados que han de componer el cuerpo conservador de los Derechos del Señor Don Fernando VII en las provincias de Venezuela”.

Álvarez Granadillo resumía en la matrícula civil el total de la población, 1380 almas, la cual clasificó según dos categorías: 503 *blancos* y 877 *pardos*, incluyendo mujeres, párvulos, solteros menores de 25 años, y esclavos. Al cotejar la población que el comisionado Álvarez Granadillo consideró bajo la categoría de blancos, se observa que esta comprende tanto a los indios como a los mestizos. Otro tanto con la que calificó bajo el rubro genérico de pardos, en la cual ubicó a pardos, negros y morenos, libres y esclavos.

Consignó asimismo el padrón de vecinos con derecho a voto: 122 gozaron de ese derecho, entre ellos, 23 indios de los cuales 18 expresaron poseer “bienes muebles”; 34 pardos de los que 29 registraron propiedad de “bienes muebles”; 2 negros libres también propietarios, y 59 sufragantes de calidad blanca, 43 de ellos declarados propietarios de bienes muebles¹.

La matrícula civil y el padrón de sufragantes primarios se habían elaborado siguiendo las instrucciones establecidas en los artículos 3°, 4° y 6° del capítulo I del reglamento redactado en junio de 1810 por

¹ “Matrícula general del pueblo de Táchata” y “Lista de Individuos que tienen voto”, 31 de octubre de 1810 en Archivo Histórico del Concejo Municipal de Caracas (AHCMC): *Padrones 1810*, inventario n° 4338: libro encuadernado en el mismo orden en que estaban recogidos los expedientes siendo cronista de la ciudad Enrique Bernardo Núñez y paleógrafo Julio Castro Guevara, Caracas marzo 1950, sin foliar (s/f).

el abogado en ambos derechos, Doctor Juan Germán Roscio, por los cuales se había normado que para la formación del censo civil se debía especificar la calidad, edad, estado, patria, vecindario, oficio, condición de cada individuo y si se era propietario o no de bienes raíces o muebles; de esa matrícula, que debía sumar a todos los habitantes de la parroquia –incluyendo para esa contabilidad a los exceptuados de toda participación política (entre otros, a los esclavos)–, se determinaría el número de quienes tendrían el derecho de sufragio en primer grado (el padrón de sufragantes), indicándose expresamente que de éste quedarían excluidos:

“[...] las mujeres, los menores de veinticinco años, a menos que estén casados y velados, los dementes, sordo-mudos, los que tuvieran causa criminal abierta, los fallidos, los deudores a caudales públicos, los extranjeros, los transeúntes, los vagos públicos y notorios, los que hayan sufrido pena corporal, afflictiva o infamatoria y todos los que no tuvieran casa abierta o poblada, esto es, que vivan en la de otro vecino particular a su salario y expensas o su actual servicio suyo, a menos que, según la opinión común del vecindario, sean propietarios por lo menos de dos mil pesos en bienes muebles o raíces libres”².

La Junta Conservadora de los Derechos de Fernando VII, establecida el 19 de abril de 1810 en Caracas, había comisionado al Doctor Juan Germán Roscio para que redactara el reglamento con el cual se convocó a la elección de los diputados en aquellos territorios que habían seguido la *“justa causa de Caracas”*, esto es, que hubiesen reconocido la autoridad de la suprema junta, que hubiesen constituido juntas superiores de gobierno en sus respectivas jurisdicciones y que hubiesen desconocido la autoridad del Consejo de Regencia y no respondido a la convocatoria de elección de diputados a las Cortes de Cádiz. Esto significa que sobre

² “Reglamento para la elección y reunión de diputados que han de componer el Cuerpo Conservador de los Derechos del Sr. Don Fernando VII en las provincias de Venezuela”, capítulo I: “Nombramiento de los electores parroquiales”, artículos 3º y 4º en *Textos Oficiales de la Primera República de Venezuela*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Serie Independencia, 1982, tomo 2, pp. 73-74.

la base de este principio político de inclusión-exclusión, participaron en ese proceso electoral, además de la provincia de Caracas, las de Cumaná, Mérida, Trujillo, Barcelona, Barinas y Margarita³.

El reglamento de Roscio comenzó a circular a mediados del mes de junio de 1810, fecha cuando se inicia su publicación por partes en la *Gazeta de Caracas*⁴. Desde finales de julio de 1810 hasta bien entrado el mes de mayo de 1811 se realizaron diversos procesos electorales en aquellos territorios que prontamente se habían comenzado a identificar bajo el nombre de Confederación de Venezuela.

El objetivo que me he propuesto para esta presentación es mostrar la importancia y trascendencia del reglamento bajo el cual se realizaron los primeros comicios libres en Venezuela. Lo que propongo es una relectura de ese documento a la luz de dos aspectos: primero, el problema de la igualdad/desigualdad en el derecho a la participación y representación política que sirve de sustento a las instrucciones de Roscio; segundo, los rasgos específicos de ese texto vistos en comparación con otros reglamentos hispanoamericanos del periodo.

³ Durante los meses cuando se celebraron las elecciones convocadas por la Suprema de Venezuela, a la provincia de Maracaibo se le habían desprendido las jurisdicciones de Mérida y Trujillo, y en ella se realizaron igualmente elecciones para designar al diputado representante ante las Cortes de Cádiz. Sobre el particular véanse los trabajos de: Frédérique LANGUE, “La representación venezolana en las Cortes de Cádiz: Jose Domingo Rus” en *Boletín Americanista*, Universidad de Barcelona (España), n° 45, año xxxv, 1995, pp. 221-247; Ligia BERBESI DE SALAZAR, “Maracaibo ante la independencia nacional”, *Tierra Firme*, octubre 2004, vol. 22, n° 88, Caracas, pp. 449-468; y en especial los trabajos de Zulimar MALDONADO VICTORIA, “La Provincia de Maracaibo a fines del siglo XVIII: la visión de Francisco de Saavedra y José Domingo Rus” en *Revista de Ciencias Sociales (RCS)*, vol. xiv, n° 3, Septiembre - Diciembre 2008, pp. 575 – 589, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad del Zulia, así como “Las ciudades disidentes durante la independencia: El caso de Maracaibo” en línea: http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-95182005004000004&lng=es&nrm=iso; y junto con Germán CARDOZO GALUÉ, “José domingo Rus: su actuación como diputado por la provincia de Maracaibo en las cortes de cádiz (1812 - 1814)”, *Ágora Trujillo*, año 003, n° 004, enero 2000, en línea: <http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/17473>.

⁴ La *Gazeta* nunca llegó a publicarlo completo. Ver *Gazeta de Caracas* del viernes 15, 22 y 29 de junio, 1810 y del viernes 13 de julio, 1810, pp. 34, pp.2-3, pp. 3-4 y pp. 3-4 respectivamente de la edición publicada en Caracas, Biblioteca Academia Nacional de la Historia-Bicentenario de Simón Bolívar, 1983, tomo II.

I. LA DESIGUAL IGUALDAD COMO SUSTENTO DE LA PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA

El Reglamento se estructuró en tres capítulos precedidos por un extenso razonamiento justificando la necesidad de extender el derecho a la participación política a las ciudades, villas y pueblos del interior, tanto a los de Caracas como a los de las otras provincias, para designar representantes con el fin de establecer *“un poder Central bien constituido”* que, en principio, se concibió bajo el molde de *“una confederación”*. Las elecciones se convocaron para asegurar un proyecto confederal, apenas esbozado como propuesta en una proclama de 20 de abril de 1810, en la cual se enunciaba que la soberanía se había establecido de manera provisoria en pocos individuos y que oportunamente se convocaría a otros (no se define en ese momento a quiénes ni cómo) *“a tomar parte en el ejercicio de la Suprema Autoridad”*⁵.

Lo central del preámbulo del reglamento concierne a dos aspectos: primero, la *legitimidad fundada en la igualdad de participación de “todas las clases de hombres libres”*⁶, vecinos o vecindados, de las ciudades, villas y pueblos con lo que, diferenciándose de las reales órdenes de la Junta Suprema Central Gubernativa de España e Indias de 22 de enero y 6 de octubre de 1809, y del decreto dictado por el Consejo de Regencia el 14 de febrero de 1810, se buscó dar respuesta a nivel interno al problema de la desigualdad —o *“mezquina tarifa”*, como también se le llamó— de la representación política americana que entrañaban tales órdenes. Y así evitar, al menos al interior de las jurisdicciones que habían reconocido a la Junta Suprema de Venezuela, *“los reclamos que no dejarían de dirigirle todos los distritos que careciesen de una voz representativa”*⁷, teniendo además presente que la Suprema de Venezuela había denunciado la nulidad del Consejo de Regencia por haberse establecido sin consultar a los pueblos de ambos hemisferios. Segundo, la manera de concebir y establecer *“la regla de la representación”* —o lo que también denominaron *“la verdadera”* o *“la otra representación”*—,

⁵ “Proclama”, *Gazeta de Caracas*, viernes 27 de abril, 1810, *op. cit.*, tomo II, pp. 2-3.

⁶ “Reglamento...”, *Textos oficiales...*, *op. cit.*, tomo 2, p. 66 [negritas nuestras].

⁷ “Reglamento...”, *Textos oficiales...*, *op. cit.*, tomo 2, p. 64.

que puso de manifiesto no sólo la imperiosa necesidad de conciliarla con el tamaño de la población tal y como “*lo exige la naturaleza de tales delegaciones*”, sino también que ésta fue pensada como el espacio legítimo para el ejercicio de la autoridad que habría de suscribir el pacto confederal.

La necesidad de ampliar la participación política está planteada desde el mismo momento en que se instala la Junta Conservadora de los Derechos de Fernando VII, y no sólo con respecto a la incorporación de los vocales-representantes que en ella deberían designar las juntas provinciales que se fuesen constituyendo en atención al manifiesto de 20 de abril, sino también de las otras ciudades, villas y pueblos del interior como bien lo reitera para la provincia de Caracas una proclama publicada el 1º de mayo de 1810:

*“[...] que luego que se reciban los avisos correspondientes del reconocimiento de esta Junta por las Provincias Subalternas, serán convocados **todos los pueblos de la de Caracas**, para que por medio de sus representantes que nombraren libremente, con arreglo a la instrucción indicada en la invitatoria [sic] de las demás Provincias, concurran a esta Junta, formada interina y provisoriamente en el M. I. A. para fijar de común acuerdo el plan de Gobierno y administración que sea más conforme a la voluntad del pueblo de Venezuela”*⁸.

La “*equidad*” para participar en la “*formación del Congreso de los Pueblos*” fue una de las condiciones que exigió, entre otras, la provincia de Barinas durante el largo proceso de negociar su reconocimiento a la autoridad de la Suprema de Venezuela, lo que quizá explique la sobrerrepresentación que tuvo dicha provincia en el Congreso General de Venezuela⁹. La importancia otorgada a la necesidad de constituir

⁸ “A los honrados y fieles habitantes de esta ciudad”, Sala Capitular de Caracas, mayo primero de 1810. En PRO. C. O. 137/130, reproducido en *Textos oficiales...*, *op. cit.*, tomo i, pp. 121-123 [negritas nuestras].

⁹ Barinas, cuya población se había estimado para la fecha alrededor de 75.000 habitantes, eligió 9 diputados cuando debería haber electo sólo 4 sobre la base numérica establecida por el artículo 1º del capítulo II del reglamento (1 diputado por cada 20.000 almas). Sobre los estimados de población de Barinas ver: Archivo General de Simancas (AGS), Secretaría del

una “*verdadera representación*” se sustenta en la elección de los representantes designados por los pueblos en atención al tamaño de la población. De allí que las críticas formuladas a la actuación de la Suprema Junta Central Gubernativa de España e Indias en lo tocante a no ampliar la participación más allá del “*vecindario de las capitales*” donde se formaron juntas provinciales, y la crítica al decreto del Consejo de Regencia de 14 de febrero de 1810 constituyan el fundamento para hacer extensivo el derecho a voto a los vecinos libres con casa poblada de todas las ciudades, villas y pueblos de las provincias que habían reconocido la autoridad de la Junta Suprema de Venezuela establecida el 19 de abril. Justamente, lo que no había hecho España para América.

Tras la ampliación del derecho al voto subyace el problema de la desigualdad de la representación americana, tema puesto a debate desde la inédita experiencia de las elecciones de 1809 cuando los americanos fueron convocados a formar parte del poder de la Junta Suprema Central y Gubernativa de España e Indias que se había erigido en 1808. Las reales órdenes de 22 de enero y 6 de octubre de 1809 por medio de las cuales se convocaron esas elecciones son justamente las que critica el Reglamento de Roscio. Pese a la igualdad declarada entre americanos y peninsulares por la Suprema Junta Central Gubernativa de España e Indias, en la práctica ambos decretos habían puesto de manifiesto la inferioridad de estatuto que se le otorgó a América, así como una marcada desigualdad en la representación política entre ambos hemisferios¹⁰.

Despacho de Guerra, SUG, LEG, 7172, 31: oficio de Fernando Miyares al Conde del Campo de Alange, fecho en Barinas, 12 de julio de 1791; Pedro CUNILL GRAU, *Geografía del poblamiento venezolano en el siglo XIX*, Caracas, Ediciones de la Presidencia de la República, 1987, tomo i, p. 665 y p. 666.

¹⁰ Las reales órdenes de 22 de enero y 6 de octubre de 1809 habían convocado a los americanos a la original experiencia de adelantar un proceso electoral para formar parte del poder central de la Suprema Junta Central Gubernativa de España e Indias, lo que puso a debate el tema de la igualdad política entre americanos y peninsulares. La del 22 de enero había instituido un voto restringido sólo a los ayuntamientos de las ciudades capitales cabeceras de las provincias cuyo resultado final dependía del sorteo realizado por el real acuerdo; la del 6 de octubre, corrigiendo las dudas y, sobre todo, los reclamos suscitados en las distintas jurisdicciones americanas para el cumplimiento de la primera real orden amplió la convocatoria a todas las ciudades cabeceras de partido, y el Real Decreto dictado por el Consejo de Regencia el 14 de febrero de 1810 estableció que se designaría un diputado a las Cortes de Cádiz por cada “capital cabeza de partido de esas provincias” y la elección se haría, a semejanza de lo normado en el decreto de 22 de enero de 1809, por el ayuntamiento de cada capital, para

Esto se hizo aun más notorio por el contraste entre las condiciones establecidas en la “*Instrucción que ha de observarse para la elección de Diputados a Cortes*” decretada el 1º de enero de 1810 por la Suprema de España pocos días antes de disolverse, y el decreto del Consejo de Regencia de 14 de febrero de 1810 por el que América y Filipinas regirían la elección de diputados a Cortes; los americanos tendrían derecho a elegir apenas 30 diputados en contraposición a los más de 200 que corresponderían a la España peninsular, y los americanos habrían de emplear como norma electoral un reglamento similar al utilizado en 1809 para la elección de vocales-diputados a la Junta Central, lo que ofrecía una violenta discrepancia con el amplio sufragio basado en el número proporcional a la población que se le había otorgado a los vecinos peninsulares. El decreto de 14 de febrero de 1810 no sólo reactivaba la fuerza de la normativa establecida por la real orden de 22 de enero de 1809, por la que se otorgó a los ayuntamientos la supremacía para el control del proceso, aunque con mayor discrecionalidad aun, sino que también reforzaba la desigualdad en el goce de los derechos políticos entre americanos y peninsulares.

lo cual se elegirían tres individuos “naturales de la provincia, dotados de probidad, talento e instrucción”, y entre ellos se sortearía uno. Sobre el punto véase el trabajo pionero de François-Xavier Guerra y los posteriores de Jaime Rodríguez los cuales pusieron de relieve lo inédito y extraordinario de este proceso electoral de 1809 que constituyó un verdadero hito en las relaciones entre los dominios americanos y la Península. Igualmente, el novedoso trabajo de Roberto Breña quien también analiza dichas elecciones. François-Xavier GUERRA, *Modernidad e independencias*, Madrid, Mapfre, 1992, capítulo vi: “Las primeras elecciones generales americanas (1809)”, pp. 177-225 y “El Soberano y su reino. Reflexiones sobre la génesis del ciudadano en América Latina” en Hilda SÁBATO (coordinadora), *Ciudadanía política y formación de las naciones*, México, El Colegio de México-Fideicomiso Historia de las Américas-Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 33-61; Jaime RODRÍGUEZ, *La independencia de la América española*, México, El Colegio de México-Fideicomiso Historia de las Américas-Fondo de Cultura Económica, 1996, “Las elecciones de 1809 en América”, pp. 82-88; “Las primeras elecciones constitucionales en el Reino de Quito, 1809-1814 y 1821-1822”, *Montalbán*, Universidad Católica Andrés Bello, n° 34, 2001, pp. 43-75; y *La revolución política durante la época de la independencia. El reino de Quito (1808-1822)*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editorial Nacional, 2006; Roberto BREÑA, *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América, 1808-1824. Una revisión historiográfica del liberalismo hispánico*, México, El Colegio de México, 2006, pp. 90-110. En Venezuela, el único estudio realizado sobre las elecciones de 1809 es el de Ángel ALMARZA, *Soberanía y representación. La Provincia de Venezuela en una época de definiciones políticas, 1808-1811*, Tesis de Maestría en Historia Política Republicana, Facultad de Humanidades, Universidad Central de Venezuela, 2008.

De allí que hayan sido, por una parte, la igualdad como principio que fundamenta la extensión de la participación política más allá de las ciudades cabeceras capitales de provincias y, por la otra, el libre consentimiento de los pueblos por medio de la elección de sus representantes, la fuente de donde dimanaría la legítima autoridad que se constituiría en el cuerpo o congreso general conservador de los derechos de Fernando VII en Venezuela, cuya reunión se proyectó para pactar un arreglo que en principio se definió como “*una confederación*”. Y, en consecuencia de ese principio, que admitió además la igualdad en medio de la desigualdad que entrañaba la figura misma del vecino¹¹, la convocatoria de la Junta Suprema de Venezuela se cursó a “*todas las clases de hombres libres*”, vecinos o avecindados en las ciudades, villas y pueblos, lo que en la práctica implicó un sufragio masculino amplio, sin distinción de calidades, al menos en lo tocante a quienes podían votar en las elecciones de primer grado para nombrar a los electores parroquiales tal y como lo evidencia el artículo 4º del capítulo I del reglamento de Roscio. En tal sentido, entre los “*hombres libres*” se ha de contabilizar a los pardos y morenos libres, así como a los indios, que cumpliesen con una de las dos condiciones (casa poblada o, en su defecto, propietarios), como en efecto se verificó en algunos pueblos y ciudades de la provincia de Caracas de los cuales llevo el registro de sufragantes primarios negros, indios y pardos.

El aspecto central en el Reglamento redactado por Roscio es que la participación política viene dada por la noción de “*hombre libre con casa poblada*”, que va a ser el elemento clave en dicha normativa para determinar el derecho al voto durante el periodo.

¹¹ La noción de vecino es clave para comprender tanto la participación política durante estos comicios, cuya base territorial se asentó en la parroquia, como la incoación de una noción moderna de ciudadanía. Sobre la desigualdad intrínseca a la noción de vecindad véanse GUERRA, ““El Soberano y su reino...” en SÁBATO, *Ciudadanía...*, op. cit., pp. 33-66, así como el análisis transversal y los registros del concepto vecino-ciudadano en JAVIER FERNÁNDEZ SEBASTIÁN (director), *Diccionario político y social del mundo iberoamericano*, Madrid, Fundación Carolina-Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 177-309.

II. LAS PARTICULARIDADES DEL REGLAMENTO DE ROSCIO

Un examen detenido del Reglamento, tomando en consideración aquellos espacios hispanoamericanos que no siguieron la ruta gaditana, revela algunas de las singularidades que lo caracterizan y el indudable peso que tuvo para la elaboración de otras normativas electorales del período tanto para regular las elecciones en Cundinamarca, cuya instrucción decretada el 20 de enero de 1811 es una copia literal del de Roscio con algunas variantes¹², como para normar otras celebradas en los espacios de la Confederación de Venezuela.

Si leemos el reglamento de Roscio a la luz de otras normativas hispanoamericanas debemos subrayar lo siguiente:

1º Desde el punto de vista de su concepción destaca el carácter general de este reglamento, esto es, el hecho de haber sido concebido como una norma de aplicación universal y uniforme en todos los territorios que hubiesen seguido la causa de Caracas. Otro asunto es que en efecto en la práctica se haya aplicado más allá de la provincia de Caracas, como lo muestran las elecciones celebradas en Barinas realizadas sobre la base de la reorganización territorial en 9 departamentos que había ordenado la junta de gobierno de esa provincia¹³; y, al parecer, también las que tuvieron lugar en Cumaná¹⁴. No obstante, diversas

¹² Entre ellas, la base numérica de la representación: 1 “apoderado” por cada 5000 habitantes vs. 1 elector por cada 500 almas en el de Roscio. Véase el “Reglamentos formados por la Suprema Junta de Santafé para facilitar la elección legal de Vocales para la Junta Provincial que ha de gobernar esta Provincia a nombre de Nuestro Soberano el Señor D. Fernando 7º, y mandados circulares para su observancia”, s. e., Santafé de Bogotá, 1811, Archivo Histórico José Manuel Restrepo (AHJMR), rollo 3, fondo 1, vol. 4, ff. 491r-494v.

¹³ Sostengo la tesis de que la Junta Suprema de Venezuela aceptó la sobrerrepresentación bari-nense como parte de la “negociación política” para que la Junta de Barinas reconociese a la Suprema de Venezuela y consolidar el proyecto confederal que estaba en curso. Véase sobre la división territorial de Barinas la “Instrucción mandada formar por la Junta Superior de Gobierno y Conservación de esta Capital para la organización y arreglo de los Cabildos y Departamentos erigidos por Acta de trece de junio de 1810” en Tulio FEBRES CORDERO, *Archivo de Historia y Variedades*, Caracas, Editorial Sur América, 1930, tomo I, pp. 214-218.

¹⁴ No hay un solo estudio sobre las elecciones de 1810 salvo los que he venido realizando para un trabajo que está actualmente en curso (*La Primera Revolución de Caracas...*). No

comunicaciones, así como algunos debates en el Congreso Constituyente, ponen de manifiesto la importancia que tuvo el reglamento como norma legal general para el establecimiento de la “*verdadera representación*”¹⁵. Su pretensión de aplicarla a todo el territorio sin distingo de ciudad capital, ciudades subalternas, villas y pueblos establece un marcado contraste con los primeros procesos electorales neogranadinos, espacio en el cual las fracturas territoriales y la debilidad estructural para constituir un centro político restituidor de la preeminencia de Santafé, en tanto capital del virreinato de Nueva Granada, dieron lugar a un conjunto de normativas electorales diferentes entre 1810 y 1812, de aplicación particular en cada una de las soberanías emergentes, al menos hasta el Acta de la Federación y su ratificación por el Congreso de las Provincias Unidas de Nueva Granada¹⁶.

2º En el Reglamento de Roscio se establece como principio que la participación y la representación política han de ser delimitadas en atención al tamaño de población, incluyendo en la formación de las matrículas civiles electorales a las mujeres, menores de edad, niños, dependientes y esclavos, esto es, a la población excluida del derecho al voto. Esto marca una indudable ruptura con cualquier forma de representación estamental o con aquellas sustentadas en las jerarquías tradicionales coloniales. Definir la participación y representación atendiendo al tamaño de la población supuso desde el inicio una legitimidad

obstante, lo que he logrado establecer es que en Cumaná se violentó igualmente el “Reglamento...” aunque sin lograr precisar en qué consistió la infracción.

¹⁵ En particular a los que dio lugar el proceso de elección de los diputados de Barcelona. Ver *Libro de Actas del Supremo Congreso de Venezuela, 1811-1812*, Caracas, Colección Bicentenario de la Independencia-Asociación Académica para la Conmemoración del Bicentenario de la Independencia, 2011, tomo I, sesión del 19 de junio de 1811, pp. 176-180. Y “Criminales de oficio de Justicia sobre Infidencia, contra D. Francisco Policarpo Ortiz, primer autor de las revoluciones de ella”, en Laureano VALLENILLA LANZ, *Causas de Infidencia. Documentos inéditos relativos a la Revolución de la Independencia*, Caracas, Lit. y Tip. del Comercio, 1917, pp. 199-264.

¹⁶ Sobre el punto véase el espléndido trabajo de Daniel GUTIÉRREZ ARDILA, *Un nuevo reino. Geografía política, pactismo y diplomacia durante el interregno en Nueva Granada (1808-1816)*, Bogotá Colección Bicentenario-Centro de Estudios en Historia, Universidad del Externado de Colombia, 2010. Y del mismo autor la compilación sobre normativas electorales neogranadinas en *Las asambleas constituyentes de la independencia, Corte Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

basada en el número, no así en la calidad de los electores, lo cual sella una diferencia significativa con las formas iniciales de la representación en el espacio político del Río de la Plata de la década de la revolución, periodo durante el cual la representación se limitó a las ciudades sin consideración al tamaño de la población, al menos hasta el Estatuto Provisional de 1815, lo que implicó que la antigua capital del virreinato –Buenos Aires– tuviese superioridad en la cantidad de representantes, y generó una significativa conflictividad política con las respectivas consecuencias para la construcción de aquella confederación¹⁷.

3º A diferencia de lo estatuido para la elección de diputados a las Cortes de Cádiz y/o de lo pautado en otros reglamentos hispanoamericanos (tengo en mente, por ejemplo, la instrucción para Cartagena), el mecanismo electoral se diseñó y se practicó por sufragio indirecto de dos grados, lo que nos inserta en un universo electoral mucho más próximo al individuo (mientras más grados hay más lejos se está del individuo), y a semejanza de la mecánica de votación por dos grados establecida en las leyes electorales francesas entre 1789 y 1791¹⁸.

El de Cartagena, que fue aprobado el 11 de diciembre de 1810, y es tal vez el más radical de todos los redactados durante el período, supuso un sufragio indirecto de tres grados, aunque el sufragio primario implicó una base de representación muy amplia (1 elector por cada

¹⁷ Véanse los trabajos de: José Carlos CHIARAMONTE (con la colaboración de Marcela TERNAVASIO y Fabián HERRERO) (1995): “Vieja y nueva representación: Los procesos electorales en Buenos Aires, 1810-1820” en Antonio ANNINO, *Historia de las elecciones en Iberoamérica. De la formación del espacio político nacional, siglo XIX*, México, pp. 19-63; del mismo autor, “Ciudadanía y representación en la génesis del Estado argentino” en Hilda Sabato (coordinadora), *Ciudadanía política y formación de las naciones*, México, El Colegio de México-Fideicomiso Historia de las Américas-Fondo de Cultura Económica, 1999, pp.94-116. Y los de: Marcela TERNAVASIO, *La revolución del voto. Política y elecciones en Buenos Aires*, Argentina, Siglo XXI editores Argentina s.a., 2002; Geneviève VERDO, *L’indépendance argentine entre cités et nation (1808-1821)*, París, Publications de la Sorbonne, 2006 y de esta misma autora, “La ciudad como actor. Prácticas políticas y estrategias de pertenencia: El caso del Río de la Plata (1810-1820)”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía y Humanidades*, año 9, n° 18, 2007, Segundo semestre, pp. 180-195 y Fabio WASSERMAN, “Federalismo-Argentina/Río de la Plata”, en FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, *Diccionario...*, op. cit., pp. 451-461.

¹⁸ Sobre éstas véase Patrice GUÉNIFFEY, *La Revolución Francesa y las elecciones*, Prefacio de François FURET y Liminar de François-Xavier GUERRA, México, Instituto Federal Electoral-Fondo de Cultura Económica, 1993/2001, 1ª ed. en español.

50-150 almas, 2 por 150-250 y así sucesivamente), con la participación de todos los vecinos “*blancos, indios, mestizos, mulatos, zambos y negros, con tal que sean padres de familia, o tengan casa poblada y que vivan de su trabajo*”¹⁹.

Y la Instrucción de 1º de enero de 1810” decretada por la Junta Suprema Central Gubernativa de España e Indias para elegir los diputados a Cortes, diseñó un dispositivo electoral complejo de hasta 5 grados: el parroquial, en el que “*todos los parroquianos*”, “*con casa abierta*” y mayores de 25 años, salvo las exclusiones propias del período (mujeres, dependientes, vagos, transeúntes, deudores, etc.), elegían 12 compromisarios; éstos designaban 1 elector parroquial; los electores parroquiales nombraban 12 electores capitulares; los electores capitulares a su vez escogían al elector (es) correspondiente(s) al partido capitular (elecciones capitulares); por último, los electores capitulares seleccionarían al diputado(s) que le tocaba a esa provincia de acuerdo al tamaño de la población. Esa instrucción contempló además que las Juntas Superiores de Observación y Defensa, así como las ciudades que en 1789 hubiesen enviado diputados a Cortes (ciudades con voto en Cortes), eligieran también diputados a las Cortes que se reunirían en Cádiz²⁰. La *Constitución Política de la Monarquía*, sancionada en 1812, conservó esa compleja votación de varios grados, aunque eliminó la de las juntas superiores y la de las ciudades con voto en Cortes.

4º Una última diferencia, no menos desdeñable, concierne al hecho de que el reglamento fue concebido desde un principio para regular y canalizar la eventual movilización y participación popular y el ejercicio directo de la soberanía a través de dos mecanismos: el primero de ellos, con la supresión de cualquier forma de asamblea o congregación electoral primaria.

¹⁹ “Acuerdo del Gobierno de Cartagena reorganizando el gobierno Provincial, e instrucciones para las elecciones 1810, Diciembre 11” en Archivo Histórico José Manuel Restrepo (AHJMR), rollo 5, fondo I, vol. 9, ff. 15r- 25v. y la “Instrucción que deberá observarse en las elecciones parroquiales, en las de partido y en las capitulares, para el nombramiento de diputados en la Suprema Junta de la Provincia de Cartagena” en Archivo General de la Nación (AGNC), Archivo Anexo, Fondo Historia, rollo 11, ff. 350r-353v

²⁰ “Instrucción que deberá observarse para la elección de Diputados a Cortes”, 1º de enero de 1810. Tomado de la edición digital a partir de Manuel FERNÁNDEZ MARTÍN, *Derecho parlamentario español*, Madrid, Imprenta de los hijos de J. A. García, 1885, tomo II, pp. 571-593.

Si hay algo peculiar al procedimiento electoral establecido por el de Roscio con respecto a otros reglamentos hispanoamericanos es que el sufragio primario se hace por medio de la recolección individualizada, casa por casa, entre quienes gozaron del derecho a voto, lo que otorgó un poder discrecional significativo a los recolectores del voto (comisionado y eventuales testigos de los sufragios verbales)²¹ y suscitó más de un reclamo sobre ese modo de proceder²². A diferencia de ello, en reglamentos hispanoamericanos del periodo que he examinado, el voto primario supone siempre la reunión de la comunidad de sufragantes con celebración de una misa previa y el compromiso de emitir un “*voto honesto*”²³. Una explicación plausible para comprender la supresión de

²¹ Artículos 8º, 9º y 10º del capítulo I del Reglamento.

²² Como por ejemplo el suscitado durante las elecciones de primer grado en la parroquia de Carayaca, cuyo cura párroco, presbítero don José María González, se negó a firmar el acta electoral “en un asunto de primera importancia para la república” por no haberse observado en la recolección de votos lo que exigía el Reglamento, pues además de haberse repetido “votos de personas que ni están incluidas en la lista de la matrícula”, el comisionado había excluido a los vecinos que lo daban de palabra, cuyos votos agregaba a quien quería favorecer como elector. Una vez notificada la Suprema Junta de Venezuela exigió ésta informe sobre lo ocurrido al corregidor de Maiquetía, Francisco Talavera, autoridad responsable de nombrar al comisionado electoral de aquel pueblo. El informe de Talavera es harto elocuente: aparte de advertir que se vio obligado a sustituir al primer comisionado por solicitud expresa del párroco de Carayaca, acusa a este de no haber acompañado a aquel comisionado a formar la matrícula civil pidiéndole “que hiciese venir a todos a matricularse” y, de haber presionado a los feligreses para que votaran a su favor, atentando así –alegó Talavera– contra “la libertad del voto”. “Representación de Don Vicente González, natural y vecino de Caracas, a nombre de su legítimo hermano, presbítero Don José María González dirigida a la Junta Suprema de Venezuela”, Caracas 27 de agosto de 1810 e “Informe del corregidor de Maiquetía, D. Francisco Talavera, Maiquetía”, 29 de agosto de 1810, en AHCMC, *Padrones 1810*, s/f.

²³ También es una diferencia significativa con los procedimientos electorales franceses durante la Revolución en los que el asambleísmo primario con la creación del cantón como división administrativa-territorial buscó justamente desvincular el ejercicio del voto de primer grado de su asiento parroquiano y de autonomizar el sufragio de los lazos tradicionales y de la influencia local (el cura párroco, los principales del pueblo), sin mucho éxito por cierto. Ver GUÉNIFFEY, *La Revolución...*, op. cit., p.301. Para Hispanoamérica, el siguiente material: “Acuerdo del Gobierno de Cartagena reorganizando el gobierno Provincial, e instrucciones para las elecciones”, 1810, Diciembre 11 en AHJMR, rollo 5, fondo I, vol. 9, ff. 15r-25v., y la “Instrucción que deberá observarse en las elecciones parroquiales, en las de partido y en las capitulares, para el nombramiento de diputados en la Suprema Junta de la Provincia de Cartagena” en Archivo General de la Nación (AGNC), Archivo Anexo, Fondo Historia, rollo 11, ff. 350r-353v.; “Reglamento para la elección de vocales en la Junta Provincial, y de diputados en el Colegio Constituyente de Cundinamarca 1811, Enero 20” en AHJMR, rollo 3, fondo

este ritual de reunión comunitaria tal vez haya que buscarla en el hecho de que al ampliar el derecho al voto –que en sí mismo implicaba la tensión de conciliar la participación popular, como fuente de legitimidad, con frenos para filtrarla– había que crear mecanismos que aseguraran un mayor control sobre la(s) escogencia(s) de los sufragantes, así como resguardarse de las facciones y discordias que atentaran contra la voluntad unanimista del proyecto tal y como lo expresó Roscio en el preámbulo de la convocatoria al resaltar la necesidad de “[...] *prescribir reglas saludables para evitar los peligros de reuniones tumultuarias, que, dando pábulo a las facciones, impedirían acaso que se oyese la opinión general*”. De allí que haya creído “*la Suprema Junta que no está demás cualquier providencia dirigida [...] a sofocar los gérmenes de discordia [...]*”²⁴.

El segundo de los mecanismos concierne a que desde un inicio se presentó la delegación, el gobierno representativo, como el medio más efectivo para evitar el ejercicio directo de la soberanía y como la base para legitimar el ejercicio del poder²⁵. A diferencia de esto observamos, por ejemplo, como en el Río de la Plata la década revolucionaria está marcada por la práctica de cabildos abiertos y asambleas que –observa Marcela Ternavasio– “*se convirtieron en ámbitos de legitimación de decisiones que afectaban directa o indirectamente el poder político*”²⁶. No fue este el caso de lo ocurrido en Venezuela a pesar de los esfuerzos desplegados entre 1811 y 1812 por la Sociedad Patriótica de Caracas

1, vol. 4, ff. 491r-494v]; “Reglamento de las elecciones de la Provincia de Antioquia 1811, Agosto 17” en Archivo Histórico de Antioquia (AHA), doc. 10347, ff. 58-63 publicado en GUTIÉRREZ, *Las asambleas...*, op. cit., pp. 222-231; “Instrucción que deberá observarse para la elección de Diputados a Cortes”, 1º de enero de 1810, tomada de la edición digital de FERNÁNDEZ MARTÍN, *Derecho parlamentario...*, op. cit.; “Estatuto Provisional del Gobierno Superior de las Provincias Unidas del Río de la Plata a nombre del Sr. Don Fernando VII”, 22 de noviembre, 1811, en E. RAVIGNANI (compilador), *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas, Facultad de Filosofía y Letras, 1939, tomo vi, 2ª parte.

²⁴ “Reglamento...”, *Textos...*, op. cit., p. 65 [negritas nuestras].

²⁵ Sobre los mecanismos del gobierno representativo y el concepto de representación, véanse Hanna Fenichel PITKIN, *El concepto de representación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, y Bernard MANIN, *Los principios del gobierno representativo*, España, Alianza Editorial, 1988.

²⁶ TERNAVASIO, *La revolución...*, op. cit., p. 44.

y sus filiales para instaurar otros espacios de participación y legitimación política que traspasaran los límites electorales y los de la delegación establecida en los diputados reunidos en el Congreso General de Venezuela²⁷.

Y en lo que respecta propiamente a los territorios de la Confederación de Venezuela, se ha de resaltar el peso que tuvo el Reglamento de Roscio en el diseño de otras normativas electorales (de carácter provisorio o establecidas constitucionalmente) elaboradas con vista al desarrollo de elecciones celebradas entre 1811 y 1812 para la designación de oficios concejiles, corregidores, legislativos y ejecutivos provinciales, colegios electorales²⁸.

²⁷ Me refiero a los clubes (o formas de sociabilidad política) establecidos por la Sociedad Patriótica de Caracas en Barinas (en la ciudad de Barinas y el pueblo de Sabaneta), Valencia, Puerto Cabello, Trujillo, Barcelona, Guanarito, Barquisimeto, etc. con el propósito de convertirse en “escuelas de patriotismo” para la sociabilización popular de las ideas de independencia, libertad e igualdad. Sobre el punto véanse los trabajos de Carole LEAL CURIÉL, “Tertulia de dos ciudades: Modernismo tardío y formas de sociabilidad política en la provincia de Venezuela” en François-Xavier GUERRA & Annick LEMPÉRIÈRE (coordinadores), *Los espacios públicos en Iberoamérica. Ambigüedades y problemas, siglos XVIII-XIX*, México, Fondo de Cultura Económica-Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, pp. 168-185; “Tensiones republicanas: De patriotas, aristócratas y demócratas. La Sociedad Patriótica de Caracas”, en Guillermo PALACIOS (coordinador), *Ensayos sobre la Nueva Historia Política en América Latina. Siglo XIX*, México, El Colegio de México, pp. 231-263.

²⁸ Entre ellas la de corregidores para la ciudad de Caracas, las municipales en la provincia de Caracas (ambas en 1811); la de oficios concejiles en Trujillo (1811); la de los Colegios Electorales en Mérida y Trujillo (1811); las normas redactadas por el comisionado político de la provincia de Barcelona para organizar el sistema de gobierno popular en ella (1811-1812); y el reglamento para designar al ejecutivo provincial de Caracas (1811 y 1812) por citar las más relevantes. En estos procesos –normados algunos por instrucciones *ad hoc* o bien por reglas enunciadas en las constituciones provinciales– está presente la huella del Reglamento de Roscio. Véanse: “Varios vecinos de la Villa de Araure quejándose de los procedimientos de aquel Justicia Mayor, escribano y otros individuos del Ayuntamiento y proponiendo capitulación de las elecciones del expresado año, Caracas, 1811” en Archivo del Libertador (AL), sección Registro Principal, Legajo 01, documento n° 17; “Instrucción mandada a formar por esta Junta Superior de Gobierno y conservación para el arreglo de los cabildos y departamentos erigidos por acta de 7 de diciembre a nombre del gobierno superior provincial y aprobada en veinte y nueve de enero de 1811, en AGN, *Sección Causas de Infidencia*, tomo VII, expediente n° 6, 1812, “Contra el Capitán y Alcalde, Don José Miguel de la Bastida Briceño”, fs. 365-417; cap. III, art. 4° al 28° de la Constitución de Mérida; “Elecciones Municipales verificadas el 19 de Abril”, *Gazeta de Caracas*, martes 21 de mayo de 1811, p. 4; “Legislatura de Caracas”, *Gazeta de Caracas*, martes 17 de diciembre de 1810, pp. 3-4; “Elección de Poderes Provinciales”, *Gazeta de Caracas*, martes 4 de febrero

ooo

Cierro señalando que la importancia del Reglamento de Roscio radica justamente en la definición misma de lo que él considera “*la verdadera representación*”, esto es, en el carácter inclusivo de ésta tanto en lo tocante al pionero establecimiento en Hispanoamérica de la condición de libertad para el goce del derecho al voto “*todas las clases de hombres libres son llamados al primero de los goces ciudadanos*”, como en lo relativo a perfeccionar la representación al haber hecho extensivo ese derecho a los vecinos libres de todas clases y sin distingo de calidades de todas las ciudades (capitales y subalternas), villas y pueblos, y no sólo a las capitales cabeceras de provincia que formaban parte de la “*representación imperfecta*” de la Suprema Junta de Venezuela de 1810. Conceder derecho al sufragio “*a todas las clases de hombres libres*” instituye como principio la inclusión de sectores habitualmente excluidos de la *res publica* (vg. pardos y castas en general), e introduce un deslizamiento semántico al abrir la posibilidad de concebir la eventual igualdad política en la noción misma de vecino, ya de por sí un concepto que entrañaba desigualdad en la tradición política en la cual estaba inserto.

El texto de Roscio se define por negación a la desigualdad intrínseca que se instauraría en Cádiz respecto a la representación americana, es decir, respecto a esos “*renglones torcidos de la igualdad*” tras los que subyacen –como bien ha subrayado Portillo Valdés– no un derecho sino una “concesión realizada de acuerdo con los límites de una concepción colonial”²⁹.

En el Reglamento de Roscio, la noción de representación supuso, de entrada, el principio electivo popular con exclusión de cualquier tipo de representación estamental, lo que marca una ruptura con las prácticas antecedentes en el marco de la monarquía católica y con las

de 1812, pp. 2-4; Causa seguida contra el Dr. Francisco Espejo en Mario BRICEÑO PEROZO, *Causas de infidencia*, Caracas, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia-Sesquicentenario de la Independencia, 1960, tomo II, pp. 83-306.

²⁹ José María PORTILLO VALDÉS, *Crisis atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispana*, Madrid, Fundación Carolina-Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos-Marcial Pons, 2006, pp. 102-103.

formas representativas presentes durante el juntismo de 1810, aunque a semejanza y en paralelo al curso seguido por los liberales peninsulares: no hay representación legítima, aunque sea interina, si ésta no proviene de la anuencia otorgada por medio de la elección popular. Recurrir al mecanismo de elección como medio para dar consentimiento al ejercicio de la autoridad, cimiento de la obligación política, es el elemento clave para la formación de los gobiernos representativos³⁰.

La relectura del reglamento de Roscio y el examen de las prácticas electorales de este corto periodo de la primera revolución de Caracas quizá sirvan para arrojar luces sobre una interrogante que gravita siempre en torno al “*caso venezolano*” en el mundo hispanoamericano, esto es, cómo explicar su violenta y temprana ruptura con España, con Fernando VII y su también precoz y radical identidad política republicana, así como quizás sirvan para dar cuenta del éxito que tuvo la creación de la Confederación de las Provincias Unidas de Venezuela. A diferencia de otras regiones (Nueva Granada, Río de la Plata), nuestro proyecto confederal pudo consolidarse prontamente durante el corto tiempo que duró este primer ensayo republicano. Tal vez una de las claves de esa rápida consolidación esté justamente en las condiciones establecidas por el Reglamento de Roscio, esto es, la legitimidad basada en el número y la condición de libertad para el goce del derecho al voto.

³⁰ MANIN, *Los principios...*, op. cit., p. 109.

**UN BREVE RECUENTO BIOGRÁFICO
DE JUAN GERMÁN ROSCIO
PROF. INÉS QUINTERO***

* Profesora Titular de Historia en la Universidad Central de Venezuela, Doctora en Historia, Ex-Directora de la Academia Nacional de la Historia y actualmente miembro de su junta directiva.

Buenos días. Muchas gracias por esa presentación tan cariñosa, tan positiva. De verdad saludo esta oportunidad que nos ofrecen estos recursos telemáticos para que en estas circunstancias tan complejas, tan difíciles, tan paralizantes, tengamos la oportunidad de discutir, comunicar lo que hacemos, los que somos, profesores, docentes, investigadores intelectuales que nos preocupa la realidad en la cual vivimos, y precisamente ese sentido, este foro tiene la intención de hacer valer la importancia de la historia y de quienes nos han precedido como fundamento del accionar en el presente.

En el caso de Juan Germán Roscio es un personaje no solamente fascinante sino conmovedor por su biografía y por todo lo que representó su trayectoria vital y si yo fuese a destacar alguna cualidad esencial en la vida de Juan Germán Roscio, fue la de haber sido capaz de adecuarse y dar respuestas a su realidad desde los recursos intelectuales de un pensamiento crítico. Yo creo que hay algo valioso y sustantivo de la trayectoria de Roscio es precisamente esa, de haber sido una persona que en el tiempo que le tocó vivir fue capaz de a partir de la reflexión crítica de sus conocimientos y de lo que era su bagaje intelectual, para procurar dar respuestas, para que esa realidad tuviese sentido y pertinencia y no solamente sentido y pertinencia para ese momento histórico, sino sabemos también, el sentido y pertinencia que tuvieron a la luz de lo que fue la construcción de los proyectos republicanos en Venezuela e Hispanoamérica.

En el caso de Roscio y es llamativo y sobre todo sorprende, es ver que una figura de esta significación, de esta relevancia, de esta densidad, de esta significación histórica, ha habido y hubo historiográficamente un silencio llamativo, una omisión, verdades que muchas veces uno se plantea como que fuese inexplicable y eso tiene por supuesto tiene una

razón muy franca y muy terrible al mismo tiempo y es que la historia, se construyó no sobre los procesos de pensamiento sino más bien sobre los procesos de la guerra.

Sabemos que nuestro relato histórico muy idealizado y maniqueamente escrito no se dedicó a desarrollar, ni a reflexionar, ni a transmitirse lo que fue el profundo debate de la dramática exigencia que constituyó dar respuestas al proceso de construcción de la república y ese es el papel que tiene Roscio en este proceso, y sobre todo me parece importante, que las Academias podamos retomar esta preocupación sobre todo porque más recientemente yo diría que es un proceso absolutamente del siglo XX y de los procesos de profesionalización que han ocurrido en estas disciplinas que Roscio ha sido atendido con la profundidad, con la reflexión que merece.

Yo creo que muchos de los estudios que hay sobre Roscio son de tiempos muy recientes, tenemos aquí el privilegio de contar con tres estudiosos extraordinarios de la obra de Roscio como son el padre Luis Ugalde, la Dra. Carole Leal y el Dr. Tulio Álvarez, pero también es preciso decir que hay otros estudiosos, lamentablemente no nos acompañan aquí, pero que sus obras y sus reflexiones han sido de profundo provecho para lo que estamos revisando hoy, yo en verdad quiero mencionar a Luis Daniel Perrone, un joven investigador, politólogo con una formación extraordinaria que se ganó el Premio Rafael María Baralt, con un trabajo sobre Roscio que es un aporte esencial para la comprensión de este personaje. Están también los trabajos de Nidia Ruiz que son importantes en la reflexión sobre Roscio y sobre todo eso el esfuerzo que ha habido más recientemente por atender la dimensión intelectual de este pensador esencial en la construcción del proyecto republicano, insisto no solamente para Venezuela, sino lo que él significa para el pensamiento republicano hispanoamericano.

La primera cosa que yo quiero destacar es el tiempo que le toco vivir a Roscio, fue un tiempo como lo dijo el Dr. Romero-Muci en su intervención y lo enfatizó también Ramón Escovar León, fue un tiempo de profundos cambios, yo creo que no ha habido en las historias de nuestras realidades una conmoción de las dimensiones de la profundidad que representaron los procesos de la independencia, allí hubo, un

vuelco absoluto, una transformación sustantiva de la vida política, del pensamiento, de las respuestas frente a esa vida política, se dismantela y se desmorona el antiguo régimen con todos los valores y todas las prácticas sociales y jurídicas y culturales que implica, y se empieza a construir una propuesta republicana que no tenía precedentes en Hispanoamérica y que además significaba darle contenido y darle forma y posibilidad de practicidad a problemas como el ejercicio de la soberanía, la práctica de la representación, o sea la concepción de la república, la libertad como noción concreta, o sea que fueron exigencias de una demanda extraordinaria y pensar que los individuos y que los hombres, y decimos hombres porque realmente las mujeres no tenían oportunidad ni estaban dispuestas para que participaran en este debate, o sea que los hombres tuvieron que dar respuestas frente a este conjunto de problemas, lo hicieron desde propias experiencias, en este caso nos parece importante dar cuenta de lo que eso representa con relación a Juan Germán Roscio, sobre todo porque Juan Germán Roscio nace y crece en una sociedad que funciona a partir de los preceptos y de los criterios de la sociedad de antiguo régimen, una sociedad profundamente desigual regida por el sistema absolutista de la monarquía española y su crecimiento y su formación es parte de esa realidad.

Juan Germán Roscio nace en San José de Tiznados, en lo que hoy es las profundidades del Guárico que en esa época formaba parte de la Provincia de Caracas, es decir, él no nace en los centros urbanos de esa sociedad colonial, pero no solamente nace en ese espacio retirado, sino que él no es un miembro de la sociedad de las élites principales.

Es el hijo de un emigrado y de una mujer que descende de los indígenas, es un mestizo, no obstante tiene posibilidad de formarse en la universidad y de construir ese bagaje intelectual que va a ser fundamental en su proceso de creación intelectual y le va a tocar ser funcionario de la monarquía, él va a estar en la Capitanía General como asesor y Fiscal de la Real Audiencia, de manera que su trayecto vital inicial va a estar en el contexto de lo que serían las prácticas y principios del orden monárquico y de la sociedad de antiguo régimen.

Por eso yo creo que es tan importante entender de qué manera frente a esas condiciones de su tiempo es capaz de construir respuestas que,

en un comienzo sin ser transgresoras a los principios de funcionamiento de esa sociedad, van a permitir miradas críticas en relación con los aspectos que sostienen esa sociedad.

Yo creo que es inevitable mencionar el conflicto con el Colegio de Abogados que impide su ingreso a esa corporación, precisamente por su condición social y eso es un enfrentamiento que pone en entredicho los fundamentos de esa sociedad desigual y allí en el alegato que construye Roscio frente al Colegio de Abogados va a insistir en eso, en un principio ilustrado de la época: los hombres nacieron libres e iguales, ya por allí van los planteamientos críticos de Roscio, que insisto sin ser transgresores y sin pretender irrumpir contra ese orden plantean algunos de los elementos que en la época ya estaban haciendo ver las inconsistencias y conflictos que estaban presentes en la sociedad de antiguo régimen.

Pero yo creo que todavía más relevancia, importancia y significación tiene lo que representó Juan Germán Roscio en la construcción de los argumentos que van a dar lugar a todo el proceso de construcción republicana. Roscio independientemente de que hubiese tenido esa participación y ese compromiso dentro del sistema de la monarquía española, va a ser protagonista esencial tanto del movimiento juntista del año X (1810), como de todo el proceso inmediatamente posterior y eso no se va a interrumpir hasta el día de su muerte, de manera que se produce una transformación y un compromiso político en su biografía que permite un deslinde con ese pasado de la monarquía y ser eso, figura esencial en el proceso de construcción y elaboración de todos los planteamientos que van a dar soporte a la república, y aquí yo creo que es importantísimo, ya la Dra. Carole Leal va a hacer valer lo que representó el reglamento de elecciones que de verdad es un referente insoslayable en lo que sería el debate sobre la representación y la igualdad, pero también creo que fue muy importante el manifiesto que realiza para justificar el proceso de la independencia porque plantea lo que han dicho los estudiosos más recientes, una teoría de la independencia, o sea que ese discurso maniqueo de los trescientos años de servidumbre que nos llevaron a promover la independencia, lo que está planteando Roscio esencialmente es la necesidad de liberarse de un gobierno

tiránico y despótico que es el absolutismo que estaba en muchas de las premisas que él plantea sobre su rechazo a este tipo de régimen. De manera que esa elaboración va a permitir de alguna forma sacar del debate maniqueo y politizado de la independencia, los motivos reales de lo que significó ese proyecto político en el momento en que ocurrió y que esta sostenido en el año XI (1811). Leer sus intervenciones en el Congreso Constituyente es de verdad muy inspirador respecto a la reciedumbre y a la profundidad de sus planteamientos con respecto a lo que representaba la independencia.

Hay que también destacar lo que significa el papel de Roscio posteriormente. Roscio cuando cae la primera república es sometido a prisión, enviado a España, de allí se escapa y allí también vamos a ver un conjunto de reflexiones cuando él va a hacer valer los derechos que le corresponden frente a la monarquía constitucional y defensa de la constitución política de la monarquía. Pero lo que a mí verdaderamente me estremece del planteamiento y del pensamiento de Roscio, y sobre eso va a hablar el Padre Ugalde, es como desde su capacidad crítica enfrenta el soporte ideológico más firme del absolutismo que es eso, el derecho divino de los reyes. En verdad cuando uno puede leer esos argumentos y cuando puede conectarse con lo que fue digamos el esfuerzo intelectual de poder construir esa argumentación, se queda, no hay otra expresión que de admiración por lo que eso representó en su momento y sobre todo por la manera en que lo plantea y yo quisiera para ir cerrando dar cuenta de lo que esa obra significa.

El prólogo *“El Triunfo de la libertad sobre el despotismo”*, es una autocrítica frente a su compromiso con la monarquía y el subtítulo del libro dice: *“...en la compasión, en la confesión de un pecador arrepentido de sus errores políticos y dedicado a desagraviar en esta parte la religión ofendida con el sistema de la tiranía...”* y la primera línea dice: *“...pequé señor contra ti y contra el género humano mientras yo seguía las banderas del despotismo”*. Yo creo que es el primer político venezolano que hizo una autocrítica de su pasado y lo hizo con una profunda responsabilidad intelectual, yo creo de verdad que *“el triunfo de la libertad sobre el despotismo”* más allá de todo lo que significa, implica realmente una reflexión que parte de la autocrítica y parte de su

deslinde personal, político e ideológico con la Monarquía Española y sobre todo con el absolutismo.

También sabemos que Roscio después de que da a conocer esa importantísima obra en 1817 y después de que fue perseguido, estuvo preso, se escapó de su captores, logra llegar Filadelfia, toma la decisión y eso también es otra cosa encomiable y digna de reconocimiento y de admiración, se regresa, se viene para Venezuela, pero no es que se viene para Venezuela, sino para Angostura, o sea aquel horror de Angostura, lo que eso significaba y se viene a seguir comprometido con el proyecto de independencia, en un contexto completamente distinto al contexto del año X (1810), donde hay una figura esencial que se llama Simón Bolívar y que tiene un proyecto político de lo que podían haber sido las consideraciones de Roscio en el pasado, pero no obstante Roscio va no solamente a ser el editor principalísimo del Correo del Orinoco , sino también va a ser el redactor de un nuevo reglamento electoral que tiene enormes diferencias con el reglamento electoral del año X, pero básicamente sigue estando en su fuero y en su dimensión política la necesidad de resguardar, defender y proteger el principio de la legitimidad política, que yo creo que es un fundamento esencial de todo este proceso reflexivo de una persona como Juan Germán Roscio.

Yo de verdad valoro extraordinariamente la fortaleza política de un individuo que, pese a la adversidad, a las demandas del momento político que le tocó vivir fue capaz desde una crítica descarnada de su propia formación y de su trayectoria pública, desmontar y demostrar las interpretaciones interesadas que se habían hecho de las sagradas escrituras para sustentar esa falsa premisa de que el poder absoluto de los reyes era un mandato divino.

Todo lo que está en la elaboración intelectual de Roscio es en verdad un nicho, una fuente extraordinaria de lo que fue el esfuerzo de construcción del proyecto republicano en ese momento. Definitivamente la república como proyecto político tiene en Juan Germán Roscio todos los contenidos del discurso que tiene que ver con soberanía, representación, legitimidad, división de los poderes públicos e incluso la importancia de la ley y de la palabra del orden constitucional. Se trata de un referente que hoy, en el presente venezolano, sigue siendo

extraordinariamente representativo de no solamente de la musculatura republicana que tuvieron nuestros fundadores de la república, sino de las experiencias que tenemos hoy los venezolanos para seguir consecuentemente defendiendo, protegiendo y enriqueciendo estos valores y estas prácticas republicanas que tan denodadamente nos ofreció Roscio hace más de doscientos años.

Muchísimas gracias por esta oportunidad y verdad por estos compañeros excepcionales sobre este tema y los invito a que conozcan a Roscio, se interesen y sean verdad como todos nosotros, seguidores del pensamiento y de esta producción intelectual.

TEOLOGÍA POLÍTICA DE ROSCIO: DIGNIDAD HUMANA, JUSTA REBELIÓN Y SOBERANÍA LUIS UGALDE, S.J.

SUMARIO

1. Pinceladas biográficas. 2. Estudios de Roscio y Conflictos existenciales. 3. Justa Rebelión Política. 4. Soberanía Popular de origen natural y divino. 5. De la cárcel de Ceuta a Angostura pasando por Filadelfia. 6. A modo de epílogo.

Juan Germán Roscio (1763-1821) es el autor más importante en la búsqueda de argumentos religiosos para conciliar el catolicismo con el republicanismo político. Entendió que la superación del Antiguo Régimen era una verdadera revolución cultural. En la sociedad colonial hispana con un matrimonio tan estrecho entre monarquía absoluta y religión católica, la batalla ideológica para hacer compatibles la soberanía popular con el catolicismo e incluso demostrar la incompatibilidad del catolicismo con la sociedad estamental y el absolutismo monárquico colonial era primordial; la batalla de las ideas era tanto o más importante como la lucha con las armas. En la Iglesia, durante el siglo XVIII, XIX y buena parte del XX, prevaleció el pensamiento a favor del Antiguo Régimen y de la monarquía. Roscio se sentía especialmente preparado y cada vez con una convicción más clara de que esa lucha era su misión política y también religiosa.

1. PINCELADAS BIOGRÁFICAS

Roscio nació en San José de Tiznados (hoy Edo. Guárico,) hijo de padre italiano del Ducado de Milán y madre venezolana mestiza. Fue un jurista muy competente con sólida formación religioso-teológica dentro del Antiguo Régimen colonial y sin salir de Venezuela.

Con la protección de la esposa del Conde de San Javier, María de Luz Pacheco, pudo realizar los estudios universitarios en Caracas. En 1792 obtuvo en la Real Pontificia Universidad de Caracas el título de bachiller en Cánones; dos años después el doctorado en Cánones, y en 1800 el doctorado en Derecho Civil.

Antes de 1809 fue funcionario, profesor universitario y se desempeñó como jurista reconocido dentro del régimen colonial.

El 19 de abril junto con José Félix Sosa irrumpió en el Cabildo como “*diputado del pueblo*” y participó con su amigo el canónigo José

Cortés de Madariaga en las acciones del pueblo contra el Capitán General Emparan. Entró en la Junta Conservadora de los Derechos de Fernando VII y el 27 de abril fue nombrado Secretario de Relaciones Exteriores. Era partidario de la independencia total, pero consideraba que el ambiente político no estaba maduro para que el pueblo comprendiera y apoyara mayoritariamente ese paso. Apoyó esta etapa transitoria de la Junta de Defensa de los Derechos de Fernando VII por *“la necesidad de no alarmar a los pueblos”*. Los hechos demostraron que varias provincias (como Coro, Maracaibo y Guayana) no estaban por la independencia y la mayoría del pueblo era fácil de ser activada en defensa del rey.

Tuvo actuación importante en el Primer Congreso Constituyente Nacional en el que participó como diputado por Calabozo. Para el paso definitivo de la Independencia en 1811 redactó el **Manifiesto que hace al Mundo la Confederación de Venezuela** y, junto con Francisco Isnardy, el **Acta de la Independencia**.

Hizo también aportes importantes a la Primera Constitución cuya redacción definitiva es de Ustáriz.

En 1812 la Primera República fue derrotada y se firmó la Capitulación de Miranda con las garantías de la recién aprobada en España la liberal **Constitución de 1812** y Monteverde violó las garantías ofrecidas; entre los muchos atropellos Roscio fue apresado, sometido a escarnio público y enviado a Cádiz con otros siete con la siguiente recomendación: *“Presento a V.M. esos ocho monstruos, origen y raíz primitiva de todos los males de América”* (Roscio en el Correo del Orinoco en 1820). En Cádiz fue rechazada su solicitud de libertad de acuerdo a la Capitulación, y fueron enviados presos a Ceuta donde Roscio escribió **El Triunfo de la Libertad sobre El Despotismo**. El 21 de noviembre de 1815 con ayuda británica y del amigo inglés Thomas Richard lograron su liberación.

El año 1816 empieza el definitivo cambio favorable a la causa de la Independencia de Venezuela, luego de la derrota espantosa de la Segunda República y de la guerra a muerte (1813-14). Bolívar organiza desde Haití una nueva expedición y escribe a Madariaga que ya están en Jamaica: *“Usted y nuestros amigos Roscio y Castillo harían un fraude a la república, si no le tributasen sus virtudes y sus talentos quedándose en una inacción que sería muy perjudicial a la causa pública”*

(cit.Ug.p.42) P.41 La mayoría de las notas de esta presentación se presentarán de esta manera y se referirán al libro mío *El Pensamiento Teológico-político* de Juan Germán Roscio en su segunda edición publicada en la UCAB en 2007. La primera publicación la hizo en 1992 La Casa de Bello. Me he visto obligado citar de esta manera pues en estos días de cuarentena no tengo acceso a la biblioteca de la UCAB y sólo tenía a mano este librito donde están las notas que se refieren a las fuentes originales).

Roscio estaba decidido a vincularse con la lucha, pero estaba decidido a publicar antes su manuscrito en Filadelfia. Desde 1814 en España dominaba la restauración de Fernando VII y del Antiguo Régimen con apoyo de las potencias de la Santa Alianza. Para 1816 Morillo había llegado a Margarita con un ejército de más de 10.000 hombres para someter a los rebeldes y ese año el embajador español en Roma, Vargas Llaguno consiguió ese año 1816 que el Papa Pío VII firmara la encíclica **Etsi Longissimo** con una condena rotunda de las rebeliones americanas. Ello daba aún más importancia al empeño de Roscio en divulgar su argumentación teológico-político contra las monarquías despóticas y el derecho de los pueblos a la libertad y darse el gobierno que consideraran más conveniente.

2. ESTUDIOS DE ROSCIO Y CONFLICTOS EXISTENCIALES

El cambio político-religioso de Roscio desde finales del siglo XVIII fue madurando con los hechos públicos en España y en Venezuela, los conflictos personales y las crecientes contradicciones entre la evolución de su pensamiento y el orden colonial hispano de discriminaciones estamentales y monarquía absoluta.

El ejercicio de su profesión lo llevó a enfrentarse a las chocantes barreras de la sociedad estamental en la que los mantuanos eran hombres de primera y los pardos, mestizos, negros y blanco de orilla discriminados. De acuerdo a eso el Cabildo de Valencia prohibió a Isabel María Páez el uso de la alfombra para arrodillarse en la Iglesia, por no ser ella mantuana, ni tener “*la pureza de sangre*” requerida. Roscio como abogado defensor fue a fondo en su argumentación con su revolucionaria afirmación sobre la igual dignidad de toda persona humana, tal como

había aprendido en su filosofía y teología escolástica y en su vivencia cristiana: “*¡Infeliz estado, aquel en que la vanidad, la locura y entusiasmo usurpan el premio debido por derecho natural y divino al mérito y a la virtud!*” (cit. Ugalde p. 36). Este radical rechazo de las barreras estamentales lo refuerza en un párrafo no menos fuerte: “*¡Desgraciado pueblo! Aquel en el que la nobleza hereditaria, que es la tercera e ínfima clase se prefiere a la de segunda que es la civil, y lo que es más a la natural, que es la primera clase, las más excelente de todas, la real y verdadera, la celebrada en divinas y humanas letras y la estimada y amada de Dios y de los buenos.(...) y a la verdad sólo ésta debía y debe gozar de todas las distinciones y caracteres inventados por la política de las naciones*” (Cit. Ug. p.36) Ya aquí Roscio afirma rotundamente el principio teológico de la dignidad humana que está llamado a subvertir todo el orden colonial, tanto en lo social como en lo político.

Este duro ataque no se limita a la defensa de pardos y de blancos de orilla, sino también de esclavos negros: “*Y verdaderamente sólo la ignorancia de las leyes de la naturaleza y la atrevida ciencia de los escolásticos pudieron pretender excluir de la especie humana a los negros*” (cit. Ug. p. 50). Afirmará que los esclavos negros pueden ser más dignos y nobles que sus amos mantuanos “*porque los hombres nacieron todos libres, y todos son igualmente nobles, como formados de una misma masa y criados a imagen y semejanza de Dios*” (cit. Ug. p.49). Considera además que es inútil y ridículo perder el tiempo discutiendo insensateces sobre pelucas abanicos, polvos y otras fruslerías, así como en “*pleitos sobre alfombras y tapetes*”. A lo largo de su vida y de su pensamiento el desarrollo de esa idea básica será la matriz de todo su pensamiento.

Cuando en 1798 siendo ya profesor universitario quiso entrar al Colegio de Abogados de Caracas le prohibieron el ingreso por ser nieto e hijo de mestiza. El licenciado Joaquín Suárez de Rivera actuó como censor acusador y calificó sus ideas de “*subversivas, heréticas, sacrílegas y sanguinarias*”, “tanto por opuestas a las leyes fundamentales del reino, como por ser capaz de excitar una queja nutrida de odios, resentimientos y discordias peligrosas contra el sosiego y la tranquilidad pública.” (cit. Ug. p. 50).

La argumentación jurídica de Roscio fue irrefutable y, aunque la sentencia se retrasó hasta 1801, al final fue favorable al Colegio de Abogados.

A partir de 1809 va tomando fuerza la inquietud de la independencia y Roscio camina aceleradamente hacia la ruptura total con el orden colonial, sacando todas las consecuencias del principio básico de igual dignidad humana de su fe y teología católica, que guiarán toda su vida.

3. JUSTA REBELIÓN POLÍTICA

En 1811 en el **Manifiesto de la Independencia** defenderá el derecho natural de los pueblos a darse su propio gobierno y la legitimación jurídica de la Primera República. En la breve duración de ésta, además de los enfrentamientos armados, se presentaron muchas ocasiones para difundir sus ideas en pro de la independencia y de la justa rebelión contra el despotismo. El régimen español exigía sumisión argumentando que ir contra el Rey era ir contra Dios. Una circunstancia especial presentó la ocasión para que el Gobierno delegara en Roscio la respuesta a quienes en Nirgua se adherían a la República. Los vecinos de Nirgua animados por los de San Felipe rechazaron la monarquía en un acto en plaza pública, arrojando al fuego el retrato de Fernando VII. El ayuntamiento se adhirió al Gobierno republicano de Caracas y pidió su apoyo. Roscio el 18 de septiembre de 1811 envió la respuesta a la Municipalidad de Nirgua, que fue publicada además en la Gaceta de Caracas con el nombre **Patriotismo de Nirgua y Abuso de los Reyes**. Pocos meses después también se publicó en Caracas en forma de folleto de unas 15 páginas.

Con el argumento de la dignidad natural de las personas y de los pueblos Roscio enfrenta lo que llama la *“Teología feudal”* la que él estudió en la Universidad de Caracas y que en lo político exigía apoyo a la monarquía absoluta.

Recuerda que la total sumisión al Rey como parte de la obediencia a Dios se enseñaba y se respiraba desde la más tierna infancia. Todo el sistema de formación y toda la cultura ambiente incluían esta idea: *“Desde mis primeros años-dice- vivía yo persuadido de que el rey era Señor de vidas y haciendas (...) Desde la cocinera de mi casa, hasta el*

cura de mi parroquia era tan trivial esta doctrina, que no podía menos de llegar muy luego al conocimiento de los niños. Al Rey y la Inquisición, chitón era otra máxima todavía más frecuente que aquella” (cit. Ug. p. 59). Esa idolatría a los reyes era enseñada y defendida por eclesiásticos que “abusando de su ministerio y de las santas Escrituras, empeñaban su palabra en mantener la ilusión de los pueblos para que no se instruyesen del vicioso origen de los reyes” (cit. Ug. p. 61). En consecuencia de todo eso “Piensan muchos ignorantes que el vivir sin Rey es un pecado” (cit. Ug. p. 61). A lo que Roscio opone que el gobierno de monarquía absoluta es pésimo “nacido casi siempre de la violencia y del fraude, fomentado por el fanatismo y la superstición y transmitido por esta vía desde el gentilismo hasta nuestros días” (cit. Ug. p. 62). Luego trae ejemplos demostrando que se puede vivir sin rey y cita que así vive “la primera (nación) que recobró su independencia y libertad en este Nuevo Mundo” (cit. Ug. p. 62). “Dios no creo reyes ni emperadores, sino hombres hechos a imagen y semejanza suya” (Ib.). Aquí deja ver que quien crea diversas formas de gobierno es el hombre y no hay que sacralizarlas, sino analizar racionalmente desde el punto de vista de la dignidad humana lo que es más conveniente. Aun después del pecado original “queda la libertad, capacidad y derecho de los pueblos para quitar, alterar o reformar el gobierno establecido cuando así lo exige la salud pública y el convencimiento de ser establecido para servir y no para dominar a los hombres” (cit. Ug. p. 63). El criterio es que son los pueblos los que han de decidir lo que mejor sirve para su vida.

En sustancia dice que para quienes reconocen al verdadero Dios no hay monarquía absoluta, pues todos son semejantes y la autoridad política es puesta por ellos y debe rendirles cuentas. Así va argumentando en contra el absolutismo monárquico con citas de la Escritura. Los monarcas absolutos nacen por la fuerza y se mantienen por la idolatría que cultivan. Roscio es muy lúcido al enfrentar el pensamiento eclesiástico dominante de su tiempo y señalar que el poder busca la legitimación de parte de la religión de manera que los reyes sean “reputados y adorados como deidades” (cit. Ug. p. 65) “Engañan a los pueblos y les hacen creer que su autoridad venía inmediatamente de los cielos; que ningún monarca tenía superior sobre la tierra; que su voluntad era la de los

dioses; que, aunque fuesen tiranos y malévolos, debían ser reconocidos, obedecidos y adorados como divinos” (cit. Ug. p.65)

Los jesuitas habían sido expulsados de España y de todas sus colonias cuando Roscio tenía 4 años. Desde entonces los profesores universitarios tenían que jurar que no iban a enseñar la doctrina “jesuítica” de la justa rebelión como moralmente aceptable. Por el contrario, se enseñaba el “*derecho divino de los reyes*”, que en sustancia enseñaba que los reyes eran puestos por Dios y los súbditos no los podían quitar, ni cambiar; si eran buenos era una bendición de Dios; si se convertían en tiranos, era un castigo de Dios, pero sólo Él podía pedirles cuentas. Esta no era la doctrina tradicional católica, pero era la que los teólogos de las monarquías absolutas como Luis XIV habían impuesto como única los siglos XVII y XVIII. Por el contrario, la doctrina tradicional, -sólidamente argumentada por Santo Tomás y reavivada por los jesuitas como Mariana, Suárez y otros-, enseñaba, que son los pueblos los que escogen el tipo de gobierno que quieren para el bien común; cuando los gobernantes se convierten en tiranos, pierden el derecho de gobernar y los súbditos los deben cambiar; si se resisten tienen derecho a la legítima rebelión contra esos tiranos convertidos en mal común.

Roscio dice que la manipulación religiosa a favor de las monarquías despóticas es doble: “*usurpación de los derechos del cielo, usurpación de los derechos del pueblo*” (cit. Ug. p. 65) Su argumentación lo refuerza con citas del Antiguo Testamento. Luego presenta a Jesucristo como “*Libertador y Redentor*”, que “no podía aprobar la usurpación de los emperadores de Roma y demás opresores de aquella época, pero no cae en el error de presentarlo como líder político, sino que resalta principios evangélicos que tienen importantes consecuencias políticas: “*La doctrina de Jesucristo era una **declaración de los derechos del hombre y de los pueblos**. Sin cesar les hablaba de su igualdad primitiva; los consolaba de los horrores de la tiranía; los exhortaba en términos muy expresos a que no tomaran la cualidad de señor porque sólo tenían uno que era el mismo Jesucristo y todos los demás hombres eran hermanos*” (cit.Ug. p 66).

Luego introduce otro término de la Ilustración, la **Soberanía de los pueblos** como superiores a los monarcas. Esa parte será ampliamente desarrollada en el libro que escribió en la cárcel de Ceuta, pero ya está

presente en la argumentación caraqueña de Roscio en 1811. Sumisión racional y no ciega era lo que exigía de los individuos este divino Libertador por boca del Apóstol en carta a los romanos (Rom.12, 1), De ahí surgen las persecuciones contra los cristianos. Los poderes políticos no pudieron acabar con el cristianismo por medio de la persecución, pero estuvieron a punto de corromperlo con el halago de las riquezas y del poder. Se le quitó al pueblo cristiano el derecho de juzgar y de cambiar gobiernos y se afianzó el despotismo y la ignorancia *“para esconder bajo el celemín las verdades fundamentales de los derechos del pueblo”* (cit. Ug. p. 68). Con la sumisión absoluta a los tiranos deforman la política y también la religión cristiana, *“una religión que, subordinando el interés personal al social, manda al hombre que se penetre de su dignidad, que cultive la razón, que perfeccione sus facultades para concurrir a la felicidad de nuestros semejantes...”* (Ib.). Menciona cómo la sumisión absoluta exigida prohibía la justa rebelión contra los tiranos y recuerda cómo se imponía el juramento universitario *“ordenando que ninguno pudiese obtener cátedra ni grado literario, sin que antes jurase defender, ni aun como probable, la opinión del regicidio que antes de Wiclef había enseñado el célebre Francisco Juan Petit y sostuvieron posteriormente los jesuitas. He aquí la verdadera causa porque fueron arrojados de los reinos y provincias de España: todo lo demás fue un pretexto de que se valieron los tiranos para simular el despotismo y condenar la censura y venganza que merecía el decreto bárbaro de su expulsión. También lograron extinguir la Compañía”* (cit. Ug. p. 69).

Luego ataca la bula de Alejandro VI que otorgó a los reyes de España el dominio de la América hispana y argumenta contra el juramento de fidelidad al Rey por parte de los súbditos americanos.

En resumen, podemos decir que en toda la argumentación del **Patriotismo de Nirgua** no hay nada que no se apoye en la sana escolástica católica, ni que dependa de textos nuevos de los ilustrados y de los teóricos liberales, aunque sabemos que Roscio los conocía. Este folleto escrito para una circunstancia muy concreta, la trascendía y sustentaba una doctrina católica más básica y general, que lamentablemente buena parte de la Iglesia Católica de los siglos XVII y XVIII no enseñaba ni aceptaba. Incluso en todo el siglo XIX hay un profundo choque entre catolicismo y política liberal, especialmente en el Papado de Pío IX.

En España todavía en las últimas elecciones antes de la guerra civil en 1936 se discutía si un católico podía ser no monárquico y votar por un partido de derechas como la CEDA de Gil Robles.

Afortunadamente con el Concilio Vaticano II (1962-1965) se liberó la reflexión política católica en la línea que marcó siglo y medio antes Roscio.

A causa de la persecución desatada a la caída de la Primera República este folleto de Roscio desapareció en Venezuela y luego volvió a editarse en 1824 (ver Ugalde pp. 73-83).

4. SOBERANÍA POPULAR DE ORIGEN NATURAL Y DIVINO

En Roscio hay un radical cambio político a lo largo de su vida, pero este no se produjo de una sola vez. El nos habla de su conversión en 1809 cuando optó por la Independencia, actuó en consecuencia el 19 de abril de 1810 y luego fue importante actor en el proceso que llevó a la proclamación de la Independencia y en el diseño y justificación de la República Federal, y en la elaboración de su Constitución. También tuvo parte importante en el Ejecutivo de la Primera República (1811-1812). Por eso tras la Capitulación de Miranda violada por Monteverde, Roscio fue apresado, sometido al escarnio público y enviado preso junto con otros siete “*monstruos*” a Cádiz donde lo que quedaba de gobierno español independiente de la invasión napoleónica acababa de aprobar la liberal **Constitución de 1812**. Constitución que nada más nacer fue violada en relación a nuestros presos y a la Capitulación en general. De allí los llevan a la cárcel de Ceuta donde estará hasta fines de 1815. Ayudados por el inglés Thomas Richard y los ingleses el 21 de noviembre de 1815 salen en libertad Roscio y sus compañeros. Entre 1814-15 escribe en la cárcel su libro **El Triunfo de la Libertad sobre el Despotismo**. Más bien como recurso literario que como realidad histórica afirma que su conversión se dio en la cárcel al leer un libro que no conocía antes. La verdad es que la transformación de Roscio, de su acción política y de sus ideas llevaba ya por lo menos 20 años como lo demuestra lo dicho hasta ahora. A lo más pudiera hablarse de “*segunda conversión*” aquí en la cárcel o más bien de confirmación y fortalecimiento de sus convicciones. Este libro es una confirmación y desarrollo más amplio de sus convicciones republicanas y sus argumentos

principales ya están en el **Patriotismo de Nirgua**. Seguramente para darle más contraste, dramatismo y vigor a la confrontación central entre soberanía de los reyes absolutos y la soberanía del pueblo, presenta en los capítulos IV y V el contraste entre **Falsa Idea de la Soberanía (IV)** y **Verdadera Idea de la Soberanía (V)**. Es obvio que Roscio llevaba años combatiendo la falsa idea de soberanía, pero seguramente le pareció más elocuente presentar una idea derrotando a la otra y llevándolo a una conversión fulminante. Por eso mismo casi la mitad del capítulo V es una cita larga de un libro donde se presenta de manera clara el concepto de la soberanía, es decir la idea de que cada ser humano tiene su **soberanía natural** otorgada por Dios y cuando deciden vivir en sociedad crean la **soberanía artificial**; la soberanía política es creación humana basada en la condición natural y en la razón. Esta no solo es compatible con su fe católica, sino que es la expresión política más genuina y acorde con los procesos anteriores de conversión. La soberanía del pueblo nace mediatamente de Dios e inmediatamente por la creación del hombre poniendo juntas todas las soberanías de los integrantes de la sociedad política. Resumamos estos dos capítulos decisivos en lo referente a la visión teológica y republicana de la política que Roscio quiere transmitir y difundir en su libro **Triunfo de la Libertad sobre el Despotismo**.

El capítulo IV habla de la falsa idea de soberanía que presenta como suya y de todo fiel seguidor del Antiguo Régimen. Era, dice un concepto *“ridículo y chocante a la razón”*. *“Imaginaba yo que la soberanía era una cosa sobrenatural e invisible, reservada desde la eternidad para ciertos individuos y familias e íntimamente unida con la palabra Rey”*. Una especie de gracia santificante que consagraba a una familia especial con todo el poder de la sociedad y sobre la sociedad. *“El carácter real exoneraba al monarca del cumplimiento de las leyes”*. Ese poder en las monarquías absolutas es hereditario, no importa cuán limitado e incapaz sea el heredero. *“Este era Señor-confiesa Roscio a manera de las Confesiones de S. Agustín - el concepto que yo tenía de la soberanía”* (ciertamente ya no en 1809). Añade más dramatismo al decir *“Me escandalicé la vez primera que abrí una obra de derecho natural y en ella leí lo siguiente”* (eso seguramente ya ocurrió antes de 1790 en su nutrida biblioteca). Aquí empieza el capítulo V sobre la **Verdadera**

Idea de la Soberanía. Este capítulo arranca con unas tres cuartillas entrecomilladas (por error la edición venezolana del siglo XX abre las comillas, pero luego no las cierra como debiera después de Prov.4 y eso contribuye a la confusión). Esa parte no es de Roscio y no se sabe quién es el autor ni de qué libro lo toma. Es el texto que ilumina a Roscio más allá de las convicciones republicanas que ya traía. Este capítulo de ideas lockianas más que rusionianas, lo toma textualmente de un libro de autor desconocido que él lee en la cárcel culmina su pensamiento de armonía y síntesis entre pensamiento cristiano y escolástico que él traía con los fundamentos de la política democrática liberal. Le sirve para dramatizar en sí mismo la lucha entre ambas ideas de soberanía

Veamos algunos elementos claves que Roscio cita entrecomillas:

“Soberanía es el resultado del poder y de la fuerza moral y física de los hombres congregados en sociedad: fuera de ella cada uno es un pequeño soberano... Creado a imagen y semejanza del Creador el hombre es algo especial entre las creaturas y Dios le comunica el atributo de la soberanía y poder. Sería “ilusoria y vana” la expresión “imagen y semejanza de Dios” si no le hubiera dado los rasgos de la soberanía y demás dones necesarios a su defensa, conservación y felicidad”. Fuera de la sociedad cada uno es soberano como Adán, pero tiene “inclinaciones sociales. Ante la violencia de los malos, procura “aumentar su poder y su fuerza asociándose a sus semejantes”. De ahí nacen el contrato social y la voluntad general para “la administración del fondo común” constituido por el “cúmulo de tantas soberanías individuales”. De ahí surge el bien común y la voluntad general de todos “en que se halla comprendida la suya como parte de este todo”.

La razón natural que Dios nos ha dado nos lleva a ello y, como producto de la razón ilustrada, nace el poder Legislativo que es el principal y más noble. De ahí la fuerza moral a la que *“vive sometido el hombre de bien”*. Esa sociedad desarrolla el gobierno y su administración, las leyes, los castigos...

Al final de esa cita de tres páginas Roscio continúa: *“Esta lección que a primera vista fue para mí un escándalo (aquí se pone en el lugar de quien vive el falso concepto de soberanía), empezó no obstante*

a quitarme la venda de los ojos. Llamar soberanía al resultado de la voluntad general del pueblo, al resumen de sus fuerzas espirituales y corporales, me parecía un sueño” (cit. Ug. p. 82). Le chocaba ver la soberanía “no en el empíreo en favor de ciertas personas y familias”, “sino diseminada entre todos los hombres y reconcentrada en las sociedades”. Era el descenso del cielo a la tierra, “de los espacios imaginarios a las llanuras de la realidad” Pero poco a poco dice Roscio- “*me fui habituando a escucharla sin escrúpulos y sin zozobras*”. Roscio dirá que, con el auxilio de este libro, cuyo autor ignoramos, fue comprendiendo la soberanía que hay en la condición humana y ha de ser construida moralmente con su iniciativa y creatividad. Descubre también cómo de la condición humana deriva el impulso a la opresión usando el oro; “*con este metal soberano es que se corrompe y compra la fuerza y poder de la multitud para sojuzgar a los demás, para sostener usurpada la majestad del pueblo*”. Ese libro le sirvió para acabar de concebir una idea del sencillo y natural sistema de las sociedades políticas. **La política como construcción de la razón y de la moral humana querida por Dios, pero no dictada por Él.** Los gobiernos pueden ser democráticos, aristocráticos o incluso de un solo gobernante, pero siempre sometidos a la Constitución y rindiendo cuentas al soberano que es el pueblo todo. La dignidad humana es la creadora de esa política y es también el fin de ella. No acepta ni la esclavitud ni el poder hereditario. Los administradores tienen el “*mero ejercicio de esta soberanía*” y “*la libertad sola vale más que todo el oro del mundo*” “*Convencido Señor de estas verdades me entregué a la reflexión*”.

El libro de Roscio no termina con la presentación de la idea de soberanía en los dos capítulos mencionados, sino que tiene 49 capítulos más en los que hace una lectura reflexiva de diversos pasajes del Antiguo y Nuevo Testamento y también de la historia de la relación de la Iglesia católica con el poder el Imperio Romano hasta la Ilustración, Napoleón y la Santa Alianza restauradora del Antiguo régimen. En todos los capítulos argumenta desde la perspectiva de la soberanía popular y rechazo del absolutismo pues Dios quiere la liberación de los pueblos y no su opresión. En el nuevo Testamento parte con la afirmación de que “*los negocios de Estado no pertenecen a la misión de Jesucristo*” p 183 de la edición de Monte Avila editores 1983).

Muy acertadamente subraya una y otra vez que la Biblia no es fuente de conocimiento científico en ninguna actividad humana, sino que se refiere, inspira e ilumina la relación del hombre con Dios. La Escritura no revela verdades médicas, ni sirve para mejorar la agricultura o el arte de la guerra, aunque a lo largo de ella hay recomendaciones médicas, militares, o económicas totalmente discutibles y que no obligan al creyente. *“¿Cómo le hará creer que es ateo, excomulgado y diabólico, el médico que tildare a S. Pablo por no haberle recetado cerveza sino vino a su valetudinario discípulo?”* (Op. Cit. p.390).

De la misma manera la Biblia no es autoridad sobre la ciencia política y las formas de gobierno. Los reyes son hechura humana “porque el ser tal se lo debe al pueblo, de quien como fuente visible de autoridad y poder, le viene inmediatamente toda la jurisdicción que ejerce.

Dedica ocho capítulos a la idea de que la obediencia a los gobernantes no ha de ser ciega, sino discernida y razonada. No se debe obediencia ciega al “poder de un monarca opresor” (Op. Cit.p. 265) Lo cual implica verdadero poder para juzgarlos distinguiendo la autoridad legítima de la tiranía.

Dedica un par de capítulos a rechazar la esclavitud.

El tema de la relación de la Iglesia con el poder político recibe una amplia reflexión. La Iglesia pasó de ser perseguida por el imperio Romano a reconocida primero y luego a oficial y exclusiva, por tanto, perseguidora. La indebida mezcla de lo religioso de inspiración evangélica con el poder absoluto termina llevando a la Iglesia a bendecir tiranías y a condenar y excomulgar a sus opositores y a desarrollar falsas doctrinas sobre el poder y la obediencia política.

5. DE LA CÁRCEL DE CEUTA A ANGOSTURA PASANDO POR FILADELFIA

Roscio reflexiona sobre el modo de llevar estas verdades no simplemente a una cátedra universitaria, sino al pueblo sometido que creía en que ir contra el rey era ir contra Dios. Esta había de ser su tarea al salir de la cárcel, sembrar la idea sin la cual el triunfo de las armas sería imposible o efímero. ¿Por qué los americanos apoyan la causa del rey?

“Por las falsas ideas de religión y política que aprendieron desde la cuna y mediante las cuales creen que es un atentado contra Dios y su santa religión el levantarse contra el despotismo español, desprenderse de él y fundar un sistema de independencia” (cit. Ug. p. 44).

Roscio y sus compañeros liberados llegan a Jamaica en 1816. Allí recibe la invitación de Bolívar para que se incorpore a la nueva etapa republicana que se va a abrir en Angostura (citar Ugalde p.41). Pero antes urge cumplir con su aporte más importante que era difundir las ideas de soberanía popular para que las ideas y el sentir del pueblo se libe-raran de la adoración religiosa del rey. Para ello viaja a Nueva Orleans y Filadelfia donde logra publicar en 1817 su libro **El Triunfo de la Libertad sobre el Despotismo** redactado en la cárcel. No quería morir antes de publicar aquellas ideas *“que tienen por objeto el combatir los errores religiosos y políticos que afianzan la tiranía y la servidumbre”* (cit. Ug. P. 43) En Filadelfia escribió el **Catecismo religioso-político contra el Real Catecismo de Fernando VII** que con breves preguntas y respuestas a modo del catecismo buscaban difundir esas ideas. Este catecismo se editó en Angostura en 1821. También en Filadelfia tradujo del francés y publicó en edición bilingüe español-inglés la **Homilía del cardenal Chiaramonti, Obispo de Ímola actualmente Sumo Pontífice Pío VII** en la que el prelado se manifestaba abierto a las ideas políticas republicanas.

Estando en Filadelfia enfermó de gravedad y el 14 de abril de 1818 hizo su testamento subrayando sus dos fidelidades, su fe en Jesucristo y su adhesión a la causa republicana: *“Primeramente declaro y confieso que profeso la religión santa de Jesucristo, y como más conforme a ella, profeso y deseo morir bajo el sistema de gobierno republicano y protesto contra el tirano y despótico gobierno de monarquía absoluta como el de España”* (cit Ug. p.45) Hace el testamento a favor de su hermano sacerdote que vivía en Cádiz José Félix Roscio y le pide que cuando cambien las circunstancias y pueda recuperar las propiedades *“las emplee en continuar la guerra contra los tiranos que pretendan oprimir por más tiempo la América del Sur.”* (Cit. Ug. p. 46).

Recuperada la salud a fines de 1818 regresó a Angostura, nueva capital política de Venezuela. Allí colaboró en la preparación del Congreso en el que participó como diputado, tuvo importante participación

en los debates y redacción de los documentos legales y fue cofundador y asiduo colaborador del **Correo del Orinoco**.

En 1819 Roscio como presidente del Congreso escribe a Peñalver y Vergara, Comisionados del Congreso de Venezuela en la Corte de Londres, unas instrucciones para su buen desempeño político en Europa. En ellas aborda el tema de las relaciones con el Papa en los siguientes términos:

1. *“Abrirán comunicaciones con el Papa como Jefe de la Iglesia Católica y no como señor temporal de las legaciones”*. En este segundo papel los independentistas serán considerados rebeldes al Papa, mientras que en el otro se mostraban como católicos deseosos de fidelidad y encuentro. Roscio no aceptaba el Regio Patronato.
2. *“Contra las imposturas de nuestro enemigo le declararán que la religión católica es la que se profesa en la Nueva Granada y Venezuela y en toda la América insurrecta contra la dependencia colonial y tiránica del Gobierno español”*.
3. *“Le dirán que este mismo gobierno opresor y desolador de la América se jacta de ser auxiliado por el sucesor de San Pedro contra la emancipación y felicidad de estos países; sus fieles habitantes han tenido por apócrifas las letras comprobantes del auxilio”* (Se refiere a la Encíclica papal Etsi Longissimo de 1816 que tuvo poca incidencia y que muchos en América divulgaron la idea de que era falsa...).
4. *“Le comunicarán, si fuese necesario, las pruebas ineludibles de la justicia de nuestra causa, acumuladas en una multitud de impresos”*.
5. *“Le recordarán la homilía que predicó el mismo Papa siendo obispo de Ímola en la República Cisalpina, aplaudiendo el sistema republicano como conforme al Evangelio de Cristo”*.
6. *“Le demostrarán que ninguna autoridad es más legítima y digna de ser obedecida que aquella que se deriva del pueblo, única fuente inmediata y visible de todo orden temporal (...)”*.
7. *“En suma le propondrán las bases de un Concordato y el nombramiento de una persona suficientemente autorizada para concluirlo en Venezuela”*.

El fruto de estas recomendaciones no lo vio Roscio que falleció en 1821, pero se evitó la ruptura de las nacientes repúblicas americanas y la Santa Sede. El encuentro del arzobispo de Mérida Lasso de La Vega y Bolívar en 1821 en Trujillo fue decisivo a que el prelado se volviera favorable a la causa republicana y contribuyera a que Bolívar escribiera al Papa en 1822, recibiera una respuesta amistosa y años después se procediera al nombramiento de obispos en la América republicana sin pasar por el sistema español.

Al crearse la **Gran Colombia** fue nombrado Vicepresidente del Departamento de Venezuela.

Roscio murió el 10 de marzo de 1821 en la Villa del Rosario de Cúcuta donde iba a presidir la apertura del Congreso Constituyente de la Gran Colombia. Un mes después el Correo del Orinoco anunciaba su muerte y honraba a este *“Sabio ilustre, Magistrado íntegro, Patriota eminente y virtuoso Ciudadano”*. *“Aunque ya no existe entre nosotros- dice- su memoria vivirá eternamente”* *“sus escritos elocuentes, en que confundió e hizo temblar a los tiranos, defendió la causa de la libertad, y sostuvo los derechos de la humanidad, serán siempre leídos con placer y entusiasmo por nuestras más distantes generaciones”* (cit. Ug.p.48).

Poco se sabe de la vida familiar de Roscio. Se casó en Angostura en mayo de 1819 con Dolores Cuevas, una patriota nacida en España y tuvieron una hija. El Gobierno de Rojas Paúl en 1889 acordó la asignación de una pensión mensual de 140 Bs. *“a la Sra. Carmen Roscio, hija del Ilustre doctor Juan G. Roscio”* (cit. Ug. p.47).

6. A MODO DE EPÍLOGO

Nosotros podemos remontarnos dos siglos atrás para dialogar con Roscio. Si de la misma los defensores de la Independencia pudieran trasladarse al futuro, tendríamos a Juan Germán Roscio de observador en el Concilio Vaticano II donde la Jerarquía de su vieja Iglesia Católica reflexionaba sobre los temas político-religiosos que a él tanto le preocuparon. Con viva emoción el 7 de diciembre de 1965, concluyendo los 4 años de trabajo del Concilio, escucharía a los obispos de todo el mundo reunidos con el Papa Pablo VI el **MENSAJES DEL CONCILIO**

A LA HUMANIDAD dirigido con humilde tono de reconciliación hacia determinados grupos con los que había tenido la institución eclesiástica malentendidos y rupturas, como las mujeres, los hombres del pensamiento y de la ciencia, los trabajadores, los gobernantes y otros. La emoción de Roscio subiría al escuchar las palabras dirigidas a los gobernantes *“Es a vosotros a quienes toca ser sobre la tierra los promotores del orden y la paz entre los hombres...”*. *“En vuestra ciudad terrestre y temporal construye El (Cristo) misteriosamente su ciudad espiritual y eterna: su Iglesia. ¿Y qué pide ella de vosotros, esa Iglesia, después de casi dos mil años de vicisitudes de todas clases en sus relaciones con vosotros, las potencias de la tierra, ¿qué os pide? Os lo dice en uno de los textos de mayor importancia de su Concilio; **no os pide más que la libertad: la libertad de creer y de predicar su fe; la libertad de amar a su Dios y servirle; la libertad de vivir y de llevar a los hombres su mensaje de vida.** No la temáis: es la imagen de su Maestro, cuya acción misteriosa no usurpa vuestras prerrogativas, pero que salva a todo lo humano de su fatal caducidad, lo transfigura, lo llena de esperanza, de verdad, de belleza”*. (...) *“Vuestros pueblos serán los primeros beneficiarios, porque la Iglesia forma para vosotros ciudadanos leales, amigos de la paz social y del progreso”* (números 4 y 5 del Mensaje a los Gobernantes. Subrayado nuestro).

“La Iglesia no quiere mezclarse de modo alguno en el gobierno de la ciudad terrena. No reivindica para sí otra autoridad que la de servir; con el favor de Dios, a los hombres con amor y fidelidad”
(Decreto sobre Actividad Misionera de la Iglesia n. 12).

Luis Ugalde, S.J.
Caracas 30 de abril de 2010

JUAN GERMÁN ROSCIO, PENSAMIENTO Y ACCIÓN CONSTITUCIONAL: ENTRE EL CONCILIARISMO Y LA ILUSTRACIÓN TULIO ALBERTO ÁLVAREZ*

SUMARIO

1. A manera de introducción. 2. Los estudios canónicos y la coyuntura academico-intelectual pre-independentista. 3. Gerson, Wicleff y Hus, citas proverbiales que dan la clave. 4. El método de Roscio, otra de las claves en la indagación. 5. Conciliarismo e ilustración, ¿camino sin encrucijada? 6. Conclusión. 7. Lista de referencias.

* Tulio Álvarez (tulioalvarez17@gmail.com) es actualmente Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello y Profesor Titular de Derecho Procesal y Derecho Constitucional en la misma universidad (Desde 1983). También es Jefe de Cátedra de Derecho Constitucional (Designado en 2012) de la Universidad Central de Venezuela, en la cual es profesor en dicha materia, en Derecho Procesal y Romano, con escalafón de Titular. Se desempeña como profesor en los doctorados de Ciencias Sociales, Historia y Derecho; además de las maestrías de Filosofía, Derecho Constitucional y Derechos Humanos. En cuanto a la redacción del presente trabajo es egresado del Programa de Estudios Avanzados en Teología y de la Maestría en Teología Fundamental, Magister en Historia y Doctor en Derecho.

1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

“¿Cómo puedo pedirte que vengas a mí, yo que no existiría si Tú no estuvieras en mí?”¹

Mi objetivo es demostrar que Juan Germán Roscío es modelo perfecto de pensamiento constitucional como base de una acción revolucionaria. Sus circunstancias lo colocaron como actor político de singular importancia en el proceso independentista; pero también, en su preparación académica, podemos encontrar claves para comprender la tarea de desmontaje ideológico que desarrolló, al tiempo que desciframos los fundamentos ideológicos del proceso de cambio que se identifica con la ruptura de las Colonias Españolas con su Metrópoli, en el Nuevo Mundo. Un ejercicio personal, comprometido e inspirado, con impacto decisivo en la consolidación institucional de la organización sustitutiva de un régimen tiránico, al menos en su propia valoración, basado en premisas clásicas de sumisión voluntaria de los gobernados ante los gobernantes.

El constitucionalismo fue un proceso activado por una maduración ideológica de siglos y circunstancias extraordinarias en el enclave de la Revolución Francesa y la Revolución Americana. Los acontecimientos del último cuarto del siglo XVIII y el primer tercio del siglo XIX tienen un matiz que rompe todo pasado; explicable, por la convergencia de la reflexión filosófico-teológica sobre la relación sociedad-gobernantes y el estatuto de lo humano. En este punto, me permito proclamar a la doctrina evangélica como el sustrato primario de la dogmática que reconoce los derechos naturales e inalienables del ser humano, lo que también sería un factor sustancial en definiciones del pensamiento ilustrado en Europa. El debate, esta vez en perspectiva teológico-canónica, asumió

¹ San Agustín, Confesiones I, 2,2.

diatribas que se referían más a los efectos prácticos del funcionamiento de la Iglesia antes que a los conflictos en el seno de la sociedad.

Uno de estos episodios se relaciona con el enfrentamiento medular entre las ideas conciliaristas y la concepción papista que marcó a la concepción de la Iglesia-Institución que toma impulso desde el Concilio de Nicea. Un cruce entre ideas que dan prevalencia a los concilios ecuménicos o generales sobre la voluntad papal, asambleas en las cuales se dimanan potestades directamente de Cristo y, ante tal carácter, se define la preeminencia. Pero, además, la coyuntura medieval de la exigua vigencia de esta tesis, no puede ser más interesante si tomamos en consideración que esa *via concilii* fue utilizada, quizás en forma desesperada o, por qué no, en forma iluminada, para preservar la unidad de la Iglesia, en los siglos XIV-XV, ante el cisma de occidente (1378-1417) y el cerrado enfrentamiento por el Trono de Pedro².

La tesis conciliarista fue inmanente en Constanza (1414-1418), un Concilio que debía resolver tal coyuntura con expresa definición de la representación de la Iglesia Universal en el mismo; y que, además, constituyó una reunión condenatoria precisamente de las ideas de Wicleff y Hus, dos de las tres citas proverbiales en Roscio. En consecuencia, esta temática esencial fue necesariamente de su conocimiento y no puede ser desplazada del análisis de sus escritos sin la certeza de desfigurar su sentido. Al mismo tiempo, su preferencia por herejes condenados y la defensa velada que hace de los mismos, marca la tendencia

² Centrada la crisis en el Cisma, se había vivido el más alto riesgo con tres Papas en conflicto por pretensiones particulares, lo que justificó la convocatoria de la Asamblea que se declaró, el 6 de abril de 1415, “*en concilio general y representando a la Iglesia católica, recibe la potestad inmediatamente de Cristo*”. Afirman también que “*todos, de cualquier estado o dignidad que sean, incluso papal, están obligados a obedecerla en aquellas cosas que pertenecen a la fe y a la extirpación de dicho cisma y a la reforma de dicha Iglesia, tanto en la cabeza como en los miembros*”. De manera que la situación evidente de debilitamiento temporal del papado facilitó la vía conciliar que partía del acatamiento de cualquier aspirante a los mandatos, determinaciones, ordenaciones o preceptos del Santo Sínodo o de cualquier otro concilio general congregado legítimamente. Cabe advertir que Martín V (1417-1431), Papa proclamado en el mismo Concilio de Constanza como fórmula de resolución del conflicto, después de que éste se disolvió no reconoció los cánones conciliaristas y mantuvo como tradición el primado de Pedro y sus sucesores. Posteriormente, el Concilio de Basilea elevaría al nivel de verdad de fe católica la conceptualización de la superioridad del concilio sobre el papa (sesión XXXIII, 1439). Una definición que no tardaría en ser rechazada siéndole retirada toda autoridad.

peligrosamente limítrofe de su pensamiento teológico-canónico, al menos en su tiempo.

Juan Germán Roscio es fundamental porque se constituye en modelo de pensamiento constitucional y acción revolucionaria-libertaria, en nuestro medio. Constituye un ejemplo particularmente relevante para demostrar la complejidad del proceso político-cultural que derivó en la independencia americana. Su esfuerzo intelectual por desmontar la teoría del origen divino del poder del Monarca; la utilización del método teológico de interpretación bíblica, adaptando la Sagrada Escritura con las nuevas realidades y al signo de su tiempo; la redacción de la *“Patrística Constitucional”* en lo que fue la Capitanía que *“dio el ejemplo”*, es singular y único. Él fue padre fundador de lo que hoy es Venezuela; pero también, con su pluma, verbo y acción constituye un factor estructurante de la ***Fuerza Constituyente Inicial*** que inaugura el constitucionalismo latinoamericano³.

2. LOS ESTUDIOS CANÓNICOS Y LA COYUNTURA ACADEMICO-INTELLECTUAL PRE-INDEPENDENTISTA

...se les manda borren las Armas de la Compañía en sus Casas y Colegios, poniendo en su lugar los Escudos Reales⁴.

Detecté fechas dudosas en los estudios y grados de Juan Germán Roscio. Realmente, poco incide la diferencia mientras la data se ubique

³ Esta es una categoría que he elaborado, en el trabajo doctoral *La Fuerza Constituyente Inicial* (Publicado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 2011), con el objeto de identificar a los factores reales de poder que participan activamente en una coyuntura determinada con vocación conformadora de las instituciones que ensamblan la estructura de un nuevo Estado. Esa potencia es la que manifiestan los actores de los procesos históricos y se traduce en nuevas formas organizativas que se impregnan de ese impulso y conforman una institución política fundamental, el Estado Moderno, marcada por la novedad de la dogmática que privilegia al ser humano y la sociedad frente al aparato organizativo de autoridad.

⁴ *Instrucción de lo que deberán ejecutar los Comisionados para el Extrañamiento, y ocupación de bienes y haciendas de los Jesuitas en estos Reynos de España, é Islas Adjacentes, en conformidad de lo resuelto por S.M.* Parte segunda, VII, pp. 34-35, en la *Coleccion general de las providencias hasta aqui tomadas por el gobierno sobre el estrañamiento y ocupacion de temporalidades de los regulares de la Compañía, que existian en los dominios de S.M. de España, Indias, e Islas Filipinas á consecuencia del Real Decreto de 27 de febrero, y Pragmática-Sancion de 2 de abril de este año.* Imprenta Real de la Gazeta, Madrid, 1767.

en el rango de tiempo de cuatro décadas (1767-1807), delimitadas en función exclusiva de esta indagación, con miras a ubicar la reforma de los estudios canónicos en las universidades que dependían del Régimen Peninsular⁵. De esta forma, puedo situar sus estudios en un contexto académico que resulta ideal para cumplir la pretensión de demostrar la directa relación entre el debate canónico y la razón práctica que se opuso a la fundamentación de la tiranía. Sin embargo, la curiosidad me llevó a indagar, en el listado de abogados egresados de la Universidad Central de Venezuela; y me encontré con el nombre de Roscio como Bachiller en Leyes, egresado de nuestra Casa de Estudios, en 1792. Al igual, pude constatar que, el 19 de enero de 1800, se produjo su acto de colación de grado como Doctor en Cánones y Doctor en Derecho Civil⁶.

Dos cuestiones a plantear de inmediato. A los efectos de este estudio, no profundizaré en su doctorado en Derecho Civil salvo para marcar la referencia a que ese título, por el contenido de los estudios,

⁵ El periodo de cuatro décadas que fijó como de reforma de los estudios canónicos es una definición personal que valora la importancia del trabajo de Gregorio Mayans, redactado en 1767 bajo el reinado de Carlos III, titulado: “*Idea del Nuevo Método que se puede practicar en las Universidades de España*”, el cual tuvo incidencia sustantiva en los cambios que inmediatamente comenzaron a ejecutarse. Pero es que también, precisamente en ese año, fue expulsada la Compañía de Jesús de España, vinculada indudablemente a los procesos educativos desde siempre. No es una simple coincidencia de eventos, ante la poderosa influencia que ejercía y la posición defendida por algunos de sus representantes en temas controversiales como las regalías. En cuanto a la definición de cierre del periodo, en el año 1807, porque en ese año comenzó la vigencia de un programa de cambios que se conoce como “*Plan Caballero*” y la inminencia de los cambios políticos en la Península por la ocupación Napoleónica. No constituyen, ambas definiciones, una valoración sobre la entidad de los cambios planteados sino un esfuerzo por objetivar el ambiente académico, el debate, las temáticas conflictivas y los estudios auxiliares que tuvo Roscio en su formación canónica. Pero repito, no pondero este esquema sino como límite temporal, ya la formación de Roscio estaba definida en el momento en que comenzó su ejecución, en 1807; y, a poco, comenzaría la ocupación francesa. Nota histórica necesaria, el señalar que José Antonio Caballero, letrado de la Universidad de Salamanca, fue un afrancesado que prosiguió como colaborador y cortesano de José Bonaparte, después de haber sido Gobernador del Consejo de Hacienda, miembro del Consejo de Estado y del Consejo Privado de Fernando VII.

⁶ Lo cual se encuentra confirmado en el Tomo II de la *Gran Recopilación Geográfica, Estadística e Histórica de Venezuela*, publicada por Manuel Landaeta Rosales. Colección Cuatricentenario de Caracas. Ediciones patrocinadas por el Banco Central de Venezuela. Caracas, 1963. Aunque el acto de colación de grado como Doctor en Cánones aparece contemporáneo con el de Derecho Civil, la culminación del primero se produjo el 21 de septiembre de 1794.

implicaba una completa formación en materia de Derecho Quirritario y Derecho Natural; lo que no es poco ya que la influencia del Derecho Romano se proyecta hasta fines del siglo XVIII como derecho letrado, muy diferente al derecho consuetudinario y legislativo en vigor en la mayoría de los países europeos. No obstante, en nuestro ámbito, tiene tremendo valor ese conocimiento como base del Derecho de Indias en plano de continuidad histórica⁷. Además, conceptos básicos del pensamiento conformador de la noción de Estado Moderno provienen del Derecho Romano⁸. En cuanto al Derecho Natural es indubitable su influjo como sustrato de la dogmática fundadora de los derechos humanos y justificación del movimiento independentista americano. Pero el énfasis lo pondré en el Doctorado en Cánones por razones que se explicaran por sí mismas en el presente desarrollo.

La segunda cuestión, un tanto más complejo, tiene que ver con el significado de los grados y contenido de los estudios realizados por Roscio, en el contexto cultural en el que se desarrollaron. Lo primero que hay que advertir, en la tradición de las universidades españolas, es que un bachiller en leyes adquiría tal nivel que podía, bajo la premisa de cumplimiento de los requisitos particulares de cada localidad, ejercer como abogado⁹; inclusive, podía participar como oponente para asumir

⁷ En este sentido, hago un esfuerzo por demostrar esa continuidad en el ensayo introductorio “Antecedentes y Evolución de las Leyes Coloniales de Indias”, publicado en el libro *Historia de las Instituciones Coloniales Hispanas, Siete Ensayos*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014. Un producto de la materia homologa que imparto en el doctorado de Historia de la mencionada universidad.

⁸ Me refiero, solo para ejemplificar, a los conceptos *Iurisdictio* e *Imperium*. En este sentido, similar demostración la desarrollo en *La Noción Quirritaria de Imperium y la Reflexión Teológica en el Surgimiento del Constitucionalismo*. Ponencia presentada en el marco del XIX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. UNAM. Ciudad de México, DF, 26 al 28 de agosto de 2015. <https://www.academia.edu/13957612>.

⁹ Vale resaltar que el propio Roscio fue obstaculizado en sus oportunidades de ejercicio al impedirse, en el año 1798, la posibilidad de agremiación como abogado en el Colegio de Caracas bajo el argumento de la condición estamental de sus padres. Como abogado tuvo que preparar su propia defensa en una controversia que terminó decidiendo a su favor la Real Audiencia de Caracas, en el año 1805. Y es que el tema del origen y filiación era determinante en la sociedad estamental colonial, al punto de la posibilidad de impugnación en el registro de oposiciones y la necesidad de pedir letras apostólicas de dispensa para ocupar los cargos. Esta segregación marca a los seres humanos, en mayor o menor grado.

algunas cátedras¹⁰. En cuanto a la programación, materias y requisitos académicos para obtener el grado de bachiller, una Real Cédula de 24 de enero de 1770 había uniformado y ejecutado cambios que aún permanecían vigentes cuando Roscio inició sus estudios.

En el plano de la integridad de la enseñanza superior, la reforma fue promovida por la Real Orden de 28 de noviembre de 1770, después del conocimiento del Informe sobre la Reforma Universitaria presentado por el peruano Pablo de Olavide, en 1769¹¹. Este protagonista del movimiento por los cambios refleja, en su condición y la definición de tareas encomendadas por el despotismo ilustrado, la más clara señal de las motivaciones implícitas en la reforma universitaria borbónica. Él fue el encargado de proponer el destino de los bienes de la Compañía de Jesús, lo que aplica como las temporalidades, una consecuencia de la expulsión del territorio español; y se valió de ese mandato para realizar el análisis sobre el estado de la enseñanza universitaria y proponer su plan.

¹⁰ El bagaje intelectual de un bachiller en leyes era sumamente alto e inscribía al estudiante en el ambiente de la Academia. En aquel tiempo, el grado de doctor habilitaba para optar a las prebendas eclesiásticas de oficio, adueñarse de cátedras en la universidad como opositor y, en las colonias, bajo las premisas de apoyo político y “limpieza de origen social”, ejercer solo algunos cargos públicos. Esto a diferencia de la Península en la que el grado de doctor permitía el acceso de cargos públicos de gran importancia. Las canonjías son una de las especies de prebendas eclesiásticas, diferenciadas porque el género abarca la recepción a favor del beneficiario de rentas de una iglesia con categoría de catedral o colegial; en cambio, el canonicato, en principio, no implica rentas sino que funge de título espiritual. Desde la perspectiva del análisis que se ejecuta, es importante advertir que bajo la calificación de prebenda de oficio se identifican cuatro tipos de canonjías: Doctoral, magistral, lectoral y penitenciaria, con nota específica de que podían ser ejercidas por laicos. Por supuesto, en las Américas, esta temática tenía una connotación especial como se podrá constatar infra.

¹¹ Una completa bibliografía y acopio documental sobre la temática educativa se encuentra en el portal “*Expulsión y exilio de los jesuitas de los dominios de Carlos III*” de la biblioteca virtual Miguel de Cervantes [Consulta realizada el 17 de mayo de 2019]. De esta fuente digital y los que se señalan de seguidas se toman los documentos citados en esta parte del artículo: En la Web: http://www.cervantesvirtual.com/bib_tematica/jesuitas/bibliografia/obras_historia.shtml y http://www.cervantesvirtual.com/bib_tematica/jesuitas/bibliografia/articulos_libros.shtml.

Igualmente, se encuentran referencias documentales en la Biblioteca Colombina de Sevilla, de la que se toma el contenido del informe, Portal de la Universidad de Sevilla [Consulta realizada el 13 de abril de 2019].

En la Web: https://personal.us.es/alporu/historia/olavide_informe.htm. Importante referencia porque la Universidad de Sevilla fue la experiencia piloto para la reforma que propuso Olavide.

Luce evidente, al estar las universidades vinculadas a la Iglesia desde sus raíces, controlar los estudios superiores definiría instrumentos de sometimiento más sofisticados del dominio civil sobre el dominio eclesiástico, convirtiendo a la reforma educativa en medio idóneo de secularización de la sociedad. Prueba de ello fue la creación del cargo de director en cada Universidad, el cual serviría de enlace institucional ya que debía ser ejercido por un ministro del Real Consejo; y el cargo de Censor Real en las universidades, una figura que se proyectaba al margen de la inquisición y la natural censura despótica sobre libros e impresos, con el objetivo específico de bloquear las tesis anti-regalistas en los procesos académicos de defensa de grado y oposición¹². En este nivel de la exposición debo señalar que el absolutismo monárquico español, así como los otros absolutismos de la Europa de ese tiempo, que- rían limitar el poder de la Iglesia en su propio territorio y, en consecuen- cia, no eran antipáticas las ideas dirigidas a limitar la autoridad papal. No hay que olvidar que de esta forma surgió el concepto de soberanía, un principio eminentemente realista, aunque no fuera en su origen, así como tampoco en su adaptación final¹³.

¹² Cargo creado según Cédula Real del 14 de marzo de 1769 y que sustituyó la figura de Pro- tector Real.

¹³ Efectivamente, el objetivo básico de Jean Bodin en *Los Seis Libros de la República* era demostrar la superioridad teórica de la monarquía. En esta obra posterior, porque en la origi- naria *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* no sostenía la misma tesis, él resaltó la indivisibilidad de la República y el absolutismo. Y me permito aclarar que el término Repú- blica, en ese tiempo, está referido a la realidad estatal y no tenía la entidad que lo contrasta actualmente con la Monarquía. Si el libro no hubiera sido escrito en 1576 sino con posteriori- dad a la Revolución Francesa, Bodin lo hubiera titulado “*Los Seis Libros del Estado*”. Pero se refiere mucho a él sin advertir que pocos años antes que John Mair y sus discípulos de la Sorbona, sucesores de Jean Gerson en la defensa de la tesis conciliarista, reafirmaban que las esferas de la jurisdicción secular y eclesiástica deben ser consideradas enteramente distintas, “*los reyes no están, de modo alguno, sujetos al pontífice romano en los asuntos temporales*”. Y esta conclusión emanó de teólogos y canonistas. La nota matriz en el origen del concepto fue la definición del carácter soberano, la existencia de un poder por encima de los otros, que debe ser, a la vez, perpetuo e indivisible. Un poder absoluto porque si el poder de gobernar es dado bajo condición, su titular no puede ser considerado como soberano. Por tal razón, la suprema autoridad es el poder absoluto y perpetuo de una República. La Ilustración hizo lo suyo, racionalizó el concepto ejecutando la despersonalización del mismo y creando una nueva categoría, la Soberanía en cabeza de la Nación. Pero el trabajo ya estaba hecho casi cuatro siglos antes en el seno de la propia Iglesia.

Olavide y el referido Gregorio Mayans Y Siscar, autor del *Informe al Rei sobre el método de enseñanza de las universidades de España* (1767), eran abanderados de los tres protagonistas de la Ilustración española: Pedro Rodríguez de Campomanes, Conde de Aranda (1723-1802); José Moñino, Conde de Floridablanca (1728-1808) y Gaspar Melchor de Jovellanos (1744-1811). El enfrentamiento que originó el Informe sobre la Reforma Universitaria fue tremendo porque partía de la idea general de una refundación de la universidad desechando “*las Ciencias inútiles y frívolas*” y rescatando “*los verdaderos conocimientos permitidos al Hombre*”. Para evitar dudas Olavide llegó a afirmar que “*los Religiosos antes deben ser santos que sabios, y lo que necesitan aprender, deben hacerlo dentro de sus claustros*”. No es de extrañar que en este enfrentamiento se activara la Inquisición.

El Informe impuso la elaboración de planes metódicos particulares que debían ser preparados por los claustros de cada universidad. Se provocó así un debate interno que enfrentó especialmente la naturaleza conservadora de los académicos en cánones con la intención subyacente de control del Despotismo Ilustrado, bajo su discurso reformista. Y fue una constante esa diatriba en esas décadas, en las que se resistió el embate ilustrado impulsado por el interés de controlar a la universidad, especialmente ante la problemática de las regalías¹⁴. Posteriormente, en el trayecto, se aprobaría la Real Cédula de 22 de enero de 1786 contentiva del ordenamiento general de enseñanza superior que tenía por objeto dar uniformidad a los estudios de las distintas disciplinas y que fue coincidente con el inicio de los estudios superiores de Roscio.

Lo que se puede constatar, al analizar los efectos de la reforma adelantada bajo el reinado de Carlos III, es la tensión evidente entre el método pragmático, modernista e innovador de ese pensamiento ilustrado que trataba de guiar la mano del monarca en materia educativa y el método de los estudios canónicos, anclados en dogmas y decisiones conciliares. Pero también, llegando a la última década del Siglo XVIII

¹⁴ Estaba en juego el control de los reyes españoles sobre la eficacia de las Bulas y letras papales, en el territorio de España, a través del pase regio (*regium exequatur*) de esos actos, como requisito para permitir su ejecución (*placet o exequatur*), lo que implicaba bloquearlos cuando afectaba el interés de la Corona. Precisamente, fue bajo el reinado de Carlos III y a partir de 1767 en que se generalizó la aplicación del Concordato de 1753, en esa dirección.

español, resultaba demasiado evidente la dirección que tomaría el proceso político bajo las ideas de Montesquieu, Rousseau y Voltaire. De ahí que la resistencia intelectual al enciclopedismo se vio reforzada por el instinto de supervivencia; esto, a la par de una convicción de que abrir las ciencias auxiliares, en las facultades de cánones, alejaría a los alumnos del método y el núcleo de sus estudios. Pero es que hay que reconocer que allí también se encontraba resistencia a la inclusión de ciertas materias teológicas y jurídicas¹⁵.

Los planteamientos de la Ilustración sobre la educación en general fracasaron. Ellos hablaban de la educación para todos, pero, aunque la consideraban el inicio de la serie Educación-Virtud-Felicidad, la utopía ilustrada la limitó a la formación básica de los hombres. La razón del fracaso en la educación superior no solo se encuentra en la resistencia intelectual de aquellos que se sabían víctimas necesarias de esa **“guerra a sangre y fuego”**, decretada por Olavide en su Informe. Esas víctimas conformaba el mundo académico y religioso; pero también, el fracaso evidente respondía a la contradicción de plantear cambios sustanciales conservando la concepción estamental de una sociedad en que **“la Universidad no debe abrirse para todos”** sino para aquellos que tengan los recursos familiares. Como afirma el famoso Informe: **“Eduquese enhorabuena a la Nobleza, y sea su educación la más superior, pues es la que por lo común preside al Gobierno”**.

¿Qué esperar entonces de un plan en que se indica textualmente que los pobres deben necesariamente seguir el oficio de sus padres? Peor aún, sin ánimo de disfrazar la intención, el mismo texto explica:

¹⁵ Gran celo el de los canonistas en la diferenciación entre el estudio canónico y el teológico, en los tiempos de Roscio. Insistían en los límites creados entre una disciplina eclesiástica que definía el hacer y el obrar en el seno de la Iglesia; y, en plano teológico, lo que ha de crear el ser humano. En cuanto a la relación de los estudios canónicos con las materias jurídicas, el efecto de desligar el Derecho Romano del análisis y la falta de formación jurídica de los canonistas perjudicó el desarrollo de las facultades canónicas justo en esa coyuntura. Sin embargo, como ya se ha anotado, Roscio tenía profundo conocimiento de la materia tal como se puede reconocer en las permanentes citas a las soluciones quirritarias. Olavide no solo retaba el tradicional comportamiento en los claustros universitarios sino que, tal como se refleja en su Informe, enfrenta al espíritu escolástico por ser una forma de “pervertir el juicio” al cual debe hacerse “guerra a sangre y fuego”. Como buen ilustrado su referencia era Descartes y manifiesta el mayor desprecio por una Escolástica plena en sofismas. Ese irrespeto fue demasiado para cualquier canonista que además tuviera condición de religioso.

«Si los pobres deben ser excluidos de las Universidades, mucho más y por mayores motivos lo deben ser los Regulares». En palabras de Olavide, la vida religiosa no es compatible con la Universidad, olvidaba él que la universidad europea no puede desvincular su origen del seno de la Iglesia.

Lo que quiero dejar establecido, en este punto de la exposición, es que se produjo un efecto inesperado porque la maniobra ilustrada distrajo la mirada más conservadora y abrió la puerta a cambios desde otro foco. Antes de la reforma los estudios canónicos estaban limitados en materia y en tiempo, privilegiando la autoridad papal ante las decisiones conciliares. Nótese que en el periodo de reforma universitaria que he definido, se amplió el espectro de los estudios canónicos con nuevas asignaturas y la reordenación de los planes de estudio. Por ejemplo, se impulsó el estudio del “Decreto de Graciano”¹⁶, agregándose materias tan significativas para la indagación que vengo desarrollando como “*Concilios Nacionales y Generales*”, “*Historia de la Iglesia*” e “*Historia de las Instituciones Canónicas*”.

El objetivo era, evidentemente, favorecer por una parte las tesis conciliaristas, partiendo de la existencia del que originariamente fuera el mayor poder de los obispos como conjunto y su paulatino desplazamiento por el Papado. Además, el estudio de la historia permitiría detectar los cánones apócrifos y la manipulación de la obra de Graciano

¹⁶ El Decreto de Graciano (*Decretum Gratiani/Concordia discordantium canonum/Concordancia de las discordancias de los cánones*) de los cánones discordantes”) es un trabajo fundamental compilatorio ejecutado en el siglo XII y es la primera parte del *Corpus Iuris Canonici*. Los especialistas en el instrumento inicial de los estudios canónicos sostienen que se compuso en etapas y que, por lo mismo, existieron revisiones que crean algunas dudas de concordancia. Lo interesante es que este texto compiló decisiones conciliares y los actos emanados del papado, como bulas y decretales. Precisamente, antes de la reforma ejecutada en las universidades peninsulares y de la América Hispana, las decisiones conciliares que se estudiaban en la Facultad de Cánones se extendían hasta el Concilio de Trento. Pero con la Reforma se incluyen las posteriores. En el momento histórico en el que se desarrollan los estudios de Roscio era una novedad del mayor interés para el estudio y el debate, el manejo de las decisiones del Concilio de Constanza. Esto era así por cuanto, al asumir la tesis conciliarista privilegiándola ante la posición papista, se podía establecer una extrapolación entre la solución racional ensayada en el seno de la Iglesia a la composición Dios, Rey y Pueblo, en la sociedad política. Si el Concilio se impone al Papa, ¿por qué no decir lo mismo de los estados o asamblea ante el monarca? La peligrosidad de esta tesis es evidente.

para sobredimensionar el poder del Papa. Esto sin demeritar la intención de consolidar las regalías de la monarquía con la combinación del estudio de las instituciones canónicas con el Derecho Civil y Regio. Obviamente, tales cambios demeritaban la relevancia de las Decretales y otras fuentes de origen pontificio en las Facultades de Cánones, reflejo evidente de la preeminencia de las ideas conciliaristas en los religiosos académicos y los obispos, al menos en España. Esta vía se manifestó en los claustros universitarios de la Península y las Colonias Americanas, mientras el Despotismo Ilustrado y la Iglesia se enfrascaban en su propia batalla.

3. GERSON, WICLEFF Y HUS, CITAS PROVERBIALES QUE DAN LA CLAVE

“Hus es una figura memorable por muchas razones. Pero sobre todo su valentía moral ante las adversidades y la muerte lo ha convertido en figura de especial importancia para el pueblo checo, también él duramente probado a lo largo de los siglos”¹⁷.

La incompatibilidad no era simple. Más que enfrentamiento del pensamiento de la Ilustración con el pensamiento cristiano, entre los cuales considero que existía una retroalimentación perfectamente demostrable, se presenta el escenario particular de una España en la que

¹⁷ Palabras del Papa Juan Pablo II en un simposio internacional sobre Jan Huss, celebrado en Roma en diciembre de 1999. En el Simposio el Santo Padre afirmó: *“Es para mí motivo de gran alegría dirigiros mi saludo cordial con ocasión de vuestro Simposio sobre Jan Hus, que constituye una ulterior e importante etapa para una comprensión más profunda de la vida y la obra del conocido predicador bohemio, uno de los más famosos entre los muchos ilustres maestros que salieron de la universidad de Praga. Hus es una figura memorable por muchas razones. Pero sobre todo su valentía moral ante las adversidades y la muerte lo ha convertido en figura de especial importancia para el pueblo checo, también él duramente probado a lo largo de los siglos. Os doy gracias particularmente a todos vosotros por haber contribuido al trabajo de la Comisión ecuménica “Husovská”, constituida hace algunos años por el señor cardenal Miloslav Vlk con el objetivo de identificar de modo más preciso el lugar que Jan Hus ocupa entre quienes aspiraban a la reforma de la Iglesia”*. Consulta realizada a la página Web del Vaticano, el 25 de enero de 2004.
http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/1999/december/documents/hf_jp-ii_spe_17121999_jan-hus_sp.html

se manifiesta una centrifuga de poder que pretende todo control. Uno de los objetivos del Despotismo Ilustrado era la toma de la Universidad, tanto en la Península como en las Colonias Americanas, controlando métodos y contenidos, execrando en forma manifiesta a los pobres y a los religiosos del proceso educativo, centralizando la toma de decisiones y ejecutando una utopía irrealizable en la crisis económica del último tercio del siglo XVIII. Además, hay que anotar la guerra particular contra la Compañía de Jesús, dirigida a evitar la difusión de las ideas anti-regalistas y capturar los bienes afectos a la actividad que siempre ha sido y será de la predilección jesuita, la educación. Una tentación que desde el poder siempre ha acosado a la Orden, como en la Venezuela actual.

Desde un punto de vista práctico, ¿en qué campo de batalla podía estar Roscio? ¿Alineado con el Despotismo contra la Universidad? ¿Podía estar aliado intelectualmente con aquellos que consideraban inútiles un método y conocimiento que eran cercanos a los suyos? ¿Era aceptable para él la calificación de los Cánones como “*ciencia inútil y frívola*” tal como lo expresó el informe de Olavide? La respuesta resulta más evidente si nos adentramos en la valoración del propio conocimiento, me refiero al canónico y el particular método de interpretación bíblica, en el momento de desarrollar toda la fuerza argumentativa en la propia acusación que se hace en sus Confesiones. ¿En quién se inspiraba su estilo y contenido? ¿Rousseau? Basta comparar, suficiente comprobar con la lectura de San Agustín¹⁸. Además, nada tiene que ver con la Ilustración la tradición literaria, típica de la cultura medieval, en que se utiliza la Biblia como texto fundamental para edificar la teología.

No se trata de certificar a Roscio como pensador cristiano y Doctor en Dogmas, este punto está perfectamente establecido. El esfuerzo

¹⁸ Pero es que él mismo lo atestiguo en el Prólogo: “*Adopté el método de confesión, imitando las de San Agustín, por haberme parecido el más propio y expresivo de la multitud de preocupaciones que me arrastraban en otro tiempo*”. Juan Germán Roscio, *Triunfo de la Libertad Sobre el Despotismo*: En la confesión de un pecador arrepentido de sus errores políticos, y dedicado a desagraviar en esta parte a la religión ofendida por el sistema de la tiranía, en Op. Cit., Tomo I, p.p. 10. Utilizaré en adelante los escritos contenidos en las Obras Completas de Juan Germán Roscio, en tres tomos, edición de las Publicaciones de la Décima Conferencia Interamericana, Colección Historia, Caracas, 1953. Por la extensión del título me referiré a la obra simplemente como “Confesiones”.

ahora estará en determinar su propia definición, en el seno de esa doctrina; lo que derivará en una interpretación de la Escritura en función del signo de su tiempo y la crisis que le tocó afrontar¹⁹. Resulta abrumador constatar que la mayoría de los autores que afirman la primacía de la Ilustración, como influjo intelectual del movimiento independentista en las Colonias, parte del falso supuesto de uniformidad del pensamiento cristiano; específicamente, en asuntos vinculados a la Teología Fundamental. Nada más alejado de la realidad, el criterio de que el poder de la autoridad regia es absoluto y que no rinde cuentas a nadie, basado en el desarrollo paulino en Romanos 13, fue retado y criticado con máxima fortaleza desde un punto de vista teológico y canónico. Que la teoría del origen divino del poder del monarca se quisiese desplazar del campo de la Teología Fundamental a la Teología Dogmática es otro punto.

En este sentido, es importante reafirmar que en los siglos precedentes se manifestó la tendencia de justificar una pasividad del gobernado ante cualquier exceso de su monarca, comenzando con establecer una legitimación fuera del ámbito de la propia sociedad que regía. Ahora bien, detectar la inspiración última de Roscio, lo que implica determinar lo propio sobre la ideología revolucionaria, al menos en Venezuela, se dificulta ya que él no es bondadoso ofreciéndonos las fuentes de su pensamiento. Sin embargo, sus silencios son suficientes para saber que no se encuentran en los autores clásicos de la Ilustración. Entonces hay que seguir las pocas pistas que ha dejado dispersas en sus escritos. Comenzaré por el Capítulo LI de las Confesiones, en las que enumera personajes de impacto en la teología, los cánones de la antigua enseñanza, la historia de la Iglesia y leyes; pero, él privilegia a uno solo de ellos, sin identificarlo, dando como único dato que ha tomado su doctrina a lo largo de sus Confesiones. No me costó identificar al *ignoto*, su perfil surge de inmediato:

¹⁹ Recuerdo aquí la advertencia que hace el gran teólogo francés Jean Daniélou sobre los periodos de crisis que hacen a los hombres plantearse el problema del significado de su destino. La historia de la salvación está referida a ese fin humano y el hombre se define “*por su relación a una historia en la que se sumerge y por medio de la cual cumple con su existencia*”. Jean Daniélou, *El Misterio de la Historia*. 2ª Edición. Ediciones Dinor, San Sebastián, 1960, p. 9-11. Evidentemente, no puede afirmarse uniformidad en la interpretación canónica salvo en materia de dogmas; aunque a veces suceda, como en el Concilio de Constanza, “*sea anatemata*”.

“Vos en todos tiempos suscitáis defensores de los derechos del pueblo; los tiranos cuidan de sepultarlos en el olvido. Yo sé que entre otros muchos que tomaron a su cargo esta defensa, sobresalieron el Papa Alejandro tercero, S. Lamberto, Obispo de Utretch, S. Eduardo Rey de Inglaterra, S. Tomás de Aquino, S. Vicente Ferrer, Gerson, Almaino y Juan Mayor; pero yo apenas he podido leer la doctrina que tengo citada de uno de ellos. Muchos ministros del altar prosternados a los pies del trono de la tiranía, prostituyen al servicio de ella su ministerio, y de concierto condenan como hereéticas, diabólicas, peligrosas, ateísticas, sediciosas, proditorias, contrarias a la fe establecida por la Iglesia, y opuestas a la paz y dignidad del mismo trono, proposiciones de eterna verdad en lo político; proposiciones comprobadas con los libros de la Religión, y de ninguna manera ofensivas a la fe y buenas costumbres. ¿Para qué buscar autores clásicos, ni autoridades de S. S. Padres, cuando está de por medio la luz del entendimiento con el testimonio de las Escrituras?”.

Dados los estudios canónicos y la forma radical en que desarrolla sus Confesiones, además de la identidad conceptual, la doctrina a la que hace referencia Roscio es la de Jean Gerson [1363 – 1429], por las razones que presentaré de seguidas:

- i. Gerson es el iniciador del radicalismo eclesial que, colocando al Concilio General Ecuménico como asamblea representativa de los fieles, se manifestó como salida política al enfrentamiento por el Trono de Pedro, en el Concilio de Constanza. Este conciliarismo inicial se compadece con la idea de la Iglesia como una monarquía constitucional; en el sentido de colocarla bajo la autoridad de los concilios generales, incluyendo al Papa.
- ii. **Él se apoya en la conceptualización quiritaria de *res publica*** ante la ausencia de un concepto de Estado formalmente considerado, como en los términos modernos. Lo que le permite concluir que el gobierno civil debe ser independiente de cualquier forma de jurisdicción, incluyendo las eclesiásticas.
- iii. Su doctrina contiene la peligrosa conclusión de que ningún gobernante puede ser mayor, en poder, que la comunidad que

- gobierna; y, en consecuencia, el poder supremo sobre una sociedad perfecta debe permanecer en el propio cuerpo de la comunidad.
- iv. Sostiene que la comunidad en la cual el gobernante está por encima de la Ley o posee derechos absolutos sobre los bienes de los súbditos, no es *ex hypothesi* una sociedad genuinamente política. El gobernante digno de ese nombre debe siempre luchar por el bien de la República y hacerlo de acuerdo con la Ley, no está por encima de la comunidad.
- v. De todos, Aquino era determinante en estudios canónicos, tanto por método y contenido, pero Gerson era autor preferente a raíz de la reforma que consolidó el estudio de los cánones conciliares más allá del Concilio de Trento; desplazando decretales y otras decisiones papales.

En el Capítulo V de las Confesiones, diseñado por Roscio para determinar la *“verdadera idea de la soberanía y se desenvuelven los elementos sociales”*, se produce la definición que marcará todo el libro en la fijación de los efectos de un cierto contrato social como verdadero legitimador de autoridad:

“Soberanía es el resultado del poder y de la fuerza moral y física de los hombres congregados en sociedad: fuera de ella, cada uno es un pequeño soberano porque se halla dotado de facultades intelectuales y corporales, esenciales constitutivos de la soberanía”.
“A nadie pueden negarse estas dotes, que en el proyecto de la creación entraron como partes integrantes de esta imagen y semejanza del creador. Las obras de Dios son perfectas: como tales él mismo las iba aprobando al paso que su omnipotencia las iba sacando de la nada. El fiat con que recibieron el ser todas las que precedieron a la existencia del hombre, parecía insuficiente a explicar la dignidad y perfección de esta criatura que tanto había de costar a su hacedor: es por esto que, al formarla, toma otro tono más solemne y digno del efecto que iba a producir para complemento de la creación. Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza, es la fórmula con que sale a luz este mundo abreviado para poner el sello a las obras del creador. Entonces es que el conjunto de todas ellas

merece ser aprobado como excelente y perfectísimo. (Vidit Deus cuncta, quae fecerat, et erant valde bona; Gen. 1). Ofendería el crédito de esta sagrada historia, abdicaría el sentido común cualquiera que dijese no haber participado esta elegante copia de aquellos atributos comunicables a la naturaleza. Tal es el de la soberanía y poder. Ilusoria y vana sería la expresión de imagen y semejanza de Dios, si nada le hubiese cabido de los rasgos que componen la soberanía, y demás dones necesarios a su defensa, conservación y felicidad”²⁰.

Si nos quedáramos con el primero de los párrafos, la conceptualización podría vincularse perfectamente con varios autores que se inscriben en la ilustración, lo cual no nos daría mayores señas; pero, el segundo párrafo, es el que hace la diferencia y nos lleva directamente a la argumentación conciliarista contenida en los trabajos de Gerson y Mair²¹. Parten de la premisa de que los orígenes de las sociedades políticas se pueden identificar a través de dos elementos complementarios: El hecho de Dios haber dado a los hombres la capacidad de formar tales comunidades, para remediar los efectos de sus pecados, y el hecho de

²⁰ Op. Cit., p.p. 51.

²¹ John Mair [1467 – 1550] fue el continuador de las ideas de Gerson en la Sorbona. Insiste en que las esferas de la jurisdicción secular y eclesiástica deben ser diferentes por lo que los monarcas no están sujetos al pontífice romano en los asuntos temporales. Esta es una nueva corroboración de la falta de uniformidad en la Teología Fundamental en el propio seno de la Iglesia y que las bases primarias del concepto de soberanía no se encuentra en el pensamiento absolutista. El pueblo se limita a hacer una delegación al gobernante por lo que éste, de acuerdo con los conciliaristas, no debe ser considerado un soberano absoluto. Más allá de esa consecuencia, Mair y sus seguidores sorbonistas, llegan a la consecuencia radical del derecho de rebelión contra el tirano y de la deposición del gobernante injusto. Ahora bien, esa posibilidad de destitución se relaciona con la solución que proponen en cuanto a la Iglesia, en analogía con el dominio temporal. La suprema autoridad para juzgar y deponer a un Papa herético o incompetente estaría en el Concilio General mientras que el poder para destituir a un tirano estaría en la asamblea representativa de los estados del Reino. El autor inglés Quentin Skinner, profesor de la Universidad de Cambridge, ha realizado un aporte fundamental para la comprensión de los fenómenos de poder al analizar los trabajos de potencias como Gerson y Mair y demostrar que el contenido religioso del debate y la relevancia de la diferenciación de los dominios encuentran su raíz mucho antes del Siglo XVIII, en el momento mismo de la fundación del pensamiento político moderno. En el desarrollo de los fundamentos del Constitucionalismo me permito calificar su obra como magistral. Utilizo en este trabajo: *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. Editora Schwarcz, Sao Paulo, 1996.

los hombres usar del modo adecuado esos poderes racionales, para introducir reyes mediante un acto de consentimiento por parte del pueblo, como un modo de mejorar su propio bienestar y seguridad.

Los razonamientos anteriores no buscan despojar de toda influencia a los autores de la ilustración en la conformación y justificación ideológica de la independencia americana. Al contrario, valoro ese bagaje intelectual como una moda predominante en ciertos círculos sociales contestatarios que se permitían tal lectura y, en algunos pocos, pero escandalosos casos, irrespetar el *index*; sin embargo, sí valoramos de esta forma a los autores de la ilustración para revelar su relevancia, tampoco pueden quedar fuera de la ponderación los autores de la escolástica posterior española, menos aún los conciliaristas de la Sorbona.

Francisco Carpintero Benítez, al evaluar la influencia de los escolásticos españoles en el nacimiento del liberalismo político, refiere el caso de Wicleff (¿conocido también como John Wiclef, 1328? -1384) cuando introduce el tema de los orígenes de la mentalidad que sostiene que el pueblo es el titular primario del poder político. Esta es otra cita relevante que hace Roscio a los efectos de definir las bases de su pensamiento canónico. Carpintero coincide en la conclusión de que la teoría democrática tiene su antecedente en los enfrentamientos entre el Papa y el Emperador, y en la relevancia del Derecho Romano. Sobre el tema de la importancia del tomismo, indica que:

“...la enseñanza tomista fue minoritaria hasta que en el siglo XVI la propagó Francisco de Vitoria (...) Aunque la corona española aportó juristas de una y otra escuela, los españoles desarrollaron pronto un estilo peculiar, pues las exigencias de las conquistas ultramarinas y de las guerras de religión desbordaban con mucho las posibilidades de la filosofía práctica y del derecho que habían heredado. Esto hizo que las aportaciones de los teólogos que forman lo que hoy llamamos segunda escolástica o escolástica tardía española fueran especialmente conocidas e influyentes en aquella época. Pero esta escolástica española dista mucho de componer una unidad. Francisco de Vitoria dio origen a la corriente que llamamos los salmantenses, activa fundamentalmente en la primera mitad del siglo XVI. Podemos considerar que llega a su máximo

esplendor con Domingo de Soto. Más tarde, a finales del siglo, fueron los jesuitas los que impusieron sus libros, y Gabriel Vázquez de Belmonte, Luis de Molina y Francisco Suárez son nombres suficientemente conocidos. Estos últimos fueron llamados los conimbricenses, ya que actuaron preferentemente desde la Universidad de Coimbra”²².

Esta falta de uniformidad de la escolástica española me obliga a apoyar la imposibilidad de descubrir una influencia ecuménica de ellos en Roscio. Las referencias romanistas, el método de interpretación bíblica y la doctrina acerca de la titularidad del pueblo sobre el poder político, presente en toda la obra de Roscio, no encuentra antecedente en una fuente única, menos aún si no puede calificarse a la escolástica española como corriente pura. Carpintero lo refiere así, al afirmar que inclusive Tomás de Aquino y Francisco Suárez han representado dos universos distintos; el primero, sobre la sustancia del *ius* o derecho, mientras que Suárez se enfoca en las leyes como actos imperativos del gobernante. Volvamos a Roscio, para detectar el hilo conductor con Wicleff:

“Llegó a tanto grado el desorden de los que cortejaban la tiranía, que hubo en el siglo XV un papa que se atreviese a donar a los reyes de Castilla un mundo que no era suyo, ni de la silla apostólica; inmensas tierras poseídas de muchos millares y millones de propietarios con justo título.

Así violaba Alejandro VI el divino precepto de su misión: en lugar de apacentar las ovejas como lo había encargado Jesucristo, las trasquila y enajena, despojándolas de todos sus derechos, y entregándolas a la servidumbre y rapacidad de unos reyes, que si por arrojar de sus dominios a los moros y judíos, habían merecido el epíteto de católicos, eran dignos del último anatema por la escandalosa usurpación y simonía con que cebaron su codicia y ambición sobre este continente americano”²³.

²² Francisco Carpintero Benitez, “Los Escolásticos Españoles en los Inicios del Liberalismo Político y Jurídico”. *Rev. estud. hist.-juríd.* [online]. 2003, N° 25 [citado 23 Diciembre 2003], p.341-373. Disponible en la World Wide Web: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552003002500009&lng=es&nrm=iso. ISSN 0716-5455.

²³ Juan Germán Roscio, *Patriotismo de Nirgua y Abuso de los Reyes*, p. 99. En el texto, el autor incluye el siguiente texto a manera de cita:

La tendencia escolástica predominante rechazó las tesis de Wicleff (¿conocido también como John Wiclef, 1328? -1384) como precedente de las ideas de los “*herejes de esta era*” mientras que Roscio, en el contexto de la cita anterior, lo califica como “*virtuoso y sabio*” ligándolo a la reacción que se da en el “*concilio constanciense por adular a los reyes de Francia*”. En forma contrastante a la simpatía de Roscio, los escolásticos españoles tenían necesariamente que valorar los escritos de Wicleff como representativos de las herejías de su momento. Tal certeza surge de la definición del propio Concilio de Constanza, en la Sesión VIII del 4 de mayo de 1414 dirigida a condenar cada una de sus tesis, con reiterada repulsión en las Bulas *Inter cunctas* e *In eminentis* de 22 de febrero de 1418. Puedo enumerar como los errores denunciados contra él en el Concilio, con mayor relevancia para reflejar la gravedad del apoyo que recibe de Roscio, los siguientes:

“D-584 4. Si el obispo o el sacerdote están en pecado mortal, no ordena, no consagra, no realiza, no bautiza.

D-588 8. Si el Papa es un precito y malo y, por consiguiente, miembro del diablo no tiene potestad sobre los fieles que le haya sido dada por nadie, sino es acaso por el César.

Vendit Alexander claves, altaria, Cristum

Vendere jure potest, emerat ille prius.

Sextus Tarquinus, sextus Nero, sextus et ipse,

Semper sub sextis perdita Roma fuit.

De vitio in vitium, de flamma cedit in ignem,

Roma sub hispano deperitura iugo.

Vendió Alejandro las llaves, vendió los altares y vendió a Cristo.

Pudo vender con derecho, porque primero lo había comprado.

Tarquino fue sexto, Nerón fue sexto y sexto fue Alejandro.

Siempre imperando los sextos, Roma estuvo perdida.

Cae de vicio en vicio y de la llama en el fuego,

Roma perecerá bajo el yugo español.

Compendiosamente trata en estos versos de la conducta pacífica de Alejandro VI, el gran diccionario histórico de Moreri, a cuya vista nadie extrañará la escandalosa y arbitraria enajenación de las Américas. Alejandro VI es acusado por los historiadores de simoníaco; y esto indican los dos primeros versos. Tarquino, sexto rey de Roma, y Nerón sexto emperador, fueron un complejo de todos los vicios, y lo mismo se dice de Alejandro que fue entre los reyes el sexto de este nombre. Roma iba de mal en peor, pues salió del yugo de los romanos, para caer en el de los españoles, de cuya nación era Alejandro, que se nombraba antes de su pontificado Rodrigo de Borja.

D-590 10. Es contra la Sagrada Escritura que los hombres eclesiásticos tengan posesiones.

D-592 12. El prelado que excomulga al clérigo que apeló al rey o al consejo del reino, es por eso mismo traidor al rey y al reino.

D-594 14. Lícito es a un diácono o presbítero predicar la palabra de Dios sin autorización de la Sede Apostólica o de un obispo católico.

D-595 15. Nadie es señor civil, nadie es prelado, nadie es obispo, mientras está en pecado mortal.

D-596 16. Los señores temporales pueden a su arbitrio quitar los bienes temporales de la Iglesia, cuando los que los poseen delinquen habitualmente, es decir, por hábito, no sólo por acto.

D-597 17. El pueblo puede a su arbitrio corregir a los señores que delinquen.

D-598 18. Los diezmos son meras limosnas y los feligreses pueden a su arbitrio suprimirlas por los pecados de sus prelados.

D-605 25. Son simoníacos todos los que se obligan a orar por quienes les socorren en lo temporal.

D-606 26. La oración del precito no aprovecha a nadie.

D-608 28. La confirmación de los jóvenes, la ordenación de los clérigos, la consagración de los lugares, se reservan al Papa y a los obispos por codicia de lucro temporal y de honor.

D-612 32. Enriquecer al clero es contra la regla de Cristo.

D-613 33. El Papa Silvestre y Constantino erraron al dotar a la Iglesia.

D-616 36. El Papa con todos sus clérigos que poseen bienes, son herejes por el hecho de poseerlos, y asimismo quienes se lo consienten, es decir, todos los señores seculares y demás laicos.

D-617 37. La Iglesia de Roma es la sinagoga de Satanás, y el Papa no es el próximo e inmediato vicario de Cristo y de los Apóstoles.

D-618 38. Las Epístolas decretales son apócrifas y apartan de la fe de Cristo, y son necios los clérigos que las estudian.

D-620 40. La elección del Papa por los cardenales fue introducida por el diablo.

D-621 41. No es de necesidad de salvación creer que la Iglesia Romana es la suprema entre las otras iglesias.

D-622 42. Es fatuo creer en las indulgencias del Papa y de los obispos.

D-623 43. Son ilícitos los juramentos que se hacen para corroborar los contratos humanos y los comercios civiles.

D-624 44. Agustín, Benito y Bernardo están condenados, si es que no se arrepintieron de haber poseído bienes, de haber instituido religiones y entrado en ellas; y así, desde el Papa hasta el último religioso, todos son herejes”²⁴.

Por supuesto, esa empatía evidente en Roscio y Wiclef reflejan una absoluta radicalidad e insisto en este aspecto porque esas mismas ideas se identifican con las denuncias contra la corrupción eclesiástica y la supremacía papal. Situación similar a la del otro gran condenado en Constanza y tercera pista que nos da Roscio; me refiero a Jan Hus (1369-1415), actor principal en el contexto del cisma papal que busca resolverse en el Concilio y en el movimiento reformista que surge en las tierras de la Corona Checa. Todos estos conflictos en el seno de la Iglesia Católica estaban relacionados con las actividades y excesos de la administración eclesiástica, especialmente en lo que se refería al negocio con las indulgencias.

Hus fue invitado a defender sus tesis ante el Concilio de Constanza cuando el objetivo real era que desistiera de ellas. En tal escenario, rechazó la acusación de herejía y exigió que el concilio le enseñara la verdad. La consecuencia fue que el poder secular lo condenó a morir en la hoguera, sentencia que fue ejecutada el 6 de julio de 1415. Hagamos el mismo ejercicio anterior, enumerando los errores atribuidos a Jan Hus en la Sesión XV del 6 de julio de 1415 del referido Concilio:

²⁴ Todos los textos conciliares que se hacen en el presente trabajo son tomadas del *Enchiridion Symbolorum*, la recopilación católica del magisterio de la Iglesia. En su origen, fue compilada y publicada por el jesuita Heinrich Joseph Dominicus Denzinger en 1854 (De ahí que se conozca comúnmente como Denzinger). Este esfuerzo terminó convirtiéndose en la principal referencia teológica, en cuanto al Magisterio Eclesiástico, ya que está conformado por los dogmas de la Iglesia. Manejo la versión en español de 1963, producto de la revisión efectuada por el padre jesuita Adolf Schönmetzer, en la cual se produce una extensión de documentos numerados hasta Pío XII. Enrique Denzinger, *El Magisterio de la Iglesia*, Manual de los Símbolos, Definiciones de Declaraciones de la Iglesia en Materia de Fe y Costumbres. Editorial Herder, Barcelona, 1963. La fórmula tradicional en teología es señalar la sigla Dz seguida de la doble numeración del canon.

“D-635 9. La dignidad papal se derivó del César y la perfección e institución del Papa emanó del poder del César.

D-639 13. El Papa no es verdadero y claro sucesor de Pedro, príncipe de los Apóstoles, si vive con costumbres contrarias a Pedro; y si busca la avaricia, entonces es vicario de Judas Iscariote. Y con igual evidencia, los cardenales no son verdaderos y claros sucesores del colegio de los otros Apóstoles de Cristo, si no vivieren al modo de los apóstoles, guardando los mandamientos y consejos de nuestro Señor Jesucristo.

D-641 15. La obediencia eclesiástica es obediencia según invención de los sacerdotes de la Iglesia fuera de la expresada autoridad de la Escritura.

D-645 19. Por medio de las censuras de excomunión, suspensión y entredicho, el clero se supedita, para su propia exaltación, al pueblo laico, multiplica la avaricia, protege la malicia, y prepara el camino al anticristo. Y es señal evidente que del anticristo proceden tales censuras que llaman en sus procesos fulminaciones, por las que el clero procede principalísimamente contra los que ponen al desnudo la malicia del anticristo, el cual ganará para sí sobre todo al clero.

D-651 25. La condenación de los 45 artículos de Juan Wicleff, hecha por los doctores, es irracional, inicua y mal hecha. La causa por ellos alegada es falsa, a saber, que «ninguno de aquéllos es católico, sino cualquiera de ellos herético o erróneo o escandaloso».

D-652 26. No por el mero hecho de que los electores o la mayor parte de ellos consintieron de viva voz según el rito de los hombres sobre una persona, ya por ello solo es persona legítimamente elegida, o por ello solo es verdadero y patente sucesor o vicario de Pedro Apóstol o de otro Apóstol en el oficio eclesiástico; de ahí que, eligieren bien o mal los electores, debemos remitirnos a las obras del elegido. Porque por el hecho mismo de que uno obra con más abundancia meritoriamente en provecho de la Iglesia, con más abundancia tiene de Dios facultad para ello.

D-653 27. No tiene una chispa de evidencia la necesidad de que haya una sola cabeza que rija a la Iglesia en lo espiritual, que haya de hallarse y conservarse siempre con la Iglesia militante.

D-654 28. Sin tales monstruosas cabezas, Cristo gobernaría mejor a su Iglesia por medio de sus verdaderos discípulos esparcidos por toda la redondez de la tierra.

D-655 29. Los Apóstoles y los fieles sacerdotes del Señor gobernaron valerosamente a la Iglesia en las cosas necesarias para la salvación, antes de que fuera introducido el oficio de Papa: así lo harían si, por caso sumamente posible, faltara el Papa, hasta el día del juicio”.

La referencia al Concilio de Constanza, contenida en los escritos de Roscio, es de especial relevancia por cuanto demuestra su radicalidad y desentraña la influencia que las ideas conciliaristas tuvieron en él. Efectivamente, tal como refiere Melloni, existían unos criterios de ecumenicidad de las reuniones de obispos durante la antigüedad, comenzando por el Concilio Niceno II (787). Estaban referidos a que sus decisiones debían ser concordantes con los concilios ecuménicos predecesores y con la concurrencia de las autoridades competentes, particularmente la representatividad de la Iglesia romana; no obstante, él destaca que, con la ruptura entre oriente y occidente en el 1054, ***“la celebración de concilios aceptados por todas las sedes patriarcales y episcopales y considerados ecuménicos en el sentido pleno de la palabra se volvió imposible”***²⁵. Los concilios realizados entre los siglos XII y XIV son denominados *concilios generales* y su carácter ecuménico deriva del objetivo perseguido por la iglesia latina de atribuirse la representación de la Iglesia Universal en el referido Concilio de Constanza de 1415.

Además de resaltar el clima conflictivo que signó el desarrollo del Concilio, a pesar de ser convocado por la tranquilidad y paz del pueblo cristiano, lo que interesa más a los efectos del presente estudio es la aceptación de las teorías conciliaristas en términos radicales, en parte derivada de la transmisión del control de la asamblea de las inclinaciones de cardenales y prelados a las de los universitarios, franceses y alemanes, principalmente. Esta doctrina fue definida en el decreto ***“Sacrosancta”***, aprobado por el concilio, en el que se establecía que

²⁵ Cfr. Alberto Melloni, *Los siete concilios «papales» medievales*, en: G. Alberigo, [Ed.], *Historia de los Concilios Ecuménicos*, Sigueme (Salamanca 1993) 157-184. Este autor advierte que en el tratado de Roberto Belarmino, *De conciliis et ecclesia militante* (1586), incluye después de los concilios de la Iglesia indivisa, otros siete: cuatro de Letrán, dos de Lyon y el de Viena; razón por la que cuando se refiere a concilios ecuménicos de los siglos XII-XIV, lo hace en el sentido de la tradición sinodal latina medieval.

la asamblea era la máxima autoridad dentro de la Iglesia, incluso en materia de fe y en la extirpación del Cisma. La conclusión obligatoria fue que en tal asamblea residía la infalibilidad que debía adelantar la tarea de reforma, aun con la oposición del Papa²⁶.

Por tanto, las referencias hechas por Roscio al Concilio de Constanza no pueden ser asumidas como inocentes; y reflejan, por ello, su inclinación hacia las teorías de los conciliaristas que, finalmente, pueden encontrarse en los orígenes del movimiento constitucionalista. Asimismo, la persecución contra wiclifitas y husitas se recrudeció a partir de mediados del siglo XV, después de que Hus muriera en la hoguera y de que los restos de Wycliffe (que había muerto en 1384) fueran exhumados y quemados en 1427 tras condena eclesiástica y civil. Por tal razón, en mi opinión, resultan definitivas las referencias hechas por Roscio.

Solo para reflejar la dirección que debía seguir la persecución desatada, la Bula *Inter cunctas* de 22 de febrero de 1418 definía las “***Interrogaciones que han de proponerse a los wicleffitas y hussitas***”, bajo un esquema de condenación que podía inclusive terminar en muerte. Leamos la dirección de la celada con algunas de las preguntas planteadas contra los posibles herejes:

²⁶ El texto parcial del Decreto es el siguiente: “*En nombre de la santa e indivisa Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, amen. Este santo sínodo de Constanza que es un Concilio general, reunido legítimamente en el Espíritu Santo para alabanza de Dios omnipotente, para la eliminación del presente cisma, para la realización de la unión y de la reforma en la cabeza y en los miembros de la Iglesia de Dios, ordena, define, establece, decreta y declara lo que sigue con la finalidad de alcanzar más fácil, segura, amplia y libremente la unión y la reforma de la Iglesia de Dios. En primer lugar declara que el mismo, legítimamente reunido en el Espíritu Santo, siendo un concilio general y expresión de la Iglesia Católica militante, recibe el propio poder directamente de Cristo y que quienquiera que sea, de cualquier condición y dignidad, comprendida la papal, está obligado a obedecerle en aquello que respecta a la fe y a la eliminación del recordado cisma y a la reforma general en la cabeza y en los miembros de la misma Iglesia de Dios. Además, declara que quienquiera que sea, de cualquier condición, estado y dignidad, comprendida la papal, que se negase pertinazmente a obedecer a las disposiciones, decisiones, órdenes o preceptos presentes o futuros de este sagrado sínodo o de cualquier otro concilio general legítimamente reunido, en las materias indicadas, o en aquello que toca a las mismas, si no se corrige, será sometido a una penitencia adecuada y será castigado, recurriendo incluso, si fuese necesario, a otros medios jurídicos*”.

“D-657 5. Asimismo, si cree, mantiene y afirma que cualquier Concilio universal, y también el de Constanza representa la Iglesia universal²⁷.

D-658 6. Asimismo, si cree que lo que el sagrado Concilio de Constanza, que representa a la Iglesia universal, aprobó y aprueba en favor de la fe y para la salud de las almas, ha de ser aprobado y mantenido por todos los fieles de Cristo; y lo que condenó y condena como contrario a la fe o a las buenas costumbres, ha de ser tenido, creído y afirmado por los mismos fieles como condenado.

D-659 7. Asimismo, si cree que las condenaciones de Juan Wicleff, Juan Hus y Jerónimo de Praga, hechas sobre sus personas, libros y documentos por el sagrado Concilio general de Constanza, fueron debida y justamente hechas y como tales han de ser tenidas y firmemente afirmadas por cualquier católico.

D-660 8. Asimismo, si cree, mantiene y afirma que Juan Wicleff de Inglaterra, Juan Hus de Bohemia y Jerónimo de Praga fueron herejes y herejes han de ser llamados y considerados, y que sus libros y doctrinas fueron y son perversas, por los cuales y por las cuales y por sus pertinacias, como herejes fueron condenados por el sagrado Concilio de Constanza.

D-661 11. Asimismo, pregúntese especialmente al letrado, si cree que la sentencia del sagrado Concilio de Constanza, dada contra los cuarenta y cinco artículos de Juan Wicleff y los treinta de Juan Hus, arriba transcritos, fue verdadera y católica; es decir, que los sobredichos cuarenta y cinco artículos de Juan Wicleff y los treinta

²⁷ En este punto, el Dezinger agrega una nota para evitar confusiones: “Nota: (2) Lo que aquí se dice de la autoridad del Concilio de Constanza, es evidente que ha de entenderse según la mente de la misma Sede Apostólica, que nunca confirmó todos sus decretos. Es más, la sentencia: «El Concilio de Constanza tiene inmediatamente de Cristo la -potestad, al que todos, de cualquier estado o dignidad, aunque sea papal, están obligados a obedecer en lo que atañe a la fe», establecida en las sesiones IV y V [Msi XXVII 585 B, 590 D], la rechazó expresamente Eugenio IV, el 4 sep. 1439, como impía y escandalosa, y el 22 jul. 1446 escribía a sus legados que vivían en Alemania: «Lo mismo que nuestros predecesores acostumbraron recibir, abrazar y venerar los Concilios generales que en su tiempo se constituyeron debidamente, y canónicamente se celebraron; así nosotros, con toda reverencia y devoción, recibimos y veneramos los Concilios generales de Constanza y Basilea, desde su comienzo hasta la translación hecha por Nos, sin perjuicio, sin embargo, del derecho, dignidad y preeminencia de la Santa Sede Apostólica, y de la potestad que a ella y a quien en ella canónicamente se siente, le fue concedida por Cristo en la persona del bienaventurado Pedro» [Bar(Th) 1446, 3 (28, 461 a); Cf. HERGENRÖTER-KIRSCH, Handb. der allgem. Kirchengeschichte, 6, III, (1925) 153 sj”.

de Juan Hus, no son católicos, sino que algunos de ellos son notoriamente heréticos, algunos erróneos, otros temerarios y sediciosos, otros ofensivos de los piadosos oídos.

D-673 23. Asimismo, si cree que el bienaventurado Pedro fue vicario de Cristo, que tenía poder de atar y desatar sobre la tierra.

D-674 24. Asimismo, si cree que el Papa, canónicamente elegido, que en cada tiempo fuere, expresado su propio nombre, es sucesor del bienaventurado Pedro y tiene autoridad suprema sobre la Iglesia de Dios.

D-675 25. Asimismo, si cree que la autoridad de jurisdicción del Papa, del arzobispo y del obispo en atar y desatar es mayor que la autoridad del simple sacerdote, aunque tenga cura de almas.

D-676 26. Asimismo, si cree que el Papa puede, por causa piadosa y justa, conceder indulgencias para la remisión de los pecados a todos los cristianos verdaderamente contritos y confesados, señaladamente a los que visitan los piadosos lugares y les tienden sus manos ayudadoras.

D-677 27. Asimismo, si cree que los que visitan las iglesias mismas y les tienden sus manos ayudadoras pueden, por tal concesión, ganar tales indulgencias.

D-678 28. Asimismo, si cree que cada obispo, dentro de los límites de los sagrados cánones, puede conceder a sus súbditos tales indulgencias.

D-690 El sagrado Concilio, el 6 de julio de 1415, declaró y definió que la siguiente proposición: «Cualquier tirano puede y debe ser muerto lícita y meritoriamente por cualquier vasallo o súbdito suyo, aun por medio de ocultas asechanzas y por sutiles halagos y adulaciones, no obstante cualquier juramento prestado o confederación hecha con él, sin esperar sentencia ni mandato de juez alguno»... es errónea en la fe y costumbres, y la reprueba y condena como herética, escandalosa y que abre el camino a fraudes, engaños, mentiras, traiciones y perjurios. Declara, además, decreta y define que quienes pertinazmente afirmen esta doctrina perniciosísima son herejes”²⁸.

²⁸ En el mismo sentido que la cita que hice anteriormente, el Dezinger trae esta advertencia en tema tan controversial: “Nota: (1) Msi XXVII 765 E s; Hrd VIII 424 C; Hfl VII 175 s. Esta condenación no fue aprobado como definición por el Sumo Pontífice (Cf. V. CATHREIN, *Moralphilosophie II*, p. 596); pero fue renovada por Paulo V con las Letras Cura Dominici gregis de 24 de enero de 1615”.

4. EL MÉTODO DE ROSCIO, OTRA DE LAS CLAVES EN LA INDAGACIÓN

“...el terreno abonado por la infiltración de ideas de gobierno romanas estaba en todo caso listo para la recepción de los latinizados conceptos bíblicos por lo que el mensaje del cristianismo mismo no pudo sino ayudar a promover la aplicación de la tesis descendente de gobierno”.

Walter Ullman

Como se hace evidente al leer toda la obra de Roscio, su método no es el de los escolásticos, aunque sea cercano a ellos por la materia que pretende desarrollar. Es contrastante el método escolástico, absolutamente ordenado en su exposición, con el desorden incito en los trabajos de Roscio; un esfuerzo en el que, en el mejor “*estilo sorbonista*”, se utiliza la fuerza argumentativa que da la Biblia como documento sagrado. Si leemos a Santo Tomás de Aquino, la técnica dialéctica del *sic et non* implica un absoluto formalismo en la realización de preguntas concretas que serán resueltas en forma conclusiva, con un sí o un no. Este será predominante desde el Decreto de Graciano y solo será retado por la Ilustración, como hemos podido constatar.

Si analizamos en su contexto global la obra de Roscio, la primera nota característica será el método de referencia bíblica, tan propio de los juristas imbuidos de la influencia religiosa; absolutamente alejado del pensamiento de la ilustración, ante la convicción de que ese tipo de alusión solo podía ser la manifestación de prejuicios incompatibles con un ejercicio racional. Esta afirmación puede ser constatada desde la publicación de El Patriotismo de Nirgua y Abuso de los Reyes, en 1811, texto en el cual el ideólogo del proceso independentista trata de desestimar los “*sofismas*” que plantean que el poder monárquico es el gobierno por excelencia ordenado por la divinidad.

Es constante en su obra la referencia al hecho religioso y al pecado como extorsivo argumento fomentado por los tiranos. Ejemplifico, para demostrar el punto, con el mismo documento de Nirgua en el cual se combate la tesis que sostiene que el vivir sin rey es un pecado, porque “*sin rey vivieron nuestros primeros padres: sin rey vivieron sus descendientes antes del diluvio: sin rey vivieron los de la familia de Noé*

y toda su posteridad más de doscientos años después del diluvio, y vivieron con menos males que los que sobrevivieron a la aparición de los reyes (...) sin rey vivió abrahán y su sobrino Loth: sin rey vivió su numerosa descendencia más de 800 años, hasta que su ingratitud mereció ser castigada con el gobierno de los reyes en tiempos de Samuel. Ninguno más que este profeta sabía la viciosa conducta de los reyes".

Además, la simple revisión de los títulos en la organización que presenta Roscio en sus Confesiones, permite en forma inmediata detectar la disimilitud de su método con el de los escolásticos y el de la Ilustración.

Ernst Cassirer sostiene que la actitud crítica y escéptica con que se mira a la religión es de la "esencia" misma de la filosofía de las luces. Ejemplifica con Voltaire, de quien sostuvo que jamás cesó de lanzar en sus obras como en su correspondencia el viejo grito de guerra "Écrasez *l'infame*", para concluir que el Enciclopedismo francés se enfrentó abiertamente contra la religión, contra su validez y sus pretendidas verdades. Se puede constatar un reproche constante por frenar el progreso intelectual y por mostrarse incapaz de fundar una verdadera moral y un orden político-social justo. Por eso la tendencia a considerar que la extirpación de toda creencia absoluta, bajo cualquier argumento en que ella se apoye, será en definitiva el único medio de liberar al hombre de los prejuicios, de la servidumbre y de abrirle los caminos del bienestar. Una vez tomada conciencia de este estado de cosas, no habrá retorno posible; se deberá escoger entre la libertad y las cadenas, entre la lucidez de la conciencia y la oscuridad de las pasiones, entre ciencia y creencia²⁹.

Frente a esta "esencia" no puede existir conciliación. Vayamos al fundamento mismo de la certitud religiosa y tratemos de determinar, delimitar clara y metodológicamente, el contenido de verdad de la Biblia. En su momento, el sólo planteamiento fue una suerte de revolución del pensamiento religioso porque implicó una ruptura deliberada con un principio que ni la Reforma puso en duda; al contrario, lo impulsó más rigurosamente y más implacablemente que nunca: El principio de la inspiración verbal. Cada palabra, cada letra de la Biblia, así como

²⁹ Cfr. Ernst Cassirer, *La Philosophie des Lumières*. Librairie Arthème Fayard, Paris, 1966, págs. 153 y ss.

la utilizó Roscio, están protegidos por la integridad del texto que a su vez deriva su certitud de la revelación. Él no debería admitir discusión a ese efecto. Se cree o no se cree; de ahí derivan los razonamientos y las conclusiones.

Pero en el Siglo XVIII esta pretensión va a atentar contra el progreso del espíritu filosófico y se encuentra en contradicción con el principio de la duda metódica de Descartes. Por eso es importante citar nuevamente a Cassirer, quien encuentra en el libro de Richard Simon (*Histoire critique du vieux testament*, 1678) el comienzo de la historia crítica de los libros bíblicos para concluir que la Biblia, por ella misma, no ofrece un abrigo absoluto contra la duda y que debe ser completada y apoyada por otras instancias, por el testimonio concordante de la tradición de la Iglesia³⁰. Aun cuando el mismo Roscio reconozca que fue engañado con argumentos que derivaban de sus ideas religiosas, no acepta, y esto está en la enjundia de todos sus escritos anteriores y posteriores al proceso de 1811, discutir el valor de la Biblia como orden del espíritu que, a su vez, se constituye en el orden de las cosas. Las ideas, las verdades reveladas, los principios, reposan sobre una misma Ley esencial. No puede existir otra ley, tampoco otras verdades:

“En otro tiempo fueron engañados los pueblos con la ficción de unos monarcas semidioses, nacidos según la fábula del tráfico de sus madres con sus Dioses. Ya no puede subsistir esta ilusión entre cristianos; los interesados en ella le subrogaron la del poder y ministerio, que impugnamos; y la experiencia tiene acreditadas las ventajas de la subrogación. No ha sido otra la raíz de la idolatría. Deidades meramente fantásticas, que jamás podían salir de los círculos imaginarios, se estimaban realmente existentes por el prestigio de la fantasía de un vulgo ignorante y crédulo. Por despreciable y rudo que fuese el ídolo, con quien las creían identificadas, recibía del populacho honores y adoraciones que a ti solo te son debidas. Poco menos es lo que se ha practicado entre católicos con los nuevos ídolos del orden civil, erigidos sobre las invenciones del nuevo poder y ministerio. Si yo no estuviese persuadido de la sana intención con que escribía S. Pablo los rasgos políticos que estoy explicando: si no me constase que en nada contradicen la

³⁰ Ibidem, pág. 196.

soberanía nacional, sostenida por S. Pedro en el c. 2. de su primera carta; debería haber cortado por el atajo, diciendo desde el principio, que se había equivocado en un punto de política, como Salomón en el sistema astronómico que siguió, cuando escribía el libro del Ecclesiastés. Añadiría, que, estando el príncipe de los Apóstoles concordante con la política del viejo Testamento, y con la de todos los pueblos libres, debía prevalecer sobre el dicho de S. Pablo en cuanto contrario al suyo. Pero no habiendo ni equivocación, ni discordancia, yo debo seguir el hilo de mis observaciones para afirmarme más en la concordancia de los dos, y refutar mas el abuso que se está haciendo del c. 13 de la carta a los Romanos”³¹.

Según Cassirer, la idea misma de una crítica histórica de la Biblia no dejará de cumplir su camino. Ella no cesa de responderse, todo en respaldo de la verdad dicha bajo las consideraciones generales del método y de la filosofía. Las convicciones religiosas y el *éthos* del humanismo encontraran su primer rostro clásico en la edición crítica del Nuevo Testamento de Erasmo, el maestro especial de este movimiento. Un esfuerzo de depurar la doctrina cristiana mediante la decantación del texto de todos los agregados tardíos, de todas las falsificaciones arbitrarias. Concluye que esta convicción debió inspirar el trabajo del más grande de los discípulos de Erasmo, Hugo Grotius³².

En el artículo “*Biblia*” de la Enciclopedia, Diderot bosqueja una tabla casi completa de las tendencias y de las tareas esenciales de la crítica bíblica. Él establece también los diversos criterios que permiten apreciar la autenticidad de las escrituras; exigiendo el análisis cuidadoso de esos libros y la búsqueda de las condiciones bajo las cuales fueron escritos. Su conclusión es que el principio de la inspiración verbal debe ser rechazado porque “***el método de interpretación histórica ha penetrado en el corazón del sistema teológico***”. A diferencia de los escolásticos españoles, prohibidos más por la revalorización de la voluntad humana y por anunciar las condiciones futuras que permitirán la realización de los valores individuales para que los hombres vivan en paz y en Justicia, el pensamiento de la ilustración no puede aceptar el valor de la Biblia como orden de las cosas.

³¹ Roscio...Op. Cit., pág. 232.

³² Idem, pág. 198.

Quizás hoy referir un método de interpretación bíblica pueda aparentar cierto simplismo, pero autores de la entidad de un Walter Ullman, en el análisis del pensamiento medieval, han mostrado su incredulidad ante la escasez de trabajos modernos sobre el estudio de la Biblia en la Edad Media y el hecho de que, aparte de algunos temas aislados, no existan investigaciones de relevancia que analicen *ex professo* y en detalle la influencia de la Biblia en la idea medieval de Ley, en el concepto medieval de Justicia y ninguna sobre su influencia visible en los principios de gobierno en la Edad Media³³. Y cuando me refiero a su entidad como autor que definió un método de integración entre la historia y el derecho, destaco la erudición reflejada en su obra *The Growth of Papal Government in the Middle Ages*, publicado por primera vez en 1955, en las que se definen las relaciones entre el poder temporal y el poder eclesiástico en la Edad Media y, al tiempo, se presentan las estructuras hierocráticas monísticas presentes en la teoría papal de gobierno que se desarrolló entre los siglos IV y XII, como teoría de la monarquía papal³⁴.

Como punto básico sobre el estudio de la aplicación de la Biblia en la Edad Media, Ullman destaca que la Biblia utilizada en ese momento histórico era la Vulgata, aproximadamente en la forma provista por la traducción latina de San Jerónimo que fue declarada, en 1546, el texto único y auténtico de las Sagradas Escrituras. Con relación a este hecho, señala que tal traducción ***“coincide con las primeras manifestaciones del papado como una institución de gobierno, y no carece de interés señalar que el Papa cuyo pontificado marca un estadio decisivo en el***

³³ Afirmación que se puede verificar en la conferencia “*La Biblia y Principios de Gobierno en la Edad Media*”, publicada en *Settimane di Studio del Centro di Studi Italiano sull’alto Medioevo*, Spoleto, 26 aprile-2 maggio, 1963.

³⁴ El comentario de Ullman se produce mucho antes de la aparición de los textos de Quentin Skinner que, como ya he indicado, modificaron la comprensión del pensamiento moderno sobre el poder al sustituir el tradicional resumen de doctrinas e historias por la reconstitución del proceso por el cual los pensamientos se construyeron. Seguramente fue muy posteriormente cuando Ullman tuvo noticias de quien debió ser, para él, un novel profesor de Filosofía Política en Cambridge; casualmente, el lugar en que muere Ullman, un 18 de enero de 1983. No hay que olvidar que la primera edición del libro imprescindible de Skinner, con el título original “*The foundations of modern Political Thought*”, apareció en 1978. Digo esto advirtiéndole que Skinner cita a Ullman como un estudioso que sustentó que la escolástica “anunció al humanismo” (*As Fundações do Pensamento Político Moderno*. Editora Schwarcz, Sao Paulo, 1996, p. 70).

*desarrollo del papado como órgano de gobierno, es decir, Damaso I, fue quien alentó al erudito a emprender hercúlea tarea. En ese periodo el papado comenzó a actuar reflexivamente en temas de gobierno: es el periodo de gestación que abarca los periodos de Dámaso I y León I-Gelasio I*³⁵. Se da así una confluencia entre la Roma secular con el latín bíblico por lo que la Vulgata, para ser entendida por los romanos de los siglos IV y V, encerraba una serie de conceptos y términos que tenían un significado completamente legal romano.

Y es precisamente este estilo romanista, tanto por el uso de la traducción latina como por la constante referencia a los conceptos de Derecho Romano, lo que nos permite afirmar una similitud entre Juan Germán Roscio, como máximo exponente del pensamiento independentista, y un método que surge por la infiltración de las ideas bíblicas latinizadas en el vocabulario de los gobiernos en función, y de ese modo *“moldearon la mente precisamente de aquellos que gobernaban. Considerando los temas expuestos en la Biblia e interpretados como principios de gobierno, uno puede decir que fue la Biblia más que el Derecho Romano la que sirvió como modelo, y la que presentó una reserva verdaderamente inagotable para deducir temas relativos al gobierno”*³⁶. Entonces no fue vana la selección del método en Roscio.

5. CONCILIARISMO E ILUSTRACIÓN, ¿CAMINOS SIN ENCRUCIJADA?

*“Los obispos son los causantes únicos de los males de Francia. La Revolución, que es el triunfo de las luces, no puede ver sin indignación la demasiado larga agonía de este veneno de los impostores”*³⁷.

A partir del siglo XII, en el seno de la Iglesia, se produce la revisión de criterios que parecían muy sólidos; uno de ellos, la visión agustiniana de una sociedad marcada por el pecado. Los reparos parten

³⁵ Walter Ullmann, *Escritos Sobre Teoría Política Medieval* (Compilado por Francisco Bertelloni). 1ª Edición. Eudeba, Buenos Aires, 2003, p. 109.

³⁶ Walter Ullmann, *Ibidem*, p. 113.

³⁷ Carta de Collot d'Herbois y Fouché, dirigida a la Convención desde Lyon, en 1793.

de aquellos, como Tomás de Aquino, convencidos de que las instituciones y organización política deben perseguir fines morales y ser instrumentos del bien. Fijémonos en que esta última posición favorece una visión del derecho como principio superior de la sociedad que implica la renovación de la filosofía antigua del derecho natural, revisada por el cristianismo, con el resultado final de una reflexión política sobre la relación recíproca entre gobernantes y gobernados, basada en las normas jurídicas; y algo muy importante, la preexistencia del debate sobre la naturaleza humana como componente básico de la determinación de un contrato social. Esto sin dejar de anotar la polémica sobre la primacía de los dos dominios, temporal y espiritual, tan acentuada por los conciliaristas³⁸.

¿Absoluta oscuridad, en la Edad Media, en la reflexión abstracta sobre la temática de la autoridad en la sociedad civil? Este es un viejo prejuicio que yo reto; precisamente, como profesor de derecho constitucional, al encontrar que el conciliarismo constituye un antecedente sustantivo en la negación del absolutismo y la reivindicación del pueblo como fuente de legitimación. Ya con una perspectiva más envolvente, considero que fueron varios los caminos hacia el proceso de racionalización del poder que condujo a la creación del Estado Moderno; uno de ellos, el más largo, arrancó en el seno de la Iglesia con una polémica profunda sobre la primacía de los dos dominios, temporal y espiritual, y prosiguió con el problema de la autoridad jurídica en la sociedad civil. Un camino que fue consolidado por la conceptualización quiritaria y la fuente preciosa que es el derecho natural, como triunfo de la dignidad

³⁸ Tomás de Aquino diseña una gradación de la ley que une profundamente al hombre con Dios y a Dios con el hombre mediante la intermediación de una serie de órdenes. El primero es aquel de la *lex aeterna*: la ley eterna o divina, o dicho de otra forma, la razón divina que gobierna al mundo. Esta ley perfecta es igualmente imposible de abarcar en su perfección. La segunda es la *lex naturalis* que, en cambio, es conocida por la razón humana: precisamente porque ella es en el seno de la criatura racional una participación de la ley eterna. En fin, viene el tercer orden, el de la *lex humana* como invención del hombre a partir de los principios de la ley natural. Surge entonces un problema práctico: ¿Debemos obedecer a la ley humana a pesar de estar en oposición con la ley eterna o la ley natural? ¿Hasta qué punto el ciudadano debe obedecer las leyes del Estado? La doctrina tomista afirma la obediencia de la ley humana aun cuando vaya en contra del bien común, es decir aunque cause un perjuicio, para mantener el orden *propter vitandum scandalum vel turbationem*. Evidentemente, esta última tesis no la comparte Roscio.

humana ante el aparato organizativo que en el medievo se identificó con la República y hoy llamamos Estado.

El otro camino, el de la Ilustración, se presenta con numerosos puentes, algunos baches, vericuetos y desvíos también, encuentra un destino coyuntural que permitirá al pensamiento fluir en forma caudalosa y convertirlo en razón práctica de transformación. ¿Pero puede hablarse de una pureza absoluta en ese pensamiento? ¿Está absolutamente despojado de prejuicios? ¿No es acaso el pensamiento ilustrado el producto de siglos de reflexión filosófica, social, política; y, aunque, les hubiera desagradado, ¿teológica? Insisto en ejemplificar con la llave de entrada y salida de la Revolución Francesa, el ideólogo de una nueva conceptualización que activó al constitucionalismo, el diseñador del Tercer Estado, ¿no fue el abate Sieyès? ¿Cuál era su formación? No me canso de traer en aula este ejemplo providencial. Según Sieyès, el Poder Constituyente en un poder inicial, autónomo y omnipotente. La pregunta se la hago al lector, en justo orden de ideas, ¿a quién está describiendo este sacerdote? Evidentemente, se trataría de un pensamiento contaminado por un paradigma de ser supremo; eso, si nos colocamos en el plano ilustrado.

En cuanto a Santo Tomás, la escolástica tardía, la propiamente española o los conciliaristas sorbonistas, ¿trabajan distintas fuentes? En realidad, se trata de un mismo “lugar teológico” del cual derivan concepciones diferentes en lo político y social. Gerson trata los orígenes de la Iglesia y las repúblicas en forma contrastante. Considera que la Iglesia es una dádiva divina concedida directamente por Cristo; pero después afirma, en un marcado tono agustiniano, antitomista y antiaristotélico, todas las sociedades seculares emergen como consecuencia del pecado pues en un mundo sin pecado no habría necesidad de un poder coercitivo. En virtud de las dificultades para lograr la protección del comportamiento pecaminoso de los hombres, se establecen las repúblicas seculares mediante un proceso natural, desarrollándose a partir de los esfuerzos del hombre para usar la razón que Dios le concedió con el fin de mejorar su suerte natural.

En el caso de la ley humana, Tomás de Aquino redirige el punto de la maldad implícita. Piensa en una Justicia legal posible en el sentido de estar orientada hacia el bien común y deducida por la razón natural

a partir de esa idea. Aparece así el aristotelismo en él inmanente: La Justicia es una construcción de la prudencia conforme a la naturaleza de las cosas. A los ojos de los teólogos y los juristas escolásticos, la ley natural constituye un punto de referencia y un criterio a la luz del cual se debe evaluar la legitimidad de las leyes positivas y las costumbres particulares. ¿Y los tomistas tardíos?

Para Francisco Suárez, y lo escojo a él porque era de los autores más conocidos por los juristas y teólogos de la América Colonial Hispánica, los derechos de la Iglesia se corresponden a su misión, la de llevar a los fieles por los caminos de la salvación; y aquí un Rey está en la misma situación que sus fieles. Él debe estar sometido y no puede pretender usurpar las funciones del sacerdocio. Es la misma tesis de Francisco Vitoria quien, al tiempo de reconocer la independencia de los dos poderes en los dominios que les son propios, afirma el poder total del Papa en materia espiritual hasta el punto de que puede intervenir *ratione peccati*, como en el caso de prohibir a los príncipes cristianos lanzarse en guerras fratricidas o deponer a un rey que gobierna contra la religión. Influenciado por Tomás de Aquino, Suárez coloca el origen del poder en la voluntad divina, pero hace surgir su manifestación concreta de causas segundas, es decir de la voluntad humana. Los fines del Estado los define en la perspectiva de un liberalismo que anuncia el espíritu del siglo XVIII, porque a esa institución le incumbe, solamente, crear las condiciones necesarias a la realización de los valores individuales para que los hombres vivan en paz y en Justicia. Las autoridades públicas deben entonces trabajar en aras de estos objetivos y hacerlos respetar.

La ley debe traducir concretamente el bien común (*bonum commune societatis civilis*), razón de ser del Estado. Según Suárez, ningún individuo tendría autoridad sobre los otros por lo que el legislador no puede ser el pueblo. Sin embargo, la mediación del Rey, poco satisfactoria para el espíritu, no debe ser descartada. Matriz del Estado, la autoridad popular desaparece desde el momento en que este se constituye. Por eso, no es el pueblo sino el Estado, una vez formado, quien delega el poder. De ahí que el estatuto político de un pueblo, una vez adquirido, no pueda ser cambiado. De esta forma se acerca a las conclusiones que Hobbes propone sobre la formación del Contrato Social.

¿Cuál fue el influjo de estas ideas en la revolución americana? ¿En qué proporción fue la escolástica española la base ideológica del proceso? Estas interrogantes vienen al caso porque algunos autores descartan de plano la influencia del pensamiento de la ilustración y ponen el acento en este pensamiento escolástico. Al punto, Juan María Echeverría afirma que *“cuando la Compañía de Jesús fue expulsada, uno de los argumentos esgrimidos por la corona fue precisamente que los profesores y predicadores jesuitas enseñaban doctrinas subversivas y antimonárquicas, de una peligrosidad alarmante. Fueron más perseguidas las obras de los autores jesuitas por la Inquisición estatal, que los libros de los enciclopedistas. Al año apenas de la expulsión de la Compañía de Jesús y al ver que sus doctrinas no solo no desaparecían, sino que adquirían mayor pujanza, el rey emitió una Real cédula el 18 de octubre de 1768, repetida una vez más el mismo año, en la que ‘se prohibía en todos los centros de educación superior en la América española la enseñanza de la susodicha escuela jesuítica, especialmente Suárez, Mariana y Molina’”*. Pero la escolástica no tiene la uniformidad del pensamiento conciliarista en Teología Fundamental.

La afirmación de Juan María Echeverría tiene mayor relevancia si se toma en consideración la referencia que realiza Roscio sobre el tema cuando sostiene que la verdadera causa que motivó la expulsión de los jesuitas de los reinos y provincias de España fue el desmantelamiento de la teoría del poder absoluto del monarca por lo que todas las otras motivaciones para disimular su despotismo son un pretexto y califica como bárbaro el decreto de su expulsión. Sin embargo, se deben analizar estas opiniones con sumo cuidado por cuanto, como ya indiqué, no se puede definir un pensamiento único o una línea común en los escolásticos sobre el tema que nos ocupa, máxime si se toma en consideración que, en algún caso, tal como sucedió entre Suárez y Molina en el enfrentamiento que se generó en 1593 por la Cátedra de Teología que el primero ganó en la Universidad de Coimbra, existieron serias divergencias³⁹. En la práctica, los revolucionarios franceses hacen uso

³⁹ Efectivamente, el resurgimiento quinientista del tomismo se produce cuando, en la Universidad de París, Pierre Crockaert (1450-1514) retomó el estudio de la Suma Teológica de Aquino. Este dominico, discípulo de John Mair, tuvo a su vez una influencia definitiva en su

de un producto de especial preferencia eclesial para fundamentar su Declaración Universal del Hombre y el ciudadano:

“Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los Derechos del Hombre, son las principales causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne los Derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre...

Artículo 2. El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 3. El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo, ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella”⁴⁰.

Como se ha visto, el tema del derecho natural, manejado desde la antigüedad, conjuntamente con el de la soberanía, con un desarrollo medieval indubitado, constituyen punta de lanza del proceso revolucionario. La puesta en evidencia de los postulados con la lectura de los preámbulos de las declaraciones de derechos de 1789 y de 1793, más que una enunciación de las garantías jurídicas o de principios políticos,

discípulo Francisco de Vitoria, también dominico como Aquino, en la elaboración doctrinal de una moderna teoría del Estado basada en el derecho natural. Es el caso que los jesuitas acogieron las doctrinas de los dominicos en un enfrentamiento más importante y singular, si lo comparamos con enfrentamientos anteriores entre ambas órdenes, en ocasión de las tesis asociadas a la fe luterana que, de acuerdo con su concepción de la relación del hombre con Dios, se resistía a fundamentar la conducta política en el derecho natural.

⁴⁰ *«Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des Droits de l'Homme, sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les Droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme (...) Article 2 Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. Article 3 Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut l'exercer d'autorité qui n'en émane expressément. »* Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, decretados por la Asamblea Nacional en las sesiones de los días 20, 21, 22, 23, 24 y 26 de agosto y 1º de octubre de 1789, aceptados por el Rey el 5 de octubre.

permiten descifrar los postulados implícitos de la Revolución: Naturalismo, inmanencia, progresividad y racionalismo. Siguiendo los postulados de Rousseau, el hombre es considerado como naturalmente bueno. Sí *“l’ignorance, l’oubli et le mépris des droits de l’homme sont les seules causes des malheurs publics”* (1789); *“des malheurs du monde”*, indicó la Declaración de 1793. Entonces, el mal no está enraizado en el hombre, es exterior a él; no es el hombre el que está marcado por una imperfección en su naturaleza (naturaleza que ha sido castigada por el pecado original dentro de la concepción cristiana agustiniana), sino que la sociedad está mal construida por lo que debe ser cambiada para que tienda hacia el bien. Una tesis que ya había sido revisada por el tomismo.

Pero siguiendo con el tema de la uniformidad, ¿Es la Ilustración tan sólida y compacta? Si bien es cierto que la clave está en la ruptura intelectual que se convirtió en una condición necesaria para la crisis última de la vieja monarquía, no todo puede ser tan perfecto. En la *Histoire de la Révolution Française*, Michelet da secuencia a su narrativa sobre la unificación del pueblo francés. Los contemporáneos de Michelet, tales como Louis-Adolphe Thiers y Auguste Mignet analizan a la Revolución Francesa como un acontecimiento provocado por los legisladores burgueses; Thomas Carlyle, como la sustitución de una forma de anarquía por otra; Philippe Buchez, como una revuelta socialista y de la clase trabajadora; Edgar Quinet, como la realización de los principios cristianos primitivos; Alphonse de Lamartine, como un evento cuya conformación mayor fue dada por individuos; y Jean Blanc, como una conformación política y de las ideas. En opinión de Michelet, la revolución fue la cuna de una nueva religión esparcida por todo el mundo.

Sin embargo, se debe tener cierta cautela con este tipo de generalizaciones. Por solo citar un autor autorizado, Roger Chartier califica como la *“quimera del origen”* la suposición determinista, tan en boga dentro de los círculos académicos, que parte de los siguientes supuestos: a) Que cada momento histórico es una totalidad homogénea, dotada de una significación ideal y única en cada una de las realidades que la componen; b) Que el devenir histórico es organizado como una continuidad necesaria; y c) Que los hechos se originan en un flujo inin-

terrumpido que permite descifrar que uno es la continuidad del otro⁴¹. Todo el esfuerzo del autor precitado es para advertir sobre la dificultad de ubicar unos antecedentes, u origen cultural, de un proceso tan complejo como el de la Revolución francesa⁴².

Chartier agrega otro riesgo que pesa sobre la noción de origen: El hecho de proponer una lectura teleológica del siglo XVIII implica que, a partir de la Revolución, se construyó un fin necesario que no fue otro que el de las luces. Este es un problema que se concreta en definir si son las luces las que producen la revolución, interpretación clásica a la cual se opone considerar que fue la Revolución la que inventó las luces, en la búsqueda de consolidar su propia legitimidad en un cuerpo de textos y autores fundadores, reconciliados más allá de sus diferencias vivas, unidos en la preparación de la ruptura con el viejo mundo. Así como la Posrevolución ha constituido, no sin debates como lo resalta Chartier, un panteón de ancestros que reúne a Voltaire y Rousseau, Mably y Buffon, Helvétius y Raynal, y se construyó una continuidad que se asemeja a una obra de justificación y de búsqueda de paternidad; no se puede ocultar, esa tendencia en la historia, y en nuestros primeros historiadores, los clásicos en particular, de justificar los hechos del pasado, glorificándolos, convirtiendo en heroico lo que pudo ser un evento más sin incidencia política.

Es un lugar común decir que la Revolución francesa fue hija de Voltaire, de Rousseau, de Montesquieu o de los enciclopedistas. En realidad, *el espíritu del siglo*, como lo describe Jean-Jacques Chevallier, es otra cosa, de más importancia que estos autores considerados aisladamente. El *espíritu del siglo* es entonces aquella situación plena de complejidad por los múltiples aportes, la mayoría contradictorios entre sí. Rousseau es contradictorio a los “filósofos”, a los “enciclopedistas”; Montesquieu es contradictorio a Rousseau, así como a los ideólogos de

⁴¹ Cfr. Roger Chartier, *Les origines culturelles de la Révolution française*, 2000.

⁴² *Ibidem*, p. 16. « C'est justement de ces notions classiques (totalité, continuité, causalité) que l'analyse 'généalogique' ou 'archéologique' doit se déprendre si elle veut adéquatement rendre compte des ruptures et des écarts. A la manière de la wirkliche Historie nietzschéene (...) Il y a toute une tradition de l'histoire (théologique ou rationaliste) qui tend à dissoudre l'événement singulier dans une continuité idéale – mouvement téléologique ou enchaînement naturel ».

la Enciclopedia. La sensibilidad ardiente de Rousseau es lo contrario a la aridez de un Helvétius o de un d' Holbach⁴³.

Pero con la Ilustración una nueva idea viene a aparecer, la idea del progreso, esencial en la conciencia moderna. El debate sobre las ilusiones del progreso, título de un libro de Georges Sorel (*les illusions du progrès*), o sobre la realidad del progreso es un debate esencial. En 1750, Turgot escribió *Tableau philosophique des progrès de l'esprit humain* y su discípulo Condorcet redactó, en plena revolución, el célebre libro, bajo el mismo espíritu: *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*. En su obra, Condorcet hace énfasis en que la razón humana se forma lentamente por los progresos naturales de la civilización y destaca como la superstición, emparejada con la corrupción, somete a los espíritus al poder de la crueldad y la maldad. Con el apoyo de las ciencias, el espíritu humano abandona su infancia y avanza hacia la verdad, hasta llegar al día en que *“los ojos, largo tiempo condenados a la oscuridad, se entreabren, rehacen, se acostumbran lentamente, se fijan en la luz, y el genio atrevido vuelve a montarse sobre su globo, de donde el fanatismo y la barbarie han sido exilados”*⁴⁴. En el primer tercio del siglo XIX se abrieron esos ojos en la América Hispana de Roscio.

6. CONCLUSIÓN

*“no ha sido interrumpida en ninguno de los puntos de la España que no hayan sido ocupados por la fuerza o contagiados por la detestable y perniciosa influencia de la Francia”*⁴⁵.

⁴³ Jean-Jacques Chevalier, *Histoire des Institutions et des Régimes Politiques de la France de 1789 a 1958*, p. 9.

⁴⁴ Jean-Antoine-Nicolas de Caritat Condorcet (1743-1794 ; marquis de), *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*. Num. BNF de l'éd. Masson & fils, París, 1822, p.p. 187 y ss. Texto digitalizado del original en Site BnF/Gallica de la Bibliothèque nationale de France [en línea]. <<http://gallica.bnf.fr/>> [Consulta: 29 de Septiembre de 2001].

⁴⁵ Carta suscrita por Roscio en fecha 30 de agosto de 1810 dirigida al Coronel Robertson, Secretario y Comisionado del Gobierno de Curazao en Caracas. Estos documentos fueron extraídos del Public Record Office, W.O. Curazao 1810, traducidos por Carlos Urdaneta Carrillo y publicados en el Segundo Tomo de la Compilación de las Obras Completas de Juan Germán Roscio, *ibidem*, tomo II, p. 172.

“V.E. puede estar seguro de que la disposición general de los Americanos Españoles es absolutamente hostil a la Francia y que el desarraigar de sus corazones una antipatía que el ejemplo de su Madre Patria, su religión y sus costumbres han inculcado en ellos tan profundamente seria una obra superior a todos los esfuerzos de la Política, quando hubiese alguna que creyese compatibles a los intereses del Nuevo Mundo con una sumisión al yugo ignominioso que le desea imponer el Usurpador Frances”⁴⁶.

No voy aquí a demostrar radicalidad afirmando que el pensamiento de Roscio tuvo como único influjo el del conciliarismo, pero creo que he evidenciado que sus preferencias eran evidentes en el debate en el seno de la Iglesia. Tampoco voy a excluir a los autores de la Ilustración cuando existen evidencias de lectura de sus obras. Voy esta vez al aspecto humano. Si algo tuvo la Revolución francesa fue una tendencia anticlerical; en contraste con los constituyentistas venezolanos de 1811, y en especial Roscio, a quienes no se les ocurrió abjurar de la religión que no dudaron en hacer oficial, la única, la verdadera. Y esto es relevante porque, para autores como Gobry, la Revolución francesa fue una guerra, pacientemente urdida y puesta en escena, contra la religión católica. Ella fue esencialmente una obra de destrucción implacable de la Iglesia de Francia y una persecución sin perdón contra su clero.

El problema para hombres como Roscio no fue acatar el dictado de la razón; ya que al fin y al cabo así lo termina haciendo, al menos, cuando rechaza el desarrollo ideológico-religioso de la justificación del poder absoluto del monarca. Todos sus argumentos son nacidos de la razón más pura. Ese no es el motivo de cualquiera de sus angustias. Lo que lo perturba es, precisamente, la manipulación de la fe para

⁴⁶ En una intensa actividad epistolar con J.T. Layard, Brigadier General y Teniente Gobernador de la Isla de Curazao, Roscio justifica el desconocimiento de las autoridades peninsulares que pretendieron llenar el vacío creado por las abdicaciones forzadas por la ambición napoleónica. Actuando como vocero de la Suprema Junta que se hizo del control de la situación, realiza un esfuerzo por obtener el apoyo de las autoridades inglesas frente a la reacción que se origina en forma inmediata en Coro y Maracaibo contra el ejemplo dado por Caracas. *Op. Cit.*, tomo II, p.150. Se conserva la ortografía del original.

consolidar la tiranía; pero también, lo inaceptable es el jacobinismo, el mismo rechazo a la religión y, en especial, a la suya que es la verdadera.

El espíritu de Roscio no es el de la Revolución que persiguió a la Iglesia. Él puede estar cerca de un hombre como Rousseau, o de otros que inspiraron a la Revolución a pesar de su condición o creencias religiosas. Lo que no puede ser cierto es su coincidencia con los enemigos de la Iglesia. Tal realidad se revela en la incompatibilidad profunda entre la Constitución de 1811 y el radicalismo racionalista y libertario, a pesar de la inclusión de instituciones claramente compenetradas con el Espíritu del Siglo. Y él fue el ideólogo de ese proceso.

En el mismo sentido, ¿cómo podría yo afirmar que un doctor en leyes y cánones está absolutamente desvinculado del pensamiento de autores como Juan de Mariana, Francisco Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Melchor Cano o un Francisco Suárez, ¿solo para ejemplificar? Por supuesto, absolutamente diversos en sus opiniones, aunque las mismas tengan un hilo conductor. ¡Pero si inclusive el contractualismo no es uniforme! Por tal razón, es que la originalidad de Roscio se presenta como una de sus mayores virtudes, la misma que surge de su formación, condición social y las circunstancias culturales de su tiempo. Aunada a la otra gran virtud, hombre de pensamiento que hace uso de la razón práctica y la acciona constitucionalmente.

El modo como el ser humano construye los espacios comunes es definitivo en el modo como se hace sujeto. El encuentro humano se da como sujetos finitos que precisan de la historia; simplemente, porque somos sujetos históricos. La conclusión sería obvia para un hombre como Roscio, solo en la historia podemos hacernos sujetos y encontrarnos con Dios. Yo pienso igual. Y es por esta razón que adquiere permanente vigencia la advertencia que hace Daniélou sobre los periodos de crisis que hacen a los hombres plantearse el problema del significado de su destino. La historia de la salvación está referida a ese fin humano y el hombre se define ***“por su relación a una historia en la que se sumerge y por medio de la cual cumple con su existencia”***⁴⁷.

⁴⁷ Cfr. Jean Daniélou, *El Misterio de la Historia*. 2ª Edición. Ediciones Dinor, San Sebastián, 1960, p. 9-11.

BIBLIOGRAFIA

- Actas de los Congresos del Ciclo Bolivariano. Estudio Preliminar de Ramón Díaz Sánchez. Ediciones Conmemorativas del Bicentenario del Natalicio del Libertador Simón Bolívar. Caracas: Publicaciones del Congreso de la República de Venezuela, 1983.
- BASTIANEL, Sergio, *Morality in Social Life*. Convivium Press, Miami, 2010.
- BEUVE-MÉRY, H., *La Théorie des pouvoirs publics d'après François Vitoria et ses rapports avec le droit contemporain*. Spes, Paris, 1928.
- BILLIER, Jean-Cassien, MARYIOLI, Aglaé, *Histoire de la Philosophie du Droit*. Armand Colin Éditeur, Paris, 2001.
- BODINO, Juan, *Los Seis Libros de la República*. Antologías del Pensamiento Político. Instituto de Estudios Políticos, U.C.V. Imprenta Universitaria, Caracas, 1966.
- BREDIN, Jean Denis, *Sieyes. La clé de la Revolution Française*. Éditions de Fallois, Paris, 1988.
- CASSIRER, Ernst, *La Philosophie des Lumieres*. Librairie Arthème Fayard, Paris, 1966.
- CHABOT, Jean Luc, *Histoire de la Pensée Politique*. Presses Universitaires de Grenoble, Saint Martin d'Hères (Isère), 2001.
- CHARTIER, Roger, *Les origines culturelles de la Révolution française*. Éditions du Seuil, Paris, 2000.
- CHENU, M. D., *El Evangelio en el tiempo*. Editorial Estela, Barcelona, 1966.
- COMISION TEOLOGICA INTERNACIONAL, *A La Recherche D'une Ethique Universelle : Nouveau Regard Sur La Loi Naturelle*, Disponible en : http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_con_cfaith_doc_20090520_legge-naturale_fr.html
- Complete Dictionary of Scientific Biography, 2008. *Encyclopedia.com*. Disponible en: <http://www.encyclopedia.com/doc/1G2-2830902574.html>
- CONGRESO DE LA REPUBLICA, *Los Proyectos Constitucionales del Libertador*. Ediciones Conmemorativas del Bicentenario del Natalicio del Libertador Simón Bolívar. Caracas, 1983.
- DANIÉLOU, Jean, *El misterio de la historia*. Ediciones Dinor, San Sebastián, 1960.
- DE LUBAC, Henri, *catolicismo, aspectos sociales del dogma*. Estela, Barcelona, 1963.
- Del Ciudadano*. Instituto de Estudios Políticos, U.C.V. Imprenta Universitaria, Caracas 1966.

- DENZINGER, ENRIQUE, *El Magisterio de la Iglesia*. Editorial Herder, Barcelona, 1955.
- Discurso Sobre el Origen de la desigualdad de los Hombres*. Edición digital basada en la edición de Madrid, Calpe, 1923. Consulta realizada en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- ECHEVERRÍA, Juan María, “Las Ideas Escolásticas y el Inicio de la Revolución Hispanoamericana”, *Revista Montalbán*, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Humanidades y Educación, Institutos Humanísticos de Educación, No. 5, Caracas, 1976.
- Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Aguilar ediciones, Madrid, 1969.
- FRIES, Heinrich, *Teología Fundamental*. Herder, Barcelona, 1987.
- GOBRY, Ivan, *La Revolution Française et l'Eglise*. Editions Fideliter, Escorrolles, 1989.
- GUCHET, Yves, *Histoire des Idées Politiques*. Paris: Armand Colin **Éditeur**, 1995.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República, eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica, México, 1940.
- HOBBSAWM, Eric J., *A Era Das Revoluções 1789-1848*. Editora Paz e Terra, Sao Paulo, 1997.
- HUISMAN, Denis, *Histoire de la Philosophie Française*. Editions Perrin, Paris, 2002.
- JEDIN, Hubert, *Manual de Historia de la Iglesia*. Editorial Herder, Barcelona, 1963.
- KÜNG, Hans, *cristianismo: Esencia e Historia*. Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- La Révolution Française 1789-1799*. Armand Colin, Paris, 1998.
- LE ROY, E. *Qu'est-ce qu'un dogme ?* en « *La Quinzaine* » 63 [1905]
- LUCIANI, Rafael, “Sobre las inversiones del poder y el reconocimiento de las diferencias. El sentido teológico del poder, del dilema al drama”. En *Revista ITER Teología* 30-31 (2003).
- LOCKE, John, *Carta Sobre la Tolerancia*. Introducción de Pedro Bravo Gala. Instituto de Estudios Políticos, U.C.V., Caracas, 1966.
- MAQUIAVELO, Nicolás, *El Príncipe*. Ediciones de la Universidad de Puerto Rico (Revista de Occidente), Madrid, 1955.
- Meditación sobre la iglesia*. Desclée de Brouwer, Bilbao, 1965.
- MESNARD, P., *L'Essor de la philosophie politique au XVI siècle*. Gallimard, Paris, 1942.
- MÉTHIVIER, Hubert, *La Fin de L'Ancien Régime*. 8º Edición. Presses Universitaires de France, Paris, 1996.

- MICHELET, Jules, *Histoire de la Révolution Française*. Éditions Robert Laffont, Paris, 1979.
- MORNET, Daniel, *Les origines intellectuelles de la Révolution française 1715-1787*. Colin, Paris, 1967.
- PAINE, Thomas, *Derechos del Hombre*. Alianza Editorial, Madrid, 1984.
- Pensamiento Político Venezolano del Siglo XIX*. Ediciones Conmemorativas del Sesquicentenario de la Independencia, Caracas, 1960.
- PLONGERON, Bernard, *Théologie et Politique au Siècle des Lumières (1770-1820)*. Librairie Droz, Ginebra, 1973.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Documentos Que Hicieron Historia*. Caracas: 1962.
- Razão e Retórica na Filosofia de Hobbes*. Fundação Editora da UNESP (FEU), São Paulo, 1999.
- RODRÍGUEZ, Jaime E., *La Independencia de la América Española*. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- ROSCIO, Juan Germán, *Obras Completas*. Tres tomos. Colección Historia. Publicaciones de la Décima Conferencia Interamericana, Caracas, 1953.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El Contrato Social*. El Cid Editor, Buenos Aires, 1978.
- SIEYES, Emmanuel J. **¿Qué es el Tercer Estado?** Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1973.
- SKINNER, Quentin, *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. Editora Schwarcz, São Paulo, 1996.
- The development of the medieval idea of sovereignty*, en *The English Historical Review*, 1949.
- ULLMANN, Walter, *Escritos Sobre Teoría Política Medieval* (Compilado por Francisco Bertelloni). 1ª Edición. Buenos Aires: Eudeba, 2003.
- VOVELLE, Michel, *La Révolution Contre L'Église*. 1793 La Mémoire des Siècles. Editions Complexe, Paris, 1988.

RESUMEN

El constitucionalismo es producto de la efervescencia de ideas políticas que se incubaron durante siglos y que fueron detonantes en las rupturas y revoluciones del Siglo XVIII y XIX. En el análisis tradicional se acentúa la influencia de los pensadores de la ilustración; sin embargo, las categorías más importantes que componen el proceso encuentran su origen en el derecho quirritario, el derecho natural y en el propio pensamiento cristiano fundante de una cosmovisión humanista y fraterna. Con el objeto de descifrar la ideología subyacente en el proceso independentista venezolano, este trabajo acomete el análisis de las ideas políticas prevalentes en Europa para contrastarlas con la obra de Juan Germán Roscio y su formación canónica, teológica y jurídica. Centrado en la justificación del movimiento libertario y la separación de España, así como en un muy particular estilo al explicar el principio de soberanía nacional, él trata de desplazar la doctrina del origen divino del poder. Un esfuerzo marcado por una gran originalidad y que hace de este Padre Fundador un hito en el pensamiento constitucional de nuestro origen y el de América Latina.

PALABRAS CLAVE

Método teológico,
constitucionalismo,
fuerza constituyente inicial,
despotismo ilustrado, derecho natural,
régimen colonial,
concilio de constanza,
absolutismo monárquico.

**VIDEOCONFERENCIA
"BEATIFICACIÓN
DE JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ".
ASPECTOS ECLESIAÍSTICOS,
CANÓNICOS, OBRA CIENTÍFICA,
ACADÉMICA Y PROFESIONAL
07 DE MAYO DE 2020**

**PALABRAS
DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS
POLITICAS Y SOCIALES
PARA LA PRESENTACIÓN DEL FORO VIRTUAL
"SOBRE LA BEATIFICACIÓN
DE JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ"
AUSPICIADO POR
LAS ACADEMIAS NACIONALES
EN FECHA 7 DE MAYO DE 2020,
VÍA TELEMÁTICA CON LOS AUSPICIOS
TECNOLÓGICOS DE
FUNDACIÓN UNIVERSITAS**

Las Academias Nacionales se complacen en auspiciar este foro dedicado al Venerable Académico y Doctor, José Gregorio Hernández, bajo el patrocinio tecnológico de la ***Fundación Universitas***.

Son varias las razones para considerar este evento muy especial e importante.

Este foro es el primero que promueven todas la Academias Nacionales utilizando vías telemáticas. Significa un salto a la modernidad y al progreso tecnológico que ocurre en tiempos muy difíciles para la salud de los venezolanos y de los habitantes del planeta. Nada más propicio que reunirnos para hablar del médico servidor del pueblo, que se dedicó en su corta pero fructífera vida a curar el cuerpo físico y la dolencia espiritual de sus congéneres.

Además, este encuentro reviste adicional importancia porque se trata de un Académico, de un Individuo de Número fundador de la Academia Nacional de Medicina, que ocupó el sillón No 28 de esa prestigiosa corporación.

El Dr. Hernández fue un dedicado docente e investigador de la Universidad Central de Venezuela (UCV), la casa que vence las sombras, de la que se graduó con honores. Estudió, enseñó e investigó en ese mismo claustro universitario que es hoy el Palacio que sirve de digna sede de las Academias Nacionales. En ese mismo edificio estableció el primer laboratorio de fisiología experimental de Caracas.

El Venerable Académico nació en Isnotú, población del estado Trujillo, el 26 de octubre de 1864. Se trasladó de joven a la ciudad capital, donde estudió en el Colegio Villegas, siendo luego estimulado por su padre para estudiar la carrera médica. Al culminar sus exitosos estudios de medicina en la UCV y con el auspicio del presidente de la época, el Dr. Juan Pablo Rojas Paúl, siguió estudios de post grado en la Universidad de París, donde se especializó en microbiología, fisiología

experimental, histología, bacteriología y microscopía. El Dr. Hernández es considerado el impulsor y pionero de la docencia científica en Venezuela. Su conocimiento médico y su amplio conocimiento en las artes y los idiomas, lo colocaron al servicio de la docencia y la investigación. Dedicó su vida y su profesión para sanar y salvar la vida a otros.

El Venerable constituye un ejemplo de esfuerzo y servicio. Convencido creyente, perteneció a la Orden Franciscana Seglar. De esa profunda vocación se desprende su dedicación y amor por los más necesitados.

Este encuentro se lleva a cabo en un momento muy especial, cuando la iglesia católica esta de gozo por los avances del proceso de beatificación del Venerable Académico. Se está tramitando un proceso complejo y largo. La beatificación es el reconocimiento de la iglesia católica de que un venerable o siervo de Dios es merecedor del reino de los cielos y que puede interceder por aquellos que lo invocan y rezan en su nombre. Al reconocerse la beatitud, la iglesia proclama que el beato llevó una vida virtuosa y santa. La beatificación es el paso previo a la canonización acto pontificio por el que el Santo Padre declara que un fiel alcanzó la santidad.

El canon 1403 del Código de derecho canónico, declara que el proceso que se sigue en las causas de canonización se rige por una ley especial. Dicho procedimiento está recogido en la Constitución Apostólica *Divinus perfectionis Magister*, de 25 de enero de 1983, en el *Motu proprio Maiorem hac dilectionem* (nomas Mayor amor que este, por iniciativa propia) de 11 de julio de 2017 y en las *Normae servandae in inquisitionibus ab episcopis faciendis in causis sanctorum* (las Normas de Salvaguarda por los Obispos en las investigaciones sobre las causas de los santos) promulgadas por la Congregación para las Causas de los Santos el 7 de febrero de 1983 y en las directrices del Mensaje del Papa Benedicto XVI al Prefecto de la Congregación para las Causas de los Santos.

En este caso, se sigue la beatificación por el proceso general por vía de virtudes heroicas y de ofrecimiento de la vida, según el proceso particular del milagro. En virtud de un presunto milagro, se someten las pruebas a un Comité de Peritos o Médicos, superada con bien esta

etapa se somete a la Comisión de Teólogos y luego a la Congregación de Cardenales y Obispos, para culminar en la beatificación.

De esto se disertará en el presente foro: de los pormenores y de los detalles de este proceso que nos llena de gozo, más en estos tiempos difíciles para los venezolanos; proceso llevado de manera paciente, diligente y laborioso por la Arquidiócesis de Caracas a cuya cabeza, como Administrador Apostólico, se encuentra su eminencia Baltazar Cardenal Porras y su equipo episcopal.

Para este especial encuentro contamos con la participación de ponentes altamente conocedores de la vida, pensamiento y obra de José Gregorio Hernández. Su participación nos llena de orgullo. Nos acompañan en primer lugar el propio (i) Cardenal Baltazar Porras, arzobispo de Mérida y administrador apostólico de la Arquidiócesis de Caracas, (ii) el Reverendo Padre Gerardino Barrachini, Vicario Episcopal para la Santidad de la Arquidiócesis de Caracas y Párroco de la Iglesia de La Candelaria en Caracas y (iii) el médico doctor Rafael Muci Mendoza, individuo de número y expresidente de la Academia Nacional de Medicina.

Finalizo esta presentación, extendiendo nuestro agradecimiento a los ponentes por su valioso aporte y a *Fundación Universitas* por el apoyo logístico y tecnológico.

Las academias nacionales quieren enaltecer con este Foro la imagen, la obra y el pensamiento de José Gregorio Hernández y dar a conocer sobre el proceso que se adelanta para que la Iglesia Católica reconozca la beatitud y la santidad del académico, maestro y doctor de los humildes José Gregorio Hernández.

Bienvenidos a este foro histórico. Mis mejores deseos de provecho y éxito en 7 de mayo de 2020

**INTERVENCIÓN DE SU EMINENCIA
BALTAZAR CARDENAL PORRAS
EN EL MARCO DE LA VIDEO-CONFERENCIA
SOBRE LA "BEATIFICACIÓN
DE JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.
ASPECTOS ECLESIAÍSTICOS,
OBRA CIENTÍFICA, ACADÉMICA
Y PROFESIONAL", ORGANIZADA POR
LAS ACADEMIAS NACIONALES,
EN FECHA 7 DE MAYO DE 2020**

Un saludo muy cordial para todos.

Creo que tanto el padre Gerardino Barrachini como mi persona nos sentimos muy honrados con esta hermosísima iniciativa del Doctor Humberto Romero-Muci, que desde hace varias semanas nos propuso hacer este foro; asimismo, quiero hacer un reconocimiento a todas las Academias Nacionales por auspiciar y organizar este encuentro. Estoy convencido que esto es un signo de las muchas cosas que juntos tenemos por delante y que tenemos que asumir. Gracias a la Fundación Universitas, por su apoyo en la realización de este foro.

En mi caso personal, desde las aulas del seminario interdiocesano de Caracas, en mis años mozos, hace más de medio siglo, ya se hablaba de la figura de José Gregorio Hernández y su beatificación. Monseñor Arias Blanco, nos contaba de su historia y hoy recordamos sus buenas lecciones sobre este tema.

Quizás por mis estudios de historia, geografía y por mi especialidad en teología, he estado muy metido con lo que son las devociones populares; una de las devociones más popularizadas que existe en Venezuela y que se ha ido extendiendo es la de José Gregorio Hernández, que no pasa igual, y perdonan un poco la indiscreción, con la devoción a la Virgen de Coromoto.

Como ustedes saben allá en los años veinte-treinta, fue promovido desde Roma que los países de América Latina tuvieran un patrono o patrona nacional. A finales de los años veinte los venezolanos no teníamos patrona nacional y era un problema, porque los diez obispos querían, cada uno de ellos promover a la virgen de su diócesis como la patrona. El de oriente quería que fuera la Virgen del Valle, el de Zulia quería que fuera la Chinita, el de Barquisimeto que fuera la Divina Pastora, el de Mérida que fuera la Consolación de Tarida. Y apareció el hermano Nectario María, con salida que creo que va un poquito más allá de lo

histórico y con esa compenetración que él tuvo con Portuguesa, con Guanare, y le dio la solución al episcopado, señalado que la devoción mariana más antigua en Venezuela era la de la Virgen de Comoroto, desde 1650 y, por lo tanto, debería ser la patrona de Venezuela. El caso es, por los estudios que he hecho posteriormente, que dicha devoción no es la más antigua de Venezuela. Sin embargo, lo señalado por el hermano Nectario María, tuvo la acogida de los Obispos y, en consecuencia, no hubo ningún reparo en aceptar que la Virgen de Coromoto, no conocida prácticamente sino en su ambiente más cercano, fuera aceptada como la patrona de Venezuela.

Hoy día todavía cuesta llegar a Guanare, como sería hace 80 años; llegar a Guanare era casi imposible y por eso la devoción a la Virgen de Coromoto se ha tenido que popularizar y, a pesar de que se ha popularizado, no tiene la raigambre que tienen estas otras devociones que hemos nombrado, como la Virgen del Carmen, que ruedan por sí solas.

Con José Gregorio pasa lo contrario. José Gregorio es la expresión verdadera de ese anhelo que todo venezolano tiene y se ha interiorizado dentro de nosotros. José Gregorio viene siendo como la otra cara de la Venezuela real que a veces no queremos admitir, que alguien de un pueblo perdido de allá de los Andes, donde recibió su primera educación familiar, religiosa y humanista llegara a Caracas a obtener los logros que todos conocen y echar para adelante, primero, en el Colegio Villegas y, después, en la Universidad Central de Venezuela. Uno dice: caramba, el triunfo fue porque fue a París, ¡pues sí!, pero en París pudo codearse y aprovechar las enseñanzas, gracias a lo que había recibido en la Universidad Central. Asumiendo luego la renovación universitaria de la medicina y convirtiéndose en un servidor de los pobres.

Revisen las intervenciones de los viajes del Papa Juan Pablo II a Venezuela y se darán cuenta que es mencionado José Gregorio Hernández. ¿Por qué? Porque representa lo que todos sabemos y lo que todos buscamos y que fue lo que dio pie a una conciencia que falta afinar en América Latina. La inmensa mayoría de los santos que tenemos son santos de la antigüedad, son santos europeos, o que viene de otros lados y, en América Latina, prácticamente tenemos y conocemos muy poco nuestros santos, no hemos tenido la suficiente valentía de dar a conocer lo que tenemos.

Siempre pongo el ejemplo, que a mí me da miedo ir a cualquier velorio porque es muy común que la gente diga: quédese por aquí Monseñor, tan bueno que era el difunto; los cuentos que hay entorno al difunto hacen sobresalir, más que las virtudes, quizás los defectos. Por eso el Papa Juan Pablo II, con motivo de la nueva evangelización en el año 83 y, luego, con motivo al jubilo del año 2000, promueve dar a conocer los modelos de vida cristiana que haya en cada uno de nuestros pueblos y que sean cercanos a nosotros, para interiorizarlos y reconocerlos. Porque una cosa es ser santo y otra es que lo hagan a uno santo, no basta con ser santo, sino hay un reconocimiento por parte de la comunidad, por parte de un pueblo, por parte de un país, de dicha santidad. Cuanta gente buena no hemos conocido que se queda en el anonimato y esto no conduce a nada. Lo que se ha logrado y se logrará con la causa de José Gregorio Hernández es por la verdadera presión de la gente, lo que ha sido su devoción todos estos años. Ha sido lento el proceso, pero que gracias a Dios estamos en la recta final.

La causa de beatificación de José Gregorio va por buen camino. Hemos completado el segundo paso que ha sido el reconocimiento por parte de la Comisión Teológica de la Congregación por la Causa de los Santos, falta el tercer y cuarto paso. El tercero es la aprobación por parte de la Comisión de Cardenales y Obispos, en la que tenemos la convicción interna de que no va haber problema. ¿Por qué? porque las dos comisiones anteriores, la de los médicos y la de teólogos, se pronunciaron favorablemente a la causa de José Gregorio. Es el caso, que los siete médicos y los siete teólogos tomaron su decisión por unanimidad. Ahora, el Prefecto de la Congregación para la Causa de los Santos debe presentar el caso, en audiencia privada, ante el Papa Francisco, para que este dicte el decreto de beatificación. El padre Gerardino, quien domina en detalle el proceso les hablara de esto y puede ser interesante para todos.

Desde ya tenemos que prepararnos. Tenemos que prepararnos, entre otras cosas, para no dejarnos robar lo que es propiedad nuestra, propiedad de todo el pueblo venezolano. Sabemos los intereses de unos y otros, que político quiera sacarle punta a esto o que grupo quiera aparecer como protagonista. El protagonista es y seguirá siendo José Gregorio Hernández y lo que él significa para todos. Esta preparación requiere

de todos nosotros, de una gran participación, y qué bueno que estén las Academias. Tendremos que esperar un poco por los problemas de la pandemia. El acto de la beatificación, que será en Venezuela, y lógicamente en Caracas, sea quizás para el primer trimestre del próximo año.

¿Qué hacemos mientras tanto? Así como preparamos el primer viaje del Papa en el año 84, que se constituyó lo que se llamó la misión nacional, pues tenemos la oportunidad de adelantar la nueva misión, y qué bueno que sea con todas las Academias. Le debemos dar un nombre adecuado y objeto a dicha misión, de corte más religioso, que resalte la vida, la obra y el recorrido de José Gregorio Hernández. Nos preparamos para la beatificación en todo el país y afuera, recordemos que de José Gregorio hay bastante devoción en Colombia, Ecuador, Panamá y República Dominicana.

Seguramente, con mayor precisión, el padre Gerardino podrá contarnos sobre los testimonios que hay en el mundo y no solo de los venezolanos que han emigrado en estos últimos años, sino de gente que por una cosa u otra vivió aquí y ha llevado esta devoción de José Gregorio a otras latitudes. Les puedo decir que la semana estuve conversando con el Obispo de Ávila, España, monseñor José María Gil Tamayo, quien estuvo más de allá que de acá, porque lo agarró el COVID-19- y estuvo más de 40 días en cuarentena totalmente aislado; me contó una historia muy bella. Me dijo: *“por lo que tú me has hablado hace tiempo, me encomendé al doctor Hernández, como lo he sentido, yo me encomendé a él”*, me emociono tanto que los dos, que nos estábamos viendo por video llamadas, las lágrimas nos corrían por la cara.

Tengo testimonios de los países árabes, de Australia, de Noruega, de Canadá, hoy mismo, hace un rato, uno de los camarógrafos que estábamos grabando la misa del domingo, me dijo: *“mi sobrinita es un milagro de José Gregorio Hernández y su mamá también, pues estaban desahuciadas las dos, hoy está cumpliendo 5 años, quiero mandarle un mensajito, están en Lima, vivitos y coleando gracias a José Gregorio”*.

Creo que tenemos una posibilidad enorme para preparamos para la beatificación. A finales del año pasado, en Roma, hablando con el Cardenal Prefecto de la Congregación para la Causa de los Santos, me dijo: *“tienen que prepararse y dar mucho tiempo para que la gente conozca, para que la preparación de la beatificación tenga gente”*. Y a mí se me

ocurrió decirle, un tanto exagerado, su *“Eminencia dígame que día se va a dictar el decreto y al siguiente día podemos hacer la beatificación de José Gregorio y yo le aseguro que por los menos un millón de personas van asistir, porque esto no necesita mucha publicidad”*.

Quiero decirles, de manera cordial y fraterna, que me emociona de verdad en estos momentos poder estar con ustedes, poder compartir distintas ideas que nos permita prepararnos, desde ya, para la beatificación. Quizás no hay otro acontecimiento que pueda unir más a los venezolanos, en medio de la situación que vivimos, que la beatificación de José Gregorio.

De verdad un agradecimiento muy cordial, que pronto podamos vernos cara a cara y compartir tantas inquietudes para el bien del país, mis felicitaciones de nuevo a todas las Academias y a la Fundación Universitas que nos permite conectarnos tantos a la misma vez. ¡Gracias Gerardo!

**PROCESO DE BEATIFICACIÓN
DEL SIERVO DE DIOS
JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ*
PADRE GERARDINO BARRACHINI****

* Transcripción de la exposición ofrecida por el Padre Gerardino Barrachini, en el marco de la video-conferencia sobre “Beatificación de José Gregorio Hernández. Aspectos eclesiales, obra científica, académica y profesional”, organizada por las Academias Nacionales, en fecha 7 de mayo de 2020.

** Párroco de la Iglesia La Candelaria, Caracas, Venezuela y Vicario Episcopal para la Santidad de la Arquidiócesis de Caracas.

Buenos días a todos, agradecido por la invitación de acompañar a su Eminencia en este foro tan importante.

Como dijo el Señor Cardenal: *“No basta ser bueno solamente, sino que también la Iglesia es la que tiene que reconocer el camino de santidad de una persona”*.

Es que todo este proceso de beatificación del Siervo de Dios es un camino eclesial, es un camino de la Iglesia toda, que en un momento determinado, en una Iglesia local, se determina e infiere que uno de sus miembros ha vivido de una manera, vamos a decirlo, más allá de lo normal, las virtudes heroicas, como es el caso de José Gregorio Hernández o, a través del martirio, al haber sido objeto de la muerte, por odio a la fe, y haberla ofrecido a los hermanos cristianos. También otra vía para la santidad, es la que en el año 2017 el Santo Padre Francisco estableció en la Carta Apostólica *“Maiorem hac Dilectionem”*, consistente en el ofrecimiento de la vida. En este caso, por ejemplo, una persona pone efectivamente en riesgo su vida, por amor al prójimo.

En los procesos de canonización hay dos grandes fuentes, el derecho universal y el derecho particular de la Iglesia. El derecho universal, contenido en el Código Canónico de 1983, señala, en el Libro Sexto sobre los procesos, en el canon 1403, que las causas para beatos y santos se seguirán conforme a la ley particular.

Ahora, ¿cuál es esta Ley particular? La ley particular en esta materia vigente a partir de 1983, ha sido dictada por Juan Pablo II, por Benedicto XVI y también por el Papa Francisco y está contenida en la Constitución Apostólica *“Divinus perfectionis Magister”*, la *“Maiorem hac Dilectionem”* y también, digamos, en la *“Normae servandae in inquisitionibus ab episcopis faciendi in causae sanctorum”*.

En estos textos normativos están establecidos los fundamentos y etapas del proceso para que una iglesia local, en el caso el obispo

diocesano o cualquier católico bautizado, pueda pedir el inicio de una causa de canonización.

La causa de José Gregorio comienza en el año 1949. Aquí hay un elemento que tenemos que tener en cuenta. Mucha gente piensa que el retraso procesal de la causa de José Gregorio se debe a que no se trabajó o que no se trabajó de manera sostenida. El hecho es, que hay unos elementos que tenemos que tener en cuenta, circunstancias de tipo histórico. Estamos hablando de la época de la post-guerra; en Venezuela para 1949, inclusive hasta 1965, que es más o menos cuando se retoma nuevamente la causa, no hay personal eclesiástico ni laico que tenga las habilidades y cuente con las capacidades jurídico-canónicas para enfrentar este tipo de proceso. Hay que tener ciertas y determinadas capacidades canónicas para poder llevar este iter canónico.

¿Qué es un iter canónico? Es la metodología jurídica que hay que respetar, ya que la Congregación para la Causa de los Santos es extremadamente exigente en torno a esto. La seriedad con la que trabaja la Congregación para la Causa de los Santos no permite improvisaciones, no permite inexactitudes, no permite cualquier elemento que pueda poner en duda la seriedad de un proceso que, como lo dije anteriormente, es un camino metodológico, no diríamos complicado, pero si hay que tener mucho tino en esto. En la causa de José Gregorio quizás el retardo procesal que hemos tenido ha sido por esto.

Como una comunidad cristiana, una Iglesia local, determina que una persona puede ser candidato a los altares. Eso lo determinan los signos, la fama de santidad que se da desde el momento de la muerte de la persona hasta el momento en el cual se pide que la causa sea abierta. Los signos o fama de santidad no están, por ejemplo, solamente en el hecho de que era muy bueno, no basta la bondad normal a la que todos estamos llamados. Me refiero a haber ejercitado de manera, vamos a ponerlo en lenguaje más tierra a tierra, de manera exagerada todas las virtudes, haber vivido de manera heroica y exagerada el amor y el perdón. Hay una anécdota muy bonita de la Madre María de San José: una vez pidiendo limosna la insultaron y le escupieron la cara; sin embargo, ella reaccionó de una manera hermosa, cuando lo normal hubiese sido responder también de la misma manera como la trataron. La santidad está en vivir el amor y el perdón de manera exagerada.

Es al obispo diocesano, el ordinario del lugar, al que le corresponde discernir si hay o no elementos para poder elevar una petición de beatificación a Roma y, en específico, a la Congregación para la Causa de los Santos.

La fama de santidad se puede ver de manera concreta en, por ejemplo, la peregrinación al lugar donde están sepultados los restos del candidato y en la invocación continua en el tiempo de esta persona para pedir favores. Estos son elementos que dentro de la comunidad cristiana nos dice si hay una fama de santidad. Ahora en cuanto a esta fama de santidad, el ordinario del lugar, el obispo diocesano o el actor de la causa, es el que va a responsabilizarse no solamente moralmente, si no también financieramente de la causa, porque hay unos costos y son costos no exagerados. Por eso el actor de la causa es aquel que financiera y moralmente se ocupa de la causa, pero siempre en unión con el ordinario del lugar, el obispo diocesano, porque el tribunal competente de una causa de santo es el del lugar donde muere el candidato.

En el caso de José Gregorio Hernández, aunque nació en Trujillo, murió en Caracas, y el tribunal competente o la sede competente en ese momento es Caracas.

Una vez que el ordinario del lugar o el actor de la causa, ven que hay posibilidades de que una causa pueda llegar a buen término pueden activar el proceso. ¿Y qué es llegar a buen término? Tener, vamos a decir, el humo positivo del derecho, el que haya posibilidades de llegar a un decreto. Es como cuando el vicario judicial, cuando está delante de las causas de nulidad matrimonial, una vez que habla con aquellos que quieren iniciar un proceso de nulidad, tiene que ver si hay reales posibilidades de llegar a un decreto de nulidad del matrimonio, porque si no hay posibilidades de llegar a un decreto de nulidad, simplemente se tiene que desechar el expediente. Igualmente pasa con la causa de los santos: hay que determinar si hay o no posibilidades de que podamos llegar en el futuro a un decreto de venerabilidad, de beatificación o de canonización.

Una vez que se ha reunido el elemento biográfico y probada la fama de santidad, el ordinario del lugar junto con el actor de la causa tiene que pedir a la Congregación para la Causa de los Santos el “*nihil obstat*”, es decir, que Roma está de acuerdo en que se inicie el proceso

diocesano. Ahora, en el caso de José Gregorio que era un proceso de causa de santo que se abre por las virtudes heroicas, comienza todo un proceso canónico bastante largo y aquí también, repito, hay que tener el personal dedicado a tal labor.

Se constituye un tribunal con un juez delegado, con un promotor de justicia, con un notario, con un equipo que debe tener un historiador para la parte histórica, tiene que haber un censor eclesiástico, en el caso de que el candidato haya escrito obras de carácter no solamente teológico, sino también de carácter civil, porque el censor eclesiástico se va a encargar de que en estas obras o cartas epistolares no haya nada contrario a la doctrina católica y tampoco haya nada contrario a las buenas costumbres y a la moral.

Luego, hay que buscar a los testigos que conocieron de trato, si es que los hay, o aquellos que conocieron al candidato por referencia; se hace un listado de dichos testigos y tienen que responder, bajo juramento, el correspondiente cuestionario ante el tribunal de la causa.

Hasta que no se termine la fase diocesana, hasta que el tribunal constituido por el ordinario del lugar no haga su trabajo de recolección de pruebas, el interrogatorio de los testigos, la recopilación de la documentación biográfica-histórica, la recopilación de la obra escrita, en el caso de que haya escrito, no se puede dar por terminada esa fase. Debemos señalar, que este trabajo se lleva a cabo de manera muy correlacionada con Roma, porque se nombra un relator general en Roma, encargado de guiar los trabajos y una vez que el trabajo del tribunal termina, puede ser en un año, puede ser dos años, dependiendo de la dificultad de la causa, es cuando el proceso diocesano se lleva a Roma y comienza la etapa romana o vaticana.

En Roma se elabora la llamada *position* sobre las virtudes, o el expediente sobre las virtudes de un candidato. Cuando comienza la fase romana es cuando allí hace falta la pericia de un buen postulador. El postulador, por normativa interna del derecho universal y del derecho particular, tiene la obligación de tener la residencia en Roma, porque representa al actor de la causa frente a las autoridades vaticanas y también tiene que tener pericia canónica. En el caso de José Gregorio, la Dra. Silvia Correale es abogado, pero también es doctora en derecho canónico y tiene más de 30 años de experiencia en la Congregación

para la Causa de los Santos y también dentro de la Rota Romana. Tiene que tener pericia porque en la fase romana comienza esta relación con la Congregación para la Causa de los Santos y allí, dependiendo de la pericia, repito, del postulador, es que se van a obtener resultados positivos. Una causa de santo no la puedes ver cada dos meses o cada cuatro meses, dos veces al año. Tú no te metes a ver cómo está la cosa o de repente vas a Roma cada tres años. No puede ser así.

Una de las cosas que me decía el cardenal Ángelo Amato, quien fue Prefecto de la Congregación cuando estábamos con el proceso de la madre Carmen, esta última beata, en el que yo tuve también la dicha de colaborar, me decía: *“Mire Padre, si usted no viene para acá y me toca la puerta, yo no me voy a ocupar de la causa que promueven, porque si usted está en su casa tranquilo, aquí vienen todos los días personas que me tocan la puerta y yo atiendo al que está preocupado por su causa”*. Si no se actúa con constancia, método y paciencia, los resultados no van a ser buenos para una causa. Una causa puede tardar 10 o 15 años, si uno no está todo el año ocupándose de ella.

Retomamos el tema. El expediente sobre las virtudes heroicas de un candidato pasa por dos grandes reuniones. La primera es la consulta teológica y, si fuera el caso de un milagro, la consulta médica. La consulta teológica es la que determina si el candidato vivió de manera heroica las virtudes teologales y las que están anexas, por ejemplo, el amor y la prudencia. Una persona prudente es la que sabe lo que calla, sabe lo que dice. Después de esta reunión teológica viene la plenaria de Cardenales y Obispos, la cual debe confirmar el criterio de la primera reunión. Luego dichos resultados pasan a manos del Prefecto de la Causa de los Santos, quien solicita audiencia privada con el Santo Padre para mostrarle los resultados de las reuniones del día, y, si fuera el caso, el Papa procede a la firma del decreto.

El decreto de venerable reconoce que el candidato es un modelo para la comunidad cristiana y que vivió de manera heroica las virtudes y que puede significar un ejemplo de cómo vivir estas virtudes; sin embargo, el venerable no puede tener veneración pública, no se le puede dedicar altares, iglesias, parroquias, capillas, ni tampoco no puede tener algún tipo de culto litúrgico. A partir de la declaratoria de venerable, es cuando comienza el trabajo de la vice-postulación y de la postulación

de buscar el milagro. El milagro es toda acción que va en contra de las leyes físicas conocidas; el milagro tiene que tener unas características, tiene que ser inmediato tiene que durar en el tiempo y que no sea una cuestión a medias. Tiene que ser irreversible, no es que yo me cure hoy y a los seis meses vuelvo a tener nuevamente la enfermedad.

La curación de la enfermedad tiene que ser inmediata, irreversible y completa. Para que un presunto milagro pueda ser considerado como un milagro de parte de las autoridades eclesiásticas, tiene que pasar por una cantidad de filtros. En el ejemplo del presunto milagro -o ya podríamos decir milagro- que lleva a nuestro querido José Gregorio a los altares, es el milagro de la niña Yaxuri Solórzano, en Mangas Coberas, en el sur del estado Guárico. La niña recibe un impacto de tres o cuatro balas de una escopeta, en la región temporo-parietal derecha, sufre una pérdida de masa encefálica, 4 horas para llegar al hospital y 48 horas para la intervención quirúrgica del neurocirujano con un nivel bastante bajo de éxito. Según las predicciones médicas el diagnóstico era bastante terrible, la niña, aunque se pudiera haber salvado, iba a quedar con serias dificultades en el orden motor y en el orden intelectual.

Cuando llegó este caso a nuestras manos, para poder empezar la fase diocesana del milagro, tuvimos que pasar más o menos un año. Un perito médico, en este caso un cirujano con nomina pontificia, el doctor Marianetti, nos señaló: *“Este presunto milagro tiene probabilidades de llegar a un decreto”*. Con ello quería señalarnos, que este milagro podría proceder. En tal sentido, se le solicita al Cardenal Porras iniciar un proceso de milagro para poder después poder llevarlo a Roma y enfrentarnos a la fase vaticana. Los tres procesos: verenebilidad, beatificación y canonización pasan por las mismas estructuras, primero un proceso diocesano y segundo un proceso romano.

El 18 de diciembre del año 2018, el Cardenal Porras constituye el tribunal que va para San Fernando de Apure y, como cosas de Dios, el milagro, trajo consigo *“milagro tras milagro”*. En pleno 18 de diciembre, donde todo el mundo sale, hubo ángeles que nos ayudaron. Llegamos al hato Santa Rosa, en Camaguán, que fue el centro de las operaciones. Allí estaba la doctora que fue el perito médico del tribunal, quien reconstruyó el mapa de todos los médicos que habían visto a la niña, desde que entró hasta que salió del centro hospitalario. Obtuvimos

mos los elementos probatorios. Trabajamos de manera sostenida con la idea de que estábamos haciendo algo que era más grande que nosotros: que nuestro pueblo venezolano finalmente encontrará lo que siempre ha buscado, la beatificación de José Gregorio Hernández.

Una vez listo el expediente del milagro, bajo una metodología muy estricta y regulada, se remite a Roma y comienza la fase vaticana. En primer lugar, se procede a la consulta médica, luego a la consulta teológica y, más tarde, a la plenaria de cardenales. Estas tres reuniones están supeditadas al cronograma de la Congregación para la Causa de los Santos y que también forma parte de la pericia que debe tener el postulador de la casusa.

Entrar en el cronograma de la Congregación para la Causa de los Santos, depende de muchos factores. Son muchas las causas que en el mundo están ahora en curso. Desde causas históricas hasta causas actuales. En el caso de José Gregorio Hernández, les tengo que decir un secreto: el querido Cardenal Porras es muy amigo del Papa y, gracias a Dios, que esto ha pasado, ya pasamos la comisión médica y teológica de manera positiva y unánime. El caso es, que una vez que el expediente del milagro llega a Roma, va a pasar varias fases, a saber, primero, la apertura del mismo, después el decreto de validez jurídica por parte de uno de los miembros de la congregación, que vela que el expediente ha sido elaborado dentro de la normativa canónica vigente y que no se ha saltado u obviado ninguno de los procedimientos que el código y el derecho particular establecen. Luego, la postulación va a imprenta y se publican y distribuyen más de cien ejemplares; por su parte, los médicos tienen que dar un voto sea positivo, negativo o de duda; en caso de voto positivo, es remitido el expediente a la Comisión Teológica y, de pasar esta etapa, a la Comisión de Cardenales y Obispos.

¿Por qué es importante saber que el veredicto de la comisión médica fue de manera unánime? Si la comisión médica señala que hay una duda, el proceso se para por dos, tres, cuatro o cinco años. Les voy a poner el ejemplo de la consulta médica del hermano Salomón Leclerc. El milagro ocurrió en la zona rural de El Hatillo. Una niña que fue mordida por una serpiente tigre mariposa. Una de las dudas de uno de los miembros de la comisión médica era que no entendía que este tipo de veneno de esta serpiente, a medida que era más alta la geografía, el veneno era

mucho más potente. Estamos hablando del trópico, de la selva tropical venezolana. Eso no existe en Europa, no lograban entender y eso paró el proceso del hermano Leclerc. Dos años esperando que, en Venezuela, en la Universidad Central, en el Instituto de Medicina Tropical, colaboraran en esta causa para explicar las dudas que vinieron con respecto a este milagro. Igualmente, en la consulta teológica también puede haber dudas que paralizan el proceso. En el caso de José Gregorio, las dos reuniones han sido por unanimidad y esto es muy positivo para la causa y como nos dijo el señor Cardenal, lo más probable es que la plenaria vaya con éxito total porque ya la unanimidad de las dos reuniones anteriores es un hecho.

Una vez que la plenaria de cardenales se reúne, le compete al Prefecto de la Congregación para la Causa de los Santos ir en audiencia privada al Santo Padre y darle el resultado. En el momento que el Santo Padre firma la aprobación del decreto se va transmitir a través del órgano oficial de la sede apostólica que es el “*Observatore Romano*”, en hora romana doce del mediodía, hora venezolana seis de la mañana, dependiendo si es verano o es invierno. Aquí sabremos la noticia de que, a José Gregorio, definitivamente, el Papa lo ha declarado beato y, a partir de ese día, fiesta nacional. A partir de ese día los venezolanos estaremos en modo fiesta. Lo decía el Cardenal, lo que el pueblo ha luchado por esta causa, ya finalmente va ser concretado con este milagro.

La ceremonia va a ser el año que viene. No nos paremos acá y tenemos el empuje y el arranque de nuestro Cardenal Porras y una vez que salga el decretó de beatificación vamos para la canonización. El milagro de José Gregorio lo vamos a encontrar porque José Gregorio a diario hace milagros. Yo que soy párroco de La Candelaria y les puedo decir algo, todos los días desde las 7 de la mañana hasta la hora que cerramos, vienen al templo cientos de personas trayendo en sus manos un testimonio. Les digo algo, queridos hermanos, no va ser difícil conseguir el milagro para la canonización y tenemos todas las buenas intenciones de seguir trabajando. Ahora con el milagro de la canonización va pasar lo mismo de lo que les acabo de hablar. Tenemos que hacer el proceso canónico en el país dependiendo del tribunal competente. La sede competente va ser el lugar donde ocurre el milagro, en este caso el milagro fue en San Fernando de Apure y tuvimos que iniciar el proceso

con el Obispo de San Fernando de Apure. En ese caso José Gregorio se manifestó en el seno de una familia pobre, sencilla, de nuestro pueblo.

Además, le quiero señalar, que cuando hay una canonización el Santo Padre lo comunica no a través del “*Osservatore Romano*”, sino que lo publica en un consistorio, donde convoca a los cardenales de la curia romana y a uno que otro personal de la curia. En dicho consistorio el Papa anuncia la canonización de algunos beatos. ¿Porque es en consistorio? Porque recordemos que tanto la beatificación como la canonización son actos pontificios, actos que corresponden única y exclusivamente al Santo Padre. En el caso de la beatificación en el año 2007, con el Santo Padre Benedicto XVI, nuestro Papa Emérito, determinó que las beatificaciones se hicieran en el lugar donde murió la persona y es representado por el Prefecto de la Causa de los Santos, quien va al lugar de la ceremonia. En este caso estamos esperando que el Cardenal Prefecto venga a Venezuela para esta ceremonia; pero no descartamos la posibilidad de que sea nuestro querido y amado cardenal Pietro Parolin, Secretario de Estado, quien fue también Nuncio Apostólico en Venezuela, también nos acompañe en esta ceremonia.

En líneas generales esto es el proceso canónico, el iter canónico jurídico de cualquier causa de beatificación. Llegamos a la beatificación de José Gregorio Hernández, yo no diría que tarde, sino que llegamos en el momento en que teníamos que llegar.

Aquí les repito una conversación que tuve hace dos años con el sustituto de la Secretaría de Estado, que es un maracucho, un orgullo nuestro, monseñor Peña Parra, tercero en la línea de mando del Vaticano. Hablando un poquito de esto de José Gregorio, me decía que quien sabe si José Gregorio espero tanto tiempo, porque si hubiésemos tenido la beatificación en momentos de bonanza, en momentos en que todos estábamos bien, no hubiéramos valorado tanto el significado de la beatificación, como lo haremos en estos momentos de crisis tan fuertes y de percepción de la realidad tan fuertes.

En pocas palabras, también quería agradecerles a todos ustedes académicos y a todos los que nos oyen, en nombre también del señor cardenal Baltazar Porras, esta invitación a compartir humildemente lo poco que sabemos y también acerca de nuestro humilde trabajo en torno a esta causa que nos une a nivel nacional.

**DOCTOR JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ
(1864-1919)
CIUDADANO PRECLARO, MÉDICO,
CIENTÍFICO, MAESTRO Y SIERVO DE DIOS
DR. RAFAEL MUCI-MENDOZA***

* Médico internista, neurooftalmólogo clínico, *FACP*, Profesor titular de Medicina Interna. Facultad de Medicina. Universidad Central de Venezuela. Individuo de Número de la Academia Nacional de Medicina, Sillón IV. Presidente de la Academia Nacional de Medicina.

Si es que los espíritus rondan invisibles y silenciosos alrededor nuestro, creo que alguien debe estar acompañándonos en la Revista de Sala, situación en la que profesores, médicos de posgrado, estudiantes de medicina y enfermeras, en archiconocido ritual, iniciamos por la cama 1 y proseguimos deteniéndonos ante cada una de 16 que ocupan los pacientes en las salas del Hospital Vargas de Caracas.

Allí, donde yacen hombres y mujeres con dolencias ya definidas o males que rehúsan dejarse diagnosticar, enfermedades en vías de resolución o por desgracia insolubles, pacientes esperando les “*firmen el alta*” confundidos con aquellos otros ya “*de alta*” cuyos familiares les han abandonado y no tienen para dónde irse; en fin, los menos, en el dintel de la muerte no más esperando por el certificado de defunción—expresión máxima de nuestro fracaso como curadores—. Allí, donde enseñamos y nos dejamos enseñar por pacientes, colegas y alumnos, en un proceso de toma-y-dame que sólo la comunión hospitalaria procura. Allí, donde se nos ilumina el rostro con la certeza de un diagnóstico difícil o la recuperación de un enfermo que dábamos por perdido... Allí, donde nos desgarran el corazón por la impotencia del nada poder hacer, aunque mucho podría hacerse si la justicia social estuviera de parte de los desposeídos, o tan sólo... un poco de ella. Así escribía algunos años atrás en el introito a mi homenaje a un antiguo médico del Hospital, científico y humanitario como el que más. Dos virtudes amalgamadas a una acción, blasón casi extinguido en tiempos de materialismo y prisa.

Si es que de veras está allí. ¿Nos esclarecerá acaso el entendimiento o nos suavizará la fibra humana envilecida por la rutina y hasta por el horror a la propia enfermedad? Acaso una mezcla de celos y rivalidad nos produzca la imagen del doctor José Gregorio Hernández (1864-1919), ese que en forma de estatuilla o de estampita pegada con

cinta adhesiva a alguna de las tres paredes del cubículo donde se aposenta la miseria humana, a veces compartiendo espacio con el Sagrado Corazón de Jesús, o con algún santo de segunda —venido a menos a raíz de la sacudida de mata que al Santoral años le propinaron— o un cromo de las Siete Potencias, o del Negro Miguel, compite con nosotros —los que debemos sacar la cara a la hora de que las cosas no vayan bien— en el proceso de diagnosticar y curar a un enfermo con su corolario de gratificación, confianza, cariño y agradecimiento. Por contraste, en las habitaciones de las clínicas privadas, su imagen suele ser suplantada por algún rosario de fino acabado, alguna estatuilla de cierta virgen muy conocida y aún desconocida, la estampita de algún milagroso santo exótico —con su reliquia y todo—, o hasta un diploma encañuelado, firmado de puño y letra por el Santo Padre, un costoso privilegio por seguro negado a Juan Bimba, al pate’n en el suelo.

Sépase, sin embargo, que José Gregorio, el Santo de Isnotú, para serle fiel a su formación rigurosamente científica, era enemigo de la medicina teúrgica o sobrenatural y como muchos hombres de su época, gustaba del baile y de las retretas. Como evidencia de su aversión por la superstición y la superchería, leamos lo que le escribía desde Betijoque el 18 de septiembre de 1888 a su compañero de curso y amigo del alma, el doctor Santos Aníbal Dominici (1869-1954), el mismo año de su graduación de Doctor en Ciencias Médicas e iniciándose en el ejercicio profesional: *“Mis enfermos todos se han puesto buenos, aunque es tan difícil curar a la gente aquí, porque hay que luchar contra las preocupaciones y las ridiculeces que tienen arraigadas: Creen en el daño, en las gallinas y vacas negras, en los remedios que se hacen diciendo palabras misteriosas, en suma, yo nunca imaginé que estuvieran tan atrasados por estos países...”*

José Gregorio se imbuyó de la frase de Paracelso (Theophrastus Phillippus Aureolus Bombastus von Hohenheim, 1493-1651), médico, alquimista y astrólogo suizo que escribió, *“El más hondo fundamento de la medicina es el amor. Si nuestro amor es grande, será grande el fruto que de él obtenga la medicina, y si es menguado, menguados también serán nuestros frutos”*. Seis años de estudios médicos le hicieron suficiente para ganarse el aprecio de sus profesores y compañeros

y marcar un rumbo hacia el éxito apuntalado en su inteligencia, abnegación al estudio y firmes convicciones morales. Para la época y como colofón de los estudios médicos, se estilaba cumplir con el requisito de obtener el título de Bachiller en Ciencias Médicas mediante un examen especial ante un jurado previamente designado. Introducidos sus documentos se fijó la fecha para la rendición del examen.

El 19 de junio de 1888 como era costumbre entonces, sacó en suerte dos temas para desarrollar ante el Rector de la Universidad y el jurado examinador correspondiente, 1. La doctrina de Laënnec sobre la unidad del tubérculo frente a la Escuela de Virchow que sostenía la dualidad: Se trataba de la tuberculosis, tan actual entonces como ahora; esa que Hipócrates, en el siglo V a.C., definiera como la enfermedad *“más grave de todas, la de curación más difícil y la más fatal”*. El gran patólogo alemán Rudolf Virchow, la máxima autoridad médica de la época, arremetió contra el difunto Laënnec y en contra de la idea *“unicista”* del tubérculo como señal indiscutible de tisis. Virchow postulaba la teoría *“dualista”*, según la cual la tuberculosis y la neumonía caseosa eran dos entidades distintas; jamás creyó en el carácter contagioso de la enfermedad y combatió a Koch hasta su muerte. Concluyó José Gregorio *“que la primera es una verdad comprobada por sobre la cual no podía sustentarse la segunda”*; y 2. *“La fiebre tifoidea típica, de rara presentación en Caracas”*: Concluye que, si existiera, es de presentación excepcional. Pocos años más tarde, el doctor Bernardino Mosquera (1855-1923) precisaría, por autopsia, la existencia de la fiebre tifoidea en Caracas, en contra de la opinión generalizada que confundía los síntomas de la fiebre tifoidea con los de la malaria (1895-1896). Para fortuna de la medicina nacional se trataba de dos enfermedades del área de la infección bacteriológica, coincidencia premonitoria de lo que sería el devenir profesional de quien luego sería considerado como el Padre de la Bacteriología en Venezuela.

Así, portado el blasón del primer estudiante de la Universidad Central, se doctoró en Medicina diez días más tarde, un memorable 29 de junio de 1888. Cinco profesores en semicírculo fueron sus examinadores, para escuchar su disertación en tres temas sacados por suerte, (1). Medios para distinguir la locura real de la locura simulada; (2). El

lavado de estómago, una operación inocente y de gran utilidad en las operaciones de este órgano en las que esté indicado; y (3). En caso de cálculo vesical, ¿Cuándo está indicada la litotripsia¹ y cuándo las diferentes especies de talla? Se cuenta que no fue interrogado por cada uno de ellos, sino que con atención oyeron los comentarios que él escogió a voluntad. El desarrollo de los temas fue magistral y aprobado por unanimidad con nota sobresaliente; así, que, oída la opinión unánime del Jurado ante la brillante exposición del alumno, el Ciudadano Rector le confirió el título de Doctor en Medicina. Una vez anunciado por el secretario, el nutrido público aglomerado le ovacionó con fervor. En ese mismo momento se iniciaría su tránsito triunfal por el pedregoso camino que temple el alma y el quehacer del médico, teñido de más fracasos que de resonados éxitos.

Rechazando quedarse en Caracas, se marcha Isnotú, su pueblo natal donde ingresa a lomo de burro honrando aquella promesa hecha a su madre de aliviar las penas de sus paisanos más desposeídos.



Figura 1. El joven José Gregorio y su amigo del alma, Santos Aníbal Dominici.

¹ Litotripsia o litotricia perineal. Desmenuzamiento o fragmentación por la vía uretral de un cálculo en la vejiga con a través de una sección y dilatación de la uretra.

Escribe a Aníbal Santos Dominici (1837-1937), su cercano compañero desde Isnotú el 24 de diciembre de 1888... *“También he tratado de hacer un examen oftalmoscópico; pero como para esto se necesita hacer la dilatación previa de la pupila y además un alumbrado perfecto, pienso dejarlo para después, cuando me dedique a repasar las enfermedades del oído y del ojo... porque estoy convencido de que para la práctica lo que uno necesita es saber cómo se examinan los diversos órganos...”*.

No deja de asombrarnos que ya en la escuela médica de Caracas se conociera el oftalmoscopio directo inventado o descubierto en 1851 por el fisiólogo y físico alemán Hermann von Helmholtz (1821-1824); posteriormente la oftalmoscopia² sería llamada la *“endoscopia más barata”*, revelándonos que los profesores de medicina de entonces estaban al tanto, enseñaran y emplearan los nuevos procedimientos diagnósticos tendentes a extraer al exterior del enfermo, la elusiva enfermedad internalizada, para así diagnosticarla mejor.

Oímos a colegas que con genuina frustración a menudo dicen, *“¡Si el paciente se cura fue José Gregorio quien lo salvó; si por el contrario muere o quedó tatareto, ¡la culpa es toda del médico que le atendió! ¡Eso no es justo! Él y nosotros deberíamos compartir por igual éxitos y fracasos...”*. Pero el ser humano y particularmente el indigente, siempre necesitado de una instancia superior a la cual recurrir sin hacer antesala, mostrar un carnet o tener una *“palanca”*, se cuidará muy bien de no destruirla o perderla pues en ella habita la esperanza del descamisado que ya se advierte por ahí, que a veces es lo único que la enfermedad no logra destruir del todo... ¡Comprendamos y aceptemos pues su preferencia sobrenatural!

Su maestro y profesor el Dr. Calixto González -uno de los mejores alumnos del Sabio Vargas-, médico de cabecera del Presidente de la República, el Dr. Juan Pablo Rojas Paúl, envía una carta a Hernández. En ésta le da cuenta que el gobierno decidió instituir en Venezuela los estudios de Microscopía, Bacteriología, Histología Normal y Patológica, y Fisiología Experimental y que había creado una beca en París para un joven médico, de nacionalidad venezolana, graduado de Doctor en

² Examen del interior del ojo por medio del oftalmoscopio con objeto diagnóstico.

la Universidad Central, de buena conducta y de aptitudes reconocidas. Y él ha insinuado el nombre de José Gregorio al primer mandatario. De inmediato, el doctor Hernández regresa a Caracas y por decreto ejecutivo del 31 de Julio de 1889, luego de ser seleccionado de entre muchos aspirantes le nombran becario en París.



Figura 2. Los que hicieron posible el viaje de Hernández a París

La beca obtenida incluía, además, traer a Caracas equipos para el laboratorio del Hospital Vargas de Caracas. Y así, permaneció en la capital francesa desde 1889 hasta 1891: Allí estudió fisiología con Charles Richet, y con Isidore Strauss bacteriología. En los laboratorios de Richet, Premio Nobel de Medicina 1913, profesor de Fisiología Experimental en la Escuela de Medicina de París y quien a su vez había sido colaborador del Etienne Jules Marey (1830-1904) y discípulo del sabio Claude Bernard (1813-1878), máximo exponente de la medicina experimental de Francia y de su tiempo. Y continuando con Richet, en 1913 le fue concedido el premio Nobel de Medicina y Fisiología por sus trabajos sobre la anafilaxis, término por el introducido para designar un estado de hipersensibilidad o de reacción exagerada a la nueva introducción de una sustancia extraña, que al ser administrada por primera vez provocó reacción escasa o nula. En 1926 recibió la Gran Cruz de la Legión de Honor. Fue nombrado miembro de la *Société de Biologie* en 1881, miembro de la Academia Francesa de Medicina, sección

anatomía y fisiología en 1898 y miembro de la Academia de Ciencias en 1914.

Adicionalmente, estudió Histología y Embriología con Mathías Duval (1844-1897), quien, según la edición especial dedicada a la labor de Hernández realizada por el Diario Oriental El Tiempo, le da un espaldarazo y da constancia de los méritos del médico al expresar textualmente: *“El Dr. Hernández ha trabajado asiduamente en mi laboratorio y ha aprendido en él la técnica histológica y embriológica. Me considero feliz al declarar que sus aptitudes, sus gustos y sus conocimientos prácticos en estas materias hacen de él un técnico que me enorgullezco de haber formado. Es además para mí un placer y un deber agregar que él se ocupa en el estudio de la histología con actividad y gran éxito, y no dudo que un día estará yo orgulloso de tenerlo como discípulo en mi laboratorio”*.

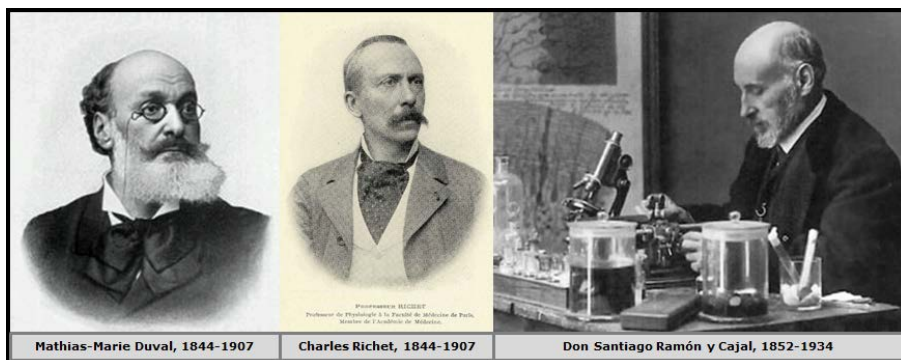


Figura 3. Tres eminentes médicos europeos que inspiraron la obra de Hernández.

Por su parte, Isador Straus (1845-1896), discípulo de Emile Roux y Charles Chamberland, quienes a su vez lo fueran de Louis Pasteur (1822-1895) químico y microbiólogo, le consideró su discípulo preferido, y así se expresa de él, *“Autorizado por el Consejo de Medicina de esta Institución, con el mayor beneplácito de la Cátedra de Anatomía que me honro en dirigir, coloco a Ud. esta medalla, símbolo de un premio a su labor, como el mejor médico alumno de nuestra especialidad para que la guarde y la conserve como recuerdo de sus profesores hoy reunidos en este recinto...”*.

Pero la inquietud del doctor Hernández allí no se detuvo, finalizado su labor en París fue autorizado a viajar a Berlín a estudiar anatomía e histología patológicas; y a su regreso pasó por Madrid, y participó entusiasta y fue profundamente impresionado de las clases de Don Santiago Ramón y Cajal (1852-1934), perteneciente a la “Generación de Sabios Españoles”, especialista en histología y anatomopatología. Obtuvo el Premio Nobel de Medicina en 1906 por descubrir los mecanismos que gobiernan la morfología y los procesos de conexión, si se quiere de comunicación, entre las células nerviosas, nueva y revolucionaria teoría que de allí en adelante comenzó a ser llamada la Doctrina de la Neurona cuyo basamento fue que el tejido cerebral estaba compuesto por células individuales interconectadas.

Habiendo adquirido en París de un completo laboratorio de fisiología que el gobierno venezolano le había autorizado traer al país, apenas sentadas sus plantas en territorio patrio se instala el Instituto de Medicina Experimental; pero no fue sólo eso; contagiado por famosos clínicos de filigrana, su formación clínica también maduró, al punto que el doctor Santos Aníbal Domínicí, su indeclinable amigo dijo de él, *“No creo exagerar, si asiento que los primeros diagnósticos científicos, fueron los suyos”*, y el doctor Manuel Fonseca, quien fuera Presidente de la Academia Nacional de Medicina durante el bienio 1910-1912, escribió así, *“Trabajando asiduamente durante años, afinó primorosamente sus estudios y se hizo dueño absoluto de cada uno de sus innumerables y delicados elementos, que facilitan y aún permiten la observación, cuyo olvido o ignorancia son desastrosos a la cabecera del enfermo y se encuadró dentro de los grandes lineamientos de un clínico esclarecido. Conocedor profundo de los medios de exploración, experto en requisas de laboratorio, buen fisonomista, diagnosticaba con facilidad y desenvoltura y se movía gallardamente, sin trasteos, en los anchos dominios de la Medicina General”*.

El mismo año de su regreso, regentó la Cátedra de Fisiología Experimental y Bacteriología, y posteriormente el Laboratorio del Hospital Vargas a raíz de la trágica e infausta muerte del Bachiller -con ‘B’ muy alta- Rafael Rangel (1877-1909), desde 1909 hasta 1919 cuando también él muere accidentalmente con el cráneo fracturado al ser arrollado

por un solitario automóvil al salir de una farmacia con medicinas para regalar a uno de sus pobres clientes, y se aprestaba a tomar un tranvía por la Esquina de Amadores.

En la medida en que la situación nacional y hospitalaria se han tornado más críticas y humillantes, y la necesidad económica aprieta más y más, su estampita ha proliferado en bolsillos, escapularios y mesas de noche de quienes le reconocen como su médico privado, ese que siempre está dispuesto y nunca habrá de abandonarlos... Y para que usted vea, desde que regresó de su viaje de perfeccionamiento en París en 1891, ha estado en el Vargas pues como hemos visto, ni su muerte le hizo abandonar sus salas.

El doctor Hernández brindó un extraordinario ejemplo, y fue un amigo y maestro ejemplar, enseñó sin mezquindad y dejó por escrito sus experiencias; su producción científica incluyó, (1). Lecciones de bacteriología -1894-; (2). Elementos de bacteriología -1906-; (3). Elementos de filosofía -1912-; (4). La doctrina de Laënnec -1888-; (5). Sobre la angina de pecho de naturaleza palúdica; (6). Sobre el número de glóbulos rojos; (7). De la bilharziasis de Caracas -1910-, donde alerta acerca de su gran importancia sanitaria por su carácter endémico y mucho más diseminada de lo que entonces se creía; (8). De la nefritis de la fiebre amarilla nos habla en 1910, enunciándonos de paso su ley: en el tratamiento de la fiebre amarilla, lo primero es defender el riñón; (9). Elementos de embriología general; (10). En una sesión de la Academia Nacional de Medicina se ocupa de las relaciones entre dos micobacterias, los bacilos de Koch y de Hansen, de la tuberculosis y la lepra respectivamente, iniciando trabajos sobre el aceite de chaulmoogra (*Ginnocardia olorata*) disertando en una nota preliminar sobre la mejoría del estado general de los tuberculosos luego de espaciadas inyecciones del compuesto. (11). En la mesa de Morgagni o mesa de autopsias, el fundador de la anatomía patológica, estudia la neumonía diplococcica o fibrinosa, entonces llamada crupal, que entonces era considerada una rareza, concluyendo en su elevada frecuencia en Caracas, y enuncia que *“la causa de la muerte es por agotamiento del corazón por excesivo funcionamiento”* y así, ello le permite enunciar otra ley, *“en el tratamiento de la pulmonía lo primero es defender el corazón”*.

Anota Puigbó, *“Su capacidad como clínico de someterse al rigor del método anatomoclínico, su capacidad de manejar los recursos derivados de las técnicas complementarias de diagnóstico y su capacidad para crear hipótesis novedosas, hace evidenciar su maravillosa obra científica, aunque no extensa en número, si en forma cualitativa por su trascendencia en la medicina de la época”*.

Hernández nos señala y reafirma que los estudios médicos son apenas una antesala de ese complejo mundo que es la medicina científica, pero más aún de los pacientes, sus miserias y sus entornos. Escribe desde Isnotú el 24 de diciembre de 1888 *“También he tratado de hacer un examen oftalmoscópico; pero como para esto se necesita hacer la dilatación previa de la pupila y además un alumbrado perfecto, pienso dejarlo para después, cuando me dedique a repasar las enfermedades del oído y del ojo... porque estoy convencido de que para la práctica lo que uno necesita es saber cómo se examinan los diversos órganos...”*



Figura 4. El microscopio de Hernández, el antiguo tensiómetro de Pachon (A) y el moderno de Vaquez-Lauby que trajo consigo y enseñó cómo utilizarlo.

Curioso mencionar que antes de sus viajes a Europa, en Venezuela se tomaba la tensión arterial con el tensiómetro de Pachón, que solo registraba la sistólica o *“tensión alta”*. A su regreso en 1916, trajo consigo el tensiómetro más elaborado de Lauby-Vaquez que permitía, medir también la diastólica o *“tensión baja”* y emocionado enseñó a sus alumnos cómo emplearlo. Igualmente, durante su pasantía con Duval adquirió sólidos conocimientos de microscopía normal y patológica por lo que trajo consigo un microscopio, para entonces de un poder de

resolución de una micra y magnificaciones de hasta 1200 diámetros; introdujo la anatomía patológica basada en las enseñanzas de Laënnec, la tinción de los tejidos y su estudio al microscopio de luz para desvelar la célula enferma, enseñanzas que compartió con sus alumnos y de la cual fue especial beneficiario el bachiller Rafael Rangel (1877-1909), de corta -apenas 32 años- y accidentada vida, gloria nacional y paradigma del metódico trabajo, estudio y superación.

Por vez primera en el país, Hernández cultivó gérmenes en medios enriquecidos de cultivo, sacó de la penumbra la fisiología de entonces dominada por la teoría y el caletre paralizante, introdujo la vivisección o experimentación animal, puso en práctica las determinaciones de laboratorio básicas que confirman o niegan diagnósticos, y así, apuntalada en la admiración de sus alumnos, creó una verdadera docencia científica, pedagógica y por qué no decirlo, con toque divino. Pero no se quedó allí, lo aprendido en otras latitudes tenía que ser sopesado con sus hallazgos en el lar propio. Y muestra de ello, el conteo de eritrocitos o glóbulos rojos cuyas cifras más bajas colidían con las europeas. Resume su hallazgo en un trabajo presentado en 1892 ante el Primer Congreso Panamericano en Washington, *“Creemos que el número de los glóbulos rojos es menor en los habitantes de las regiones intertropicales que en los de las regiones templadas, y suponemos que esta hipoglobulia depende del organismo que, teniendo menos pérdidas de calor por la irradiación, disminuye la producción globular. Y por este hecho está perfectamente de acuerdo con la opinión antigua de que los países cálidos son los países anemiantes por excelencia”*.

Hay muchas referencias a sus trabajos en el laboratorio, y a pesar de haber sido un buen clínico, a juzgar por su extensa y reconocida clientela y sus diagnósticos exactos, no existen muchas referencias acerca de su que hacer con pacientes hospitalarios. Quizá su trabajo en colaboración con Nicanor Guardia, progresista clínico y obstetra, sobre la observación de tres enfermos con angina de pecho de naturaleza paludosa pueda darnos una pista: Presenciando típicos dolores anginosos durante los rigores de una crisis paludosa febril y comprobando microscópicamente en la sangre la presencia de *“pigmento melánico”* libre (signo reconocido en el Diccionarios de Ciencias Médicas como

“de Rísquez” -Francisco Antonio-), donde la quinina mostraba efectos curativos. Su práctica privada, imbuida de humanitarismo ocupaba su tiempo libre, generalmente al mediodía y aunque no se sabe a ciencia cierta cuántos enfermos veía, podría servir de índice las más de siete mil recetas colectadas durante su ejercicio.

La Gaceta Médica de Caracas, fundada en 1893, le sirve de tribuna para diseminar su ciencia; su trabajo “*Elementos de Bacteriología*” del mismo año, 1893 y luego su libro *Elementos de Bacteriología* (1906), condensan lo entonces sabido sobre microbios vegetales y animales como cocos, bacilos y espirilos, así como la clasificación de Pasteur. Pero si de humanismo se trata, vemos cómo lidió con la filosofía, y en sus “*Elementos de Filosofía*” (1912) donde muestra sus reflexiones más íntimas dejando plasmada la visión personal que tenía del mundo y las relaciones entre los hombres y el Creador.



Figura 4. José Gregorio exaltado a la Academia Nacional de Medicina, Individuo de Número, Sillón XXVIII

Su personalidad científica y su ejemplar ciudadanía le llevó a ser uno de los escogidos por Luis Razetti para normar la salud en Venezuela, siendo así uno de los treinta y cinco fundadores de la Academia Nacional de Medicina, incorporándose a ella el 7 de abril de 1904 para ocupar el sillón XXVIII. En julio de 1908, envía correspondencia al

doctor Pablo Acosta Ortiz, su presidente, renunciando a su membresía para retirarse a La Cartuja. Razetti, a la sazón su Secretario Perpetuo, le señala que *“no es aceptada porque su cargo no es renunciable...”* Como es sabido, aquella empresa que le era tan codiciada, no pudo cristalizarse por razones de salud: *“No tenía suficientes fuerzas para resistir el frío, el ayuno y el trabajo manual, porque has de saber que me había ido en un estado de acabamiento tan grande, que solo pesaba noventa y siete libras”*, con tanta pena escribió a Santos Domínici, por ese entonces, Ministro de Venezuela en Alemania.

La última lección en el Hospital Vargas fue sobre la lepra o enfermedad de Hansen, luego de lo cual todo acabó en la Esquina de Amadores... o según se le quiera ver todo recomenzó para un creacionista... Para finalizar, el doctor Hernández tal vez no olvidó dar un vargasiano consejo al novel médico de nuestra Escuela al escribir en 1889... *“...después que uno entra en la práctica con responsabilidad, lo que antes cuando se era estudiante-, era camino llano por deliciosos valles, se torna en montaña erizada de peñascos y en la que abundan los precipicios. ¡Ah! antes era yo sobrado orgulloso, cuando creía tener conocimiento exacto de las cantidades de fuerzas de que disponía...”*.

“José Gregorio es sin duda, ¡el Santo sin nombramiento del humilde venezolano!, y lo llamo santo porque a la gente parece importarle un comino si las autoridades eclesiásticas de alto coturno terminarán por santificarlo o no... Para ellos forma parte de su esencia misma, los ayuda, los comprende, no les cobra y los conforta, y eso es suficiente... Podría decirse que José Gregorio a secas, como ellos le llaman tuteándolo, o el doctor Hernández, el científico que nosotros recordamos, ha sido el único médico con cien años de servicio “activo” en el Hospital Vargas de Caracas que no ha sido condecorado con ese mamotreto que llaman Condecoración por Mérito al Trabajo, que tanto flojo y sinvergüenza carnetizado por allí detenta...”.

Y este aserto podríamos ilustrarlo con una anécdota a la vez impresionante e inexplicable: En la tomografía computarizada cerebral, la madre de un joven que había tenido un traumatismo craneal, viendo la radiografía *invertida*, si se quiere contra natura, reconoció de inmediato la imagen del Siervo de Dios y aseguró la buena evolución clínica que su hijo tendría... Llamada la atención del médico tratante,

al colocar la placa radiológica al derecho, como debe verse, no pudo distinguir nada inusual. La madre entonces tomó la placa en sus manos, la colocó al revés y señaló el sitio del inusitado hallazgo. Desde la posición anómala podía delinearse la imagen del siervo de Dios en la región mesencefálica³: Su porción ventral hacía el contorno de la cabeza; los pedúnculos cerebrales, el rígido cuello de su camisa; la cisterna interpeduncular de gris más atenuado, se constituía en bigote; y parte de la cisterna quiasmática en el nudo y la porción más proximal de su corbata. Por supuesto, no un milagro, sólo un inexplicable artefacto⁴.

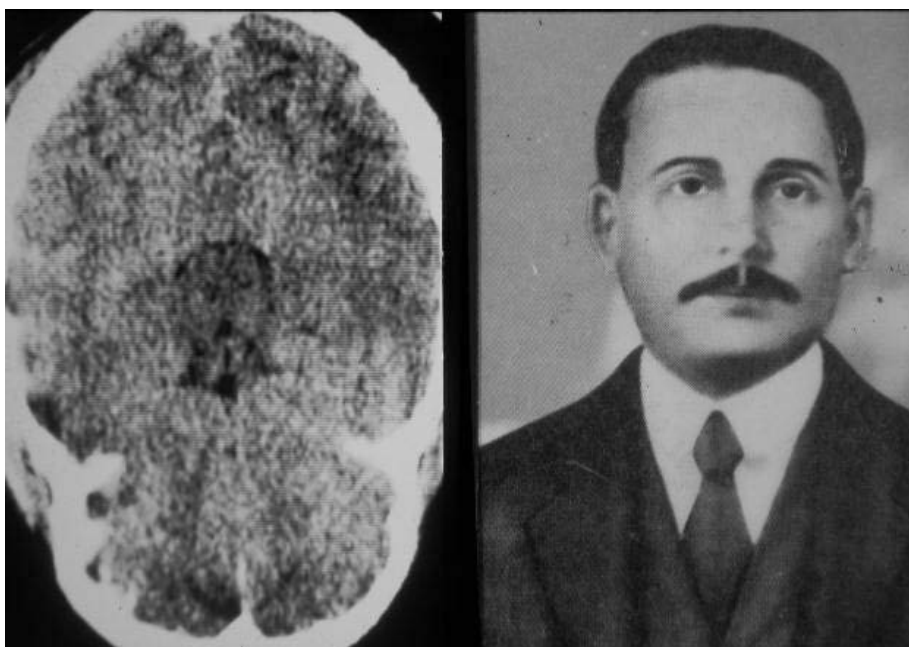


Figura 5. “El venerable artefacto” en el centro y entre tonos de gris en una tomografía craneal casualmente invertida (observación personal).

Como una defensa ante la angustia, los seres humanos tendemos a encerrar en nichos lo que nos rodea; a resultas de ello, siempre vemos el mundo y su circunstancia de una misma forma y de distinto modo de

³ El mesencéfalo o cerebro medio es la estructura superior del tronco o tallo cerebral.

⁴ Artefacto es todo producto artificial, cualquier estructura o cambio que no es natural sino debido a manipulación. En radiología, el término denota una estructura no presente naturalmente en un tejido vivo, pero del cual aparece una imagen “auténtica” en la radiografía.

los demás. Cada quien ve pues, de una manera diferente. Los médicos, por ejemplo, somos enseñados a ver “*médicamente*” obviando lo que es natural para otros, y el proceso informativo de la enseñanza –que no siempre formativo- acentúa ésta, si se quiere distorsión. A la inversa, los enfermos no constreñidos por los cánones del ver médico, aprenden a mirar naturalmente. De allí, que tantas veces nos encontremos frente a ellos mirando realidades disímiles, hablando lenguajes diferentes, en fin, en un estado de total incomunicación. El ejemplo ilustrativo del mirar que ya presentamos parece representar al mismo tiempo, quizá denuncia y esperanza.

¡Sea este mi sentido homenaje al doctor José Gregorio Hernández hombre de bien, necesidad en el presente que nos degrada, en el año en el que el seis de noviembre se celebrarán ciento cuatro años de la creación de la primera Cátedra de Histología Normal y Patológica, Fisiología Experimental y Bacteriología en Venezuela y probablemente la primera en el hemisferio occidental!

BIBLIOGRAFÍA

- BRICEÑO-IRAGORRI, L. “José Gregorio Hernández, su faceta médica (1864-1919)”. *Gaceta Médica Caracas*. 2005; 113: 535-539.
- MUCI-MENDOZA, R. El residente más viejo de mi hospital, ¡es un santo! *Primum non nocere* (primero no hacer daño). Caracas, Ediciones Clínica El Ávila, 2004.
- MUCI-MENDOZA, R. Tomografía computarizada cerebral: Acerca de un “venerable” artefacto no descrito. *Arch Hosp Vargas*. 1995; 37:127-130.
- PUIGBÓ, JJ. “Discurso de toma de posesión de la Presidencia de la Academia Nacional de Medicina”. *Gaceta Médica Caracas*. 2002; 110: 401-422.
- RISQUEZ, JR. “Homenaje a José Gregorio Hernández”. *Gaceta Médica Caracas*. 1941. 48: 352-354.
- RISQUEZ, FA. “Doctor José Gregorio Hernández, ante su tumba”. *Gaceta Médica Caracas*. 1919; 26: 135-136.
- YABER, M. *José Gregorio Hernández: académico, científico, apóstol de la justicia social, misionero de la esperanza*. Caracas, Ediciones OPSU, 2004.

**VIDEOCONFERENCIA ASPECTOS JURÍDICOS
DE LA PANDEMIA DEL COVID-19
26 DE MAYO DE 2020**

**PALABRAS
DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES
PARA LA PRESENTACIÓN DEL FORO VIRTUAL
"SOBRE ASPECTOS JURÍDICOS
DE LA COVID-19"
CELEBRADO EN FECHA 26 DE MAYO DE 2020,
VÍA TELEMÁTICA BAJO EL AUSPICIO
TECNOLÓGICO DE FUNDACIÓN UNIVERSITAS**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales se complace en auspiciar esta video conferencia para exponer una visión multidisciplinaria del impacto jurídico del COVID-19, juntamente con la Fundación de Derecho Administrativo (FUNEDA) y bajo el patrocinio tecnológico de la ***Fundación Universitas***.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales como corporación pública de carácter científico, cumple la misión de ser guardián de la consciencia jurídica y política del país. Ejerce según la Ley de su creación una función consultiva de los órganos del Poder Público desde hace más de 100 años. Pero también ejerce una función consultiva espontánea que se expresa en la formación de opinión pública. Un compromiso ético de servir de guía proactiva para orientar a la sociedad civil. Esa función consultiva se ejerce desde la experiencia, la formación y el prestigio de sus numerarios, elegidos por reconocérseles como personas de incontestable competencia en el dominio y en el cultivo de las ciencias jurídicas y políticas.

Hoy la humanidad sufre la amenaza y los efectos concretos de una enfermedad infecciosa global producida por un agente viral perteneciente a la familia de los Coronavirus, conocido de forma genérica como COVID-19-. Esta enfermedad ha traído graves consecuencias para la salud de las personas contagiadas que, en algunos casos, puede causar la muerte. Este virus es de fácil y rápida transmisión, lo cual llevó a que en fecha 12 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declarase una situación grave de ***“pandemia”***, realizando juntamente con la Organización Panamericana de la Salud (OPS), una serie de recomendaciones a los Estados y a las personas, sobre las medidas para proteger la salud y prevenir su propagación.

La pandemia mundial causada por el COVID-19- tomó a la humanidad por sorpresa. Nadie estaba preparado para hacerle frente. Ni

los científicos, ni los médicos, ni los sistemas de salud. Ni siquiera los gobiernos e instituciones internacionales. Tampoco los trabajadores o los empresarios.

La pandemia del coronavirus ya tiene un alto costo en vidas humanas, causando gran sufrimiento e incertidumbre en nuestras sociedades. Se trata fundamentalmente de una crisis de salud pública sin precedentes en la historia reciente que reta nuestra capacidad de respuesta colectiva. Sin embargo, más allá de la crisis de salud pública, la enfermedad degeneró también en una crisis económica, política y social. Incluso nuestra propia lengua, el español, ha sido contagiado con un nuevo léxico que genera confusión e incomunicación.

En ese contexto la protección de la salud solo debe y puede realizarse a través de las reglas del estado de derecho y de las instituciones democráticas. La pandemia no implica que la legalidad esté en cuarentena.

El derecho en particular ha sido desbordado por la emergencia o por el uso exorbitante de la misma. Todas sus instituciones están a prueba. Desde el derecho público pasando por el derecho privado, son exigidos por los desafíos de la impredecibilidad y la anormalidad de estas circunstancias fuera del control de los afectados. La pandemia y las cuarentenas perturban a todo tipo de acreedores y de deudores, sea de obligaciones legales o contractuales.

Las estrictas medidas sanitarias que se están aplicando son imprescindibles para contener el avance del virus, pero están empujando a nuestras economías hacia una parálisis sin precedentes de la que no se saldrá de forma fácil ni automática. Las restricciones pueden imposibilitar el cumplimiento de obligaciones, o pueden complicar su cumplimiento, debido a una mayor dificultad u onerosidad. Esto aplicará tanto para obligaciones legales como las de tipo tributario, así como a las estrictamente contractuales, sean laborales, comerciales o civiles. Esta perturbación se extenderá mientras dure la excepción de la pandemia y posiblemente con más intensidad repercuta para la etapa de la post pandemia.

Lo cierto es que, el COVID-19 llegó en mala hora para Venezuela. La cuarentena nos sorprende cuando el estado de derecho y particularmente el control judicial han sido desmantelados. La economía y el

sistema de salud están arruinados y confrontan a una población empobrecida, vulnerable a la infección y vapuleada en su dignidad, desmovilizada y subyugada por una dictadura totalitaria. En este contexto la crisis sanitaria proyecta una tendencia a perpetuarse aprovechando la escasez cada vez mayor de combustible como estrategia de control social. Vemos con pasmoso asombro como se instala progresivamente esta siniestra **“nueva normalidad”** como un pretexto superior para la dominación y la discriminación de los venezolanos en la postpandemia.

Como señaló la Corte interamericana de derechos humanos, todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y afecten o restrinjan el goce y ejercicio de derechos humanos, deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho internacional de los derechos humanos.

Es indispensable que se garantice el acceso a la justicia y a los mecanismos de denuncia, que no están restringidos, que se permita el acceso a la información veraz y fiable, que las restricciones de la pandemia no sean utilizadas como un pretexto para amenazar, perseguir y sancionar bajo un criterio de peligrosidad la condición de aquel ciudadano que como disidente cuestiona el ejercicio del poder.

Para la presente video conferencia contamos con la participación de juristas académicos de un gran prestigio profesional. Cada uno un experto consagrado en la materia de su especialidad. Tratarán temáticamente aspectos relevantes de la pandemia en su área del conocimiento jurídico, para buscar soluciones a los problemas y desafíos presentes y futuros que está ocasionando y que ocasionará la pandemia del COVID-19.

La primera intervención versa sobre los vicios del estado de alarma decretado en Venezuela con ocasión de la pandemia del coronavirus. Estará a cargo del académico Allan Brewer-Carías, Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela, quien disertará sobre la inconstitucionalidad del estado de excepción impuesto, sus errores de concepción, su carácter fraudulento e inefectivo.

La segunda exposición versará sobre el control internacional de los estados de Excepción. Estará a cargo del académico Carlos Ayala

Corao, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello, quien analizará las regulaciones de los tratados internacionales que permiten bajo circunstancias excepcionales, suspender las obligaciones de los Estados relativas a derechos humanos. Se discutirán los criterios, límites y exclusiones de tales derechos a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. Y finalmente, se referirá al deber de notificación internacional.

También daremos una mirada al estado del derecho administrativo con la llegada de la pandemia del COVID-19. El académico Rafael Badell Madrid, Profesor Titular de Derecho Procesal Constitucional y Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, expondrá un juicio crítico al estado del derecho administrativo en tiempos de pandemia, caracterizado por la vigencia de una legalidad autoritaria y arbitraria a través de la usurpación de la función legislativa, del déficit del estado de los servicios públicos para combatir la pandemia y de la ausencia de un control de la legalidad de la actuación de la administración, por cuanto esa jurisdicción ha sido también desmantelada y es hoy cómplice del pensamiento político destructor de los derechos y libertades de los ciudadanos.

La restricción del distanciamiento social y otras limitaciones a la circulación y reunión de los ciudadanos en la emergencia sanitaria, han potenciado el uso de la tecnología telemática para el encuentro virtual con la misma efectividad que el encuentro presencial tradicional. El debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva no deben ni pueden suspenderse por razón del estado de excepción de alarma por la pandemia del COVID-19. El académico Román José Duque Corredor, Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello, nos presentará una propuesta sobre las previsiones funcionales y normativas que el TSJ debe adoptar para la efectividad de esas garantías, incluida las nuevas tecnologías a las actuaciones procesales en las presentes circunstancias, así como en cualquier nuevo estado de excepción.

Hay muchos casos en se afecta el cumplimiento de las obligaciones tal como fueron contraídas por los problemas generados por la pandemia o por las medidas tomadas por las autoridades para enfrentarla.

Estas circunstancias pueden imposibilitar el cumplimiento de las obligaciones, al configurar un caso fortuito o de fuerza mayor u otra causa extraña no imputable; o pueden complicar el cumplimiento, debido a una mayor dificultad u onerosidad. Todo esto hay que analizarlo caso por caso, pues las soluciones legales son diferentes. Esta explicación nos será ofrecida por el académico Carlos Eduardo Acedo Sucre, Profesor de Contratos y Garantías en la Universidad Católica Andrés Bello.

Ni siquiera el cumplimiento de la obligación tributaria escapa a las restricciones del estado de emergencia sanitaria y a las incertidumbres asociadas a la imposibilidad de cumplimiento transitorio de aquellas. Esta situación de inseguridad se potencia por las conocidas insuficiencias del “*Decreto de Alarma*” a este respecto y la inexistencia de medidas de alivio fiscales posteriores. Esto plantea el debate sobre la suspensión de los procedimientos administrativos de declaración y pago, a la luz de las normas del Código Orgánico Tributario y de la Disposición Final Sexta del decreto de alarma, que enfrentan los contribuyentes y responsables durante la cuarentena social y luego que se reanuden las actividades económicas actualmente suspendidas. El académico Gabriel Ruan Santos, Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Tributario en la Universidad Católica Andrés Bello, analizará el impacto del estado de alarma nacional para enfrentar la pandemia del COVID-19, como marco jurídico excepcional en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, frente a las normas pertinentes del COT.

En nuestros análisis no podía faltar la incidencia de las restricciones de la emergencia sanitaria sobre las relaciones y obligaciones laborales. El académico Cesar Carballo Mena, Profesor Titular y jefe de la Catedra de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Andrés Bello, nos explicará cómo la suspensión de la mayor parte de las actividades productivas por la cuarentena colectiva implicó, consecuentemente, de las relaciones de trabajo correspondientes. Se trata la suspensión de relaciones laborales por hecho del príncipe. Por contraposición, nos dará cuenta de aquellas relaciones laborales devinieron indóciles a la suspensión por razones de domiciliación del servicio o su esencialidad. Del mismo modo cómo parecieron otras modalidades laborales como el teletrabajo, la reorganización de actividades productivas –*ius*

variandi—, y se intensificaron riesgos laborales con la consecuente intensificación de medidas de prevención y control.

El lenguaje jurídico también se contaminó con la pandemia. Son patentes los abusos del lenguaje jurídico por causa del COVID-19 como expresiones de la *neolengua* del poder para enmascarar la realidad produciendo discriminación e incomunicación entre los venezolanos. Las explicaciones correspondientes a los llamados pandemicismos y a la “*nueva normalidad*” jurídica estarán a cargo del académico Ramon Escovar León, Profesor Titular de Derecho Procesal Civil en las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello.

Finalmente, el derecho penal y carcelario están insólitamente en cuarentena. El académico Alberto Arteaga Sánchez, Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela, nos dará cuenta del abuso del derecho penal durante la pandemia como un derecho penal del enemigo, para la iniciación de procesos penales o la ejecución de detenciones arbitrarias para quienes, presuntamente, incumplen las medidas sanitarias, tratándoseles como sujetos peligrosos e incurriendo en discriminaciones, vejaciones y estigmatizaciones de los afectados. Lejos de un tratamiento sanitario la experiencia demuestra la aplicación de un tratamiento policial y militar que genera zozobra y pánico en la población.

La Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Michelle Bachelet, así como varios organismos sobre derechos humanos, han advertido de la importancia fundamental de la libre circulación de ideas y opiniones especialmente durante la pandemia de la COVID-19. Se trata del ejercicio del derecho de toda persona a buscar, recibir y difundir información y opiniones, sin censura previa y sin temor a consecuencias ulteriores. Así lo consagran los artículos 57 y 58 de la Constitución, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este derecho no puede ser restringido, ni siquiera bajo estados de excepción, como es el estado de alarma. Por ello, la libertad de expresión es una piedra angular para la existencia de una sociedad democrática.

La acechanza del COVID-19 solo será superada poniendo el conocimiento, la tecnología y la experiencia profesional al servicio de necesidad, actuando de manera coordinada, multidisciplinaria y solidaria para abordar este desafío sanitario, prevenir nuevos brotes y rehacer nuestra sociedad, economía e instituciones. Será condición esencial para ello el respeto al estado de derecho y la vigencia efectiva de los derechos humanos.

Hoy y siempre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales está al servicio del país y servir a Venezuela es un honor.

En nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sean todos bienvenidos a esta video conferencia. Mis mejores deseos de provecho y éxito en las exposiciones que siguen.

FLL, 26 de mayo de 2020

**EL DECRETO DEL ESTADO DE ALARMA
EN VENEZUELA CON OCASIÓN
DE LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS:
INCONSTITUCIONAL, MAL CONCEBIDO,
MAL REDACTADO, FRAUDULENTO
Y BIEN INEFECTIVO
ALLAN R. BREWER-CARÍAS***

* Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela.

“La ALARMA es solo la del despertador! NADA de lo que pasa aquí tiene que ver con el decreto.”

Comentario, desde Caracas,
de una destacada colaboradora (13-4-2020)

INTRODUCCIÓN

Situaciones excepcionales requieren de medidas excepcionales, las cuales siempre tienen que adoptarse dentro del marco de la Constitución y el Estado de derecho, pudiendo dar origen precisamente, a medidas de “protección de esta *Constitución*”, como son las propias del régimen de “*los estados de excepción*.” Estas pueden establecerse, efectivamente, conforme a los artículos 337 y siguientes del Texto fundamental; precisamente a los efectos de asegurar su efectiva vigencia en supuestos de circunstancias excepcionales que puedan originar situaciones de excepción que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de las personas, y que ameriten la adopción de medidas político constitucionales para afrontarlas, dada la insuficiencia de las previstas en la legislación vigente, siempre en el marco de lo regulado en la Constitución.

Por ello, Manuel Aragón Reyes, al analizar medidas similares adoptadas en España con motivo de la pandemia del Coronavirus, escribió atinadamente, advirtiéndole que:

“Hay que tomarse la Constitución en serio. Se ha producido una exorbitante utilización del estado de alarma. La protección de la salud es una obligación de los poderes públicos, pero solo puede realizarse a través de las reglas del Estado de derecho”.

Agregando que:

“En estos días desgraciados, en los que estamos sufriendo una horrorosa pandemia, con sus inevitables y muy graves consecuencias personales, sanitarias, sociales y económicas, creo que se está descuidando algo por completo fundamental, como es el exacto cumplimiento de la Constitución”¹.

Ha sido en tal sentido que el Consejo de Europa en la Declaración sobre Respetando la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos en el marco de la crisis sanitaria del COVID-19 del 7 de abril de 2020: ha expresado que:

“Incluso en situaciones de emergencia el Estado de derecho debe prevalecer. Es un principio fundamental del Estado de derecho, que la acción del Estado debe realizarse de acuerdo con la ley”².

Igualmente, en esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido en que

“Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio

¹ Véase Manuel Aragón Reyes, “Hay que tomarse la Constitución en serio,” en *El País*, 9 de abril de 2020, en https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html. Véase en particular sobre el tema del estado de alerta decretado en España con ocasión de la pandemia del Coronavirus: los trabajos publicados en el número monográfico de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, No. 86-87, Editorial Iustel, Madrid, Marzo-Abril 2020, coordinado por Santiago Muñoz Machado y, en particular los trabajos de Vicente Álvarez García, “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria,” pp. 6-21; y de Lorenzo Cotino Hueso, “Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria,” pp. 88-101. Véase igualmente los trabajos sobre *Coronavirus y Derecho*, de Vicente Álvarez García (I. Introducción mínima al derecho de necesidad, II. los elementos esenciales del derecho de necesidad; III. Los límites de los poderes de necesidad), publicados en el marco del Foro de Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, 2020, en: <https://forocsyj.com/>

² Véase Council of Europe, “Information Documents SG/Inf (2020). Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis,” 7 April 2020, en <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>

de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.

“Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana”³.

Todo lo anterior también lo ha advertido en Venezuela. Por ejemplo, Gabriel Sira Santana, al expresar que un estado de excepción:

“en ningún caso se considera un poder absoluto ya que, siempre, sin importar la gravedad de la emergencia, estará sujeto a claros límites que impiden desconocer los principios y postulados propios de un Estado Derecho, so pena de que el derecho de excepción pase a ser mera arbitrariedad bajo apariencia de legalidad”⁴.

De este modo, el derecho de excepción no equivale a negar la existencia y vigencia del Estado de Derecho. Sin embargo, en Venezuela, después de cuatro años seguidos de emisión trimestral de decretos de estados de excepción por emergencia económica por parte de Nicolás Maduro, actuando como Presidente de la República, proceso que comenzó con el Decreto No. 2.323 de 13 de mayo de 2016⁵, sin embargo,

³ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Declaración de la sobre “Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales,” 9 de abril de 2020, en http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf

⁴ Véase Gabriel Sira Santana, “Venezuela y el estado de alarma por el Covid-19. Consideraciones sobre el derecho de excepción venezolano y el Decreto N° 4.160, publicado en Gaceta Oficial N° 6.519 Extraordinario del 13-03-2020, por medio del cual se declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional, “a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19),” *Centro para la Integración y el Derecho Público*, 27 de marzo de 2020, p. 4-13. En <https://cidep.com.ve/files/reportes/reportecidep-covid.pdf>

⁵ Véase en Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.227 Extraordinario del 13 de mayo de 2016. Véanse los cometarios sobre este decreto en Allan R. Brewer-Carías, “Nuevo golpe contra la representación popular: la usurpación definitiva de la función de legislar por el Ejecutivo

parece que de nada ha servido para que el Poder Ejecutivo entienda bien que la Constitución es cosa seria, y que hay que respetarla así se trate de decretos de estados de excepción.

Por ello, ante una real y manifiesta emergencia como es la derivada de los efectos de la pandemia del Coronavirus, se emitió un Decreto como el No. 4.160 de 13 de marzo de 2020⁶, contentivo de un estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), que es inconstitucional, está mal concebido y mal redactado y con una efectividad difusa, el cual después de un mes sin haber sido formalmente implementado, ha sido prorrogado mediante Decreto No.4186 de 12 de abril de 2020⁷, por otros 30 días.

En el decreto, materialmente, en general solo se anuncia la posibilidad de adopción de algunas medidas futuras e imprecisas, y en particular se establecen restricciones a garantías constitucionales sin habérselas restringido formalmente ni regulado su ejercicio, lo que viola la Constitución. Como lo advirtió la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, las “*medidas a adoptar por los Estados*” con motivo de la declaratoria de estados de excepción, siempre “deben ser objeto de actos jurídicos formales, debidamente motivados, publicados oficialmente y divulgados adecuadamente”⁸, los que han estado ausentes en este caso del estado de alarma decretado por la pandemia del Coronavirus, al menos al mes de su emisión.

Nacional y la suspensión de los remanentes poderes de control de la Asamblea con motivo de la declaratoria del estado de excepción y emergencia económica,” 19 de mayo de 2016, en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20Golpe%20final%20a%20la%20democracia.%20%20Edo%20excepci%C3%B3n%20%2019%20mayo%202016.pdf>

⁶ *Gaceta Oficial* No. 6519 Extra de 13 de marzo de 2020. La *Gaceta Oficial*, sin embargo, solo circuló el 17 de marzo de 2020. Véase la información en: “Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el estado de alarma decretado ante la pandemia del coronavirus (covid-19),” Caracas 18 de marzo de 2020. Véase en: <https://bloqueconstitucional.com/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-sobre-el-estado-de-alarma-decretado-ante-la-pandemia-de-de-coronavirus-covid-19/>

⁷ *Gaceta Oficial* No. 6528 Extra de 12 de abril de 2020

⁸ Véase “Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el estado de alarma decretado ante la pandemia del coronavirus (covid-19),” Caracas 18 de marzo de 2020. Véase en: <https://bloqueconstitucional.com/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-sobre-el-estado-de-alarma-decretado-ante-la-pandemia-de-de-coronavirus-covid-19/>

I. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

Para entender estos errores, hay que recordar que el artículo 337 de la Constitución que encabeza el Capítulo II sobre el Título de la protección de la Constitución, en efecto califica expresamente como estados de excepción:

“Las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.”

A los efectos de regular estas situaciones o circunstancias excepcionales que sobrepasan las posibilidades de su atención mediante los mecanismos institucionales previstos para situaciones normales, la propia Constitución previó en su artículo 338 de la Constitución que debía dictarse una ley orgánica que además debía determinar las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos, habiéndose sancionado al efecto, en 2001, la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (LO)⁹. En

⁹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 37.261 de 15-08-2001. Sobre dicha ley véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El régimen constitucional de los estados de excepción” en Víctor Bazán (Coordinador), *Derecho Público Contemporáneo. Libro en Reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 1137-1149. Véase en general sobre los estados de excepción en la Constitución de 1961: Jesús M. Casal H., “Los estados de excepción en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1 (septiembre-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 45-54; Salvador Leal W., “Los estados de excepción en la Constitución”, en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 8, Caracas, 2003, pp. 335-359; María de los Ángeles Delfino, “El desarrollo de los Estados de Excepción en las Constituciones de América Latina”, en *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Editorial Ex Libris, Caracas, 2000, pp. 507-532. Más recientemente, véanse los trabajos sobre los estados de excepción y su régimen constitucional y legal publicados en la *Revista de derecho público*, No. 143-144, julio-diciembre 2015, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, de Carlos García Soto, “*Notas sobre el ámbito y requisitos de; estado de excepción*,” pp. 9-12; Manuel Rojas Pérez, “*Suspensión de garantías, cierre de frontera y desviación de poder*,” pp. 13-16; Allan R. Brewer-Carías, “*La masacre de la Constitución y la aniquilación de las garantías de los derechos fundamentales*,” pp. 17-50; Gabriel Sira Santana, “*La restricción de garantías y el estado de excepción en la frontera colombo-venezolana*,” pp. 51-78; Luis Alfonso Herrera Orellana, “*¿Estado de excepción o ley habilitante?*,” pp. 79-86; Jorge Luis Suárez, “*El verdadero sentido de los poderes de*

la misma, en consecuencia, no sólo se regularon las diferentes formas de los estados de excepción, sino que, además, se establecieron previsiones sobre *“el ejercicio de los derechos que sean restringidos con la finalidad de restablecer la normalidad en el menor tiempo posible”* (art. 1, LO). En dicha Ley se previó que las medidas a ser adoptadas debían estar enmarcadas dentro de principios de logicidad, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, lo que se configura como un límite al ejercicio de las mismas.

Para precisar sobre los estados de excepción, la Ley Orgánica los identificó como *“circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones”*, estableciendo los principios generales de que: (i) *“solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios que dispone el Estado para afrontarlos”* (art. 2, LO); (ii) solo pueden dictarse en caso de *“estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad”* (art. 6, LO); (iii) las medidas de excepción a dictarse *“deben ser proporcionales a la situación que se quiere afrontar en lo que respecta a gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación”* (art. 4, LO); y (iv) dichas medidas, deben además *“tener una duración limitada a las exigencias de la situación que se quiere afrontar, sin que tal medida pierda su carácter excepcional o de no permanencia”* (art. 5, LO).

Lo importante a señalar en cuanto a la declaratoria del estado de excepción y su relación con la Constitución, es que conforme a lo expresamente indicado en la misma, en ningún caso el Estado de excepción interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público (art. 339 C.) ni las competencias constitucionales; lo que se confirma

gobierno bajo estado de excepción: Recuerdos de un fallo de la Corte Suprema de Justicia y de un Estado que ya no existe, pp. 87-102; Mauricio Rafael Pernía-Reyes, *“De los actos sublegales dictados con ocasión de la declaratoria de estados de excepción en Venezuela en el año 2015,”* pp. 103-107; Antonio Silva Aranguren, *“El Tribunal Supremo de Justicia y los decretos de estado de excepción de 2015: Ningún control y numerosos excesos,”* pp. 109-118; Alberto Blanco-Urbe Quintero, *“El Código Orgánico Tributario de 2014... Un Estado de excepción permanente,”* pp. 119-129; José Ignacio Hernández G., *“Integridad electoral y estado de excepción en Venezuela,* pp. 130-133; Eglée González Lobato, *“Decretos de estados de excepción y su impacto en las parlamentarias del 6D-2015,”* pp. 134-146.

la Ley Orgánica respectiva (art. 3, LO); y además, que en ningún caso, un estado de excepción modifica el principio de la responsabilidad del Presidente de la República, ni la del Vicepresidente Ejecutivo, ni la de los Ministros de conformidad con la Constitución y la ley (art. 232 C.).

La propia Constitución, en su artículo 388 enumera las diversas formas específicas que pueden revestir los estados de excepción, distinguiendo cuatro: el estado de alarma, el estado de emergencia económica, el estado de conmoción interior y el estado de conmoción exterior; las cuales se regulan en los arts. 8 a 14 de la Ley Orgánica.

El primero es el *estado de alarma*, regulado en el artículo 338 de la Constitución y el artículo 8 de la Ley Orgánica, el cual puede decretarse en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos. La Ley Orgánica incluye también, como motivo, el peligro a la seguridad de las instituciones de la Nación (art. 8, LO). Dicho estado de excepción sólo puede tener una duración de hasta treinta días, siendo prorrogable por treinta días más desde la fecha de su promulgación.

El segundo es el *estado de emergencia económica* que puede decretarse en todo o parte del territorio nacional cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación (art. 338 C; art. 10 LO). Su duración no puede ser mayor a sesenta días, prorrogables, sin embargo, por un plazo igual.

El tercero es el estado de conmoción interior, que se puede dictar en caso de conflicto interno, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones (art. 338 C; art. 13 LO). De acuerdo con el artículo 13 de la Ley Orgánica, constituyen causas para declarar el estado de conmoción interior entre otras, todas aquellas circunstancias excepcionales que impliquen grandes perturbaciones del orden público interno y que signifiquen un notorio o inminente peligro para la estabilidad institucional, la convivencia ciudadana, la seguridad pública, el mantenimiento del orden libre y democrático, o cuando el funcionamiento de los Poderes Públicos esté interrumpido. En este caso, la duración puede ser de hasta noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

Y el cuarto es el estado de conmoción exterior, que puede decretarse en caso de conflicto externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones (art. 338 C; 14 LO). De acuerdo con el artículo 14 de la Ley Orgánica constituyen causas para declarar el estado de conmoción exterior, entre otras, todas aquellas situaciones que impliquen una amenaza a la Nación, la integridad del territorio o la soberanía. El estado de conmoción exterior tampoco puede exceder de noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

En todos esos casos, el decreto de estado de excepción es un típico acto de gobierno, que corresponde ser dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, en ejercicio directo de competencias constitucionales (función de gobierno) establecidas en la Constitución (art. 337 C.)¹⁰, razón por la cual, como lo precisa el artículo 22 de la Ley Orgánica, tiene “*rango y fuerza de Ley.*”

Dado el carácter excepcional de los decretos de estado de excepción, particularmente por la repercusión que pueden tener en la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, conforme lo exige la propia Constitución, “*deben cumplir con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*” (art. 339 C), los cuales en virtud de esa norma quedaron integrados al ordenamiento constitucional venezolano¹¹.

Conforme al artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el estado de excepción debe ser “*proclamado oficialmente*”. Con base en ello, sólo se pueden “*adoptar disposiciones*” que,

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 201 y ss; y Allan R. Brewer-Carías, “Los actos ejecutivos en la Constitución venezolana de 1999 y su control judicial,” en *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, 30-31 mayo y 1º junio 2001, Ediciones RAP S.A., Argentina 2002, pp. 531-579.

¹¹ De allí, entre otras razones, la inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que el Presidente Maduro pretendió hacer en 2012. Véase Carlos Ayala Corao, “Inconstitucionalidad de la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela,” en *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, No.131, Caracas, julio-septiembre 2012; y en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Editorial Porrúa, No. 18, julio-diciembre 2012.

en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas (por los Estados) en virtud de dicho Pacto. Las medidas, además, no pueden *“ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”* En igual sentido se dispone en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, el Pacto Internacional exige que todo Estado *“que haga uso del derecho de suspensión”* debe informar inmediatamente a todos los demás Estados Partes en el Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, *“de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión”*. Igualmente, deben comunicar la fecha *“en que haya dado por terminada tal suspensión”* (art. 4,3). La Convención Americana establece una disposición similar de información a los Estados Partes en la Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de Estados Americanos (art. 27,3).

Por último, en el ámbito interno, conforme a la Constitución (art. 339) y a la Ley Orgánica los decretos de estados de excepción y sus prórrogas, están sujetos al control judicial de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 336.6), y al control político de la Asamblea Nacional, la cual puede aprobar o improbar el decreto y su dicha prórroga (art. 338). El decreto, además, puede ser revocado no sólo por el Ejecutivo Nacional sino por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, al cesar las causas que lo motivaron.

Y en el ámbito internacional, conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos, toda situación que de origen a la declaratoria de un estado de excepción, y con el mismo, a la restricción de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, está sometida a un control internacional, consistente en la obligatoria notificación por parte del Estado venezolano a los países miembros de dicho Pacto (por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, conforme al artículo 4

del mismo) *“de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión”*, y de la Convención (por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, conforme al artículo 27 de la misma), *“sobre de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”*.

II. EL MARCO LEGAL DE LAS MEDIDAS QUE PUEDEN ADOPTARSE EN VIRTUD DEL DECRETO DE ESTADO DE EXCEPCIÓN

Conforme a las anteriores previsiones de la Constitución, la Ley Orgánica de los Estados de Excepción, ha precisado en su artículo 15 que las facultades del Presidente de la República, al decretar un decreto de estado de excepción son las siguientes:

- a) Dictar todas las medidas que estime convenientes en aquellas circunstancias que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
- b) Dictar medidas de orden social, económico, político o ecológico cuando resulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hechos.

Conforme al artículo 16 de la Ley Orgánica, una vez decretado el estado de excepción, el Presidente de la República puede delegar su ejecución, total o parcialmente, en los gobernadores, alcaldes, comandantes de guarnición o cualquier otra autoridad debidamente constituida, que el Ejecutivo Nacional designe (art. 16).

Tratándose de *“medidas”* que en general tienen contenido normativo, no hay que olvidar que la Ley Orgánica de la Administración Pública establece un mecanismo preciso de participación ciudadana al regular el procedimiento de consulta obligatoria a las comunidades

organizadas y a las organizaciones políticas no estatales, respecto de los anteproyectos de normas legales o reglamentarias que se proponga dictar el Presidente de la República (arts. 135, 136). Esencialmente, un decreto de estado de excepción, como se indica más adelante, puede contener la regulación legal relativa al ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, por lo que en el ámbito de los decretos de estados de excepción esa consulta debe realizarse obligatoriamente.

En este supuesto de los decretos de estado de excepción, sin embargo, la consulta obligatoria para promover la participación ciudadana no podría ser previa sino posterior a la emisión del acto. En efecto, el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone que *“en casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad”* el Presidente de la República podría dictar esos decretos con contenido normativo sin consulta previa; pero en todo caso, está obligado a consultar seguidamente *“bajo el mismo procedimiento”* de consultas públicas, a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; estando obligado a considerar el resultado de la consulta.

Sin embargo, las medidas antes mencionadas reguladas en la ley Orgánica no son las únicas que puede dictar el Presidente de la República al decretar un estado de excepción, destacándose la muy importante prevista en el artículo 337 de la Constitución, respecto de la posibilidad de que en dichos decretos se puedan restringir temporalmente las garantías consagradas en la Constitución.

Este es el único supuesto establecido en la Constitución de 1999 conforme al cual el Presidente puede *“restringir”* las garantías constitucionales (art. 236.7), habiéndose eliminado del orden constitucional toda posibilidad de *“suspensión”* de dichas garantías como antes, sin embargo lo autorizaba la Constitución de 1961 (art. 241). De esta normativa en la Constitución de 1999, se deriva además el principio de que dicha *“restricción”* solo opera respecto de las *“garantías”* de los derechos constitucionales, habiendo quedado eliminada totalmente toda posibilidad de restricción de los derechos constitucionales en sí mismos. Lo contrario, en cambio, estaba autorizado en el artículo 241 de la Constitución de 1961, en concordancia con el artículo 190.6 de la

misma, lo que había dado origen a abusos institucionales¹², que en el texto constitucional de 1999 quedaron proscritos.

Ahora bien, en relación con esta restricción de garantías constitucionales con motivo de un decreto de estado de excepción¹³, que siempre debe ser temporal, el artículo 6 de la Ley Orgánica dispone que:

“Artículo 6: El decreto que declare los estados de excepción será dictado en caso de estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad, ampliando las facultades del Ejecutivo Nacional, con la restricción temporal de las garantías constitucionales permitidas y la ejecución, seguimiento, supervisión e inspección de las medidas que se adopten conforme a derecho. El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá ratificar las medidas que no impliquen la restricción de una garantía o de un derecho constitucional. Dicho decreto será sometido a los controles que establece esta Ley.”.

Sin embargo, no todas las garantías constitucionales pueden ser restringidas, excluyéndose expresamente en el artículo 337 de la Constitución, la posibilidad de restricción de las garantías:

“referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles”.

Se destaca de esta norma que además de las garantías de los derechos específicos que se enumeran (a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información) y que no pueden ser objeto de restricción, regulados además en los artículos 43; 43.2; 46.1; 49 y 58 de la Constitución, también deben considerarse como parte de *“los demás derechos humanos intangibles”* cuyas garantías tampoco pueden restringirse, los indicados como no

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales,” en *Revista de Derecho Público*, N° 37, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 5 y ss.

¹³ Sobre la significación y alcance conceptual de la “restricción de garantías constitucionales”, véase Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Valencia 2002, pp. 590 y ss.

restringibles tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4), como en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 27), y que son: la garantía de la igualdad y no discriminación; la garantía de no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales; la garantía de la irretroactividad de la ley; el derecho a la personalidad; la libertad religiosa; la garantía de no ser sometido a esclavitud o servidumbre; la garantía de la integridad personal; el principio de legalidad; la protección de la familia; los derechos del niño; la garantía de la no privación arbitraria de la nacionalidad y el ejercicio de los derechos políticos al sufragio y el acceso a las funciones públicas¹⁴.

Como consecuencia de ello, el artículo 7 de la Ley Orgánica precisamente amplía la lista de la Constitución sobre las garantías no restringible, indicando que:

“Artículo 7: No podrán ser restringidas, de conformidad con lo establecido en los artículos 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de los derechos a: 1. La vida; 2. El reconocimiento a la personalidad jurídica; 3. La protección de la familia; 4. La igualdad ante la ley; 5. La nacionalidad; 6. La libertad personal y la prohibición de práctica de desaparición forzada de personas; 7. La integridad personal física, psíquica y moral; 8. No ser sometido a esclavitud o servidumbre; 9. La libertad de pensamiento, conciencia y religión; 10. La legalidad y la irretroactividad de las leyes, especialmente de las leyes penales; 11. El debido proceso; 12. El amparo constitucional; 13. La participación, el sufragio y el acceso a la función pública; 14. La información.”.

Lamentablemente, en esta enumeración, la Ley Orgánica omitió la “prohibición de incomunicación o tortura” que establece el artículo 337 de la Constitución; la garantía a no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales; y los derechos del niño que enumeran las Convenciones Internacionales mencionadas, que tienen rango constitucional (art. 23).

¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 236 y 237.

En todo caso, de las anteriores regulaciones relativas a la restricción de garantías constitucionales como consecuencia de un decreto de estado de excepción, debe destacarse que la Constitución exige expresamente que el decreto que declare el estado de excepción y restrinja alguna garantía constitucional, obligatoriamente debe “*regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe*” (art. 339).

Es decir, no es posible que el decreto ejecutivo “*restrinja*” una garantía constitucional pura y simplemente, sino que es indispensable que en el texto del mismo decreto se regule, en concreto, mediante normas, el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe. Por ejemplo, si se restringe la libertad de tránsito, en el mismo decreto de restricción, que tiene entonces que tener contenido normativo, debe especificarse en qué consiste la restricción, estableciéndose, por ejemplo, la prohibición de circular a determinadas horas (toque de queda), o en determinados vehículos, o en determinadas zonas¹⁵.

Lamentablemente, sin embargo, en la Ley Orgánica no se desarrolló esta exigencia constitucional, quizás la más importante en materia de restricción de garantías constitucionales, pues sólo regulándose normativamente su ejercicio, en el decreto que restrinja las garantías constitucionales, es que podría tener sentido la previsión del artículo 21 de la Ley Orgánica que dispone que:

“Artículo 21: El decreto que declare el estado de excepción suspende temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho decreto”.

Para que esta “*suspensión*” temporal de normas legales pueda ser posible, por supuesto, es necesario e indispensable que el decreto establezca la normativa sustitutiva correspondiente, que debe regir temporalmente durante el estado de excepción.

Por otra parte, conforme al artículo 23 de la Ley Orgánica, decretado el estado de excepción, el Presidente de la República en su condición de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional puede, además, ordenar la movilización de cualquier componente o de toda la Fuerza

¹⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Prólogo,” al libro de Daniel Zovatto, Los estados de excepción y los derechos humanos en América latina, cit., pp. 24 ss.

Armada Nacional, operación que debe regirse por las disposiciones que sobre ella establece la ley respectiva.

Además, con motivo de la declaración de estado de excepción, conforme al artículo 24 de la Ley Orgánica, el Ejecutivo Nacional tiene la facultad de requisar los bienes muebles e inmuebles de propiedad particular que deban ser utilizados para restablecer la normalidad¹⁶.

En estos supuestos, para que se pueda ejecutar cualquier requisición, es indispensable la orden previa del Presidente de la República o de la autoridad competente designada, dada por escrito, en la cual se debe determinar la clase, cantidad de la prestación, debiendo expedirse una constancia inmediata de la misma.

En todo caso, terminado el estado de excepción, deben restituirse los bienes requisados a sus legítimos propietarios, en el estado en que se encuentren, sin perjuicio de la indemnización debida por el uso o goce de los mismos. En los casos que los bienes requisados no pudieren ser restituidos, o se trate de bienes fungibles o perecederos, la República debe pagar el valor total de dichos bienes, calculados con base en el precio que los mismos tenían en el momento de la requisición (art. 25 LO).

Como se ha señalado, el decreto de estado de excepción tiene rango y valor de ley, por lo que sus disposiciones tienen el mismo valor vinculante de las leyes respecto de los ciudadanos.

Pero, además, conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica, toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, está obligada a cooperar con las autoridades competentes para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza, con la correspondiente indemnización de ser el caso.

El incumplimiento o la resistencia de esta obligación de cooperar conforme al artículo 18 de la Ley Orgánica, “será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las respectivas leyes” pudiéndose así acudir al tipo delictivo de desacato a la autoridad, por ejemplo.

¹⁶ Sobre la requisición véase Allan R. Brewer-Carías, “Adquisición de propiedad privada por parte del Estado en el Derecho Venezolano” en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Caracas, 1979, pp. 24 y 33.

En todo caso, si esos actos fuesen cometidos por funcionarios, las autoridades pueden suspenderlos de inmediato en el ejercicio de sus cargos y deben notificar al superior jerárquico, a los efectos del oportuno expediente disciplinario. Cuando se trate de autoridades electas por voluntad popular, el artículo 18 sólo indica que “se procederá de acuerdo con lo contemplado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes”. Sin embargo, lo único en esta materia que regula la Constitución es el referendo revocatorio de mandato (art. 72).

III. EL ESTADO DE ALARMA DECRETADO EN MARZO DE 2020 PARA ATENDER LA EMERGENCIA SANITARIA DEL CORONAVIRUS Y SUS CARENCIAS

Ahora bien, como se ha dicho, Nicolás Maduro, quien desde enero de 2019 se atribuye ilegítimamente la calidad de Presidente de la República¹⁷, en Consejo de Ministros, dictó el decreto No. 4.160 de 13 de marzo de 2020¹⁸ mediante el cual declaró el estado de alarma “para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19)”, invocando su carácter de Jefe del Estado y Jefe del Ejecutivo (art. 226 de la Constitución), ejerciendo las atribuciones establecidas en los numerales 2, 7, 11 y 24 del artículo 236 de la Constitución, e invocando también lo previsto en los artículos 337, 338 y 339 de la misma; normas que en forma alguna lo facultan para autorizarse a sí mismo para legislar. Al dictar el decreto, se ignoró por completo la existencia de la Asamblea Nacional, la cual conforme a la Constitución debe ejercer el control político de los decretos de estados de excepción¹⁹. Esto es una grave violación a la Constitución, máxime cuando la misma dispone que con los estados de excepción en ningún caso se “interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público,” y entre ellos, en particular del Poder

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Transición hacia la democracia en Venezuela. Bases constitucionales y obstáculos usurpadores*, (Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar; y Epílogo de Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana 2019

¹⁸ Véase en *Gaceta Oficial* No. 6519 Extra de 13 de marzo de 2020

¹⁹ La Disposición final décima primera del decreto se limita a señalar que “Este Decreto será remitido a la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que se pronuncie sobre su constitucionalidad.”

Legislativo (art. 339). Por ello, como lo advirtió la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “la no remisión de este decreto de estado de alarma a la Asamblea Nacional, vicia de nulidad el decreto de estado de alarma y lo transforma en una vía de hecho”²⁰.

Al haberse dictado en esa forma el decreto y, además, por su contenido en gran parte impreciso, “indeterminado y discrecional”²¹, restringiendo garantías constitucionales, pero sin haberlas regulado formal y específicamente, podría resultar el absurdo de que Nicolás Maduro haya pretendido restringir todas las garantías constitucionales, con grave riesgo a los derechos humanos en el país, lo cual no sólo sería inconstitucional, sino por supuesto, totalmente inadmisible en un Estado de derecho.

Como lo he señalado, la declaratoria de estado de alarma como estado de excepción puede implicar la restricción temporal de “las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles,” (art. 337); pero en todo caso debe ser una decisión expresa y precisa, y en el mismo “decreto que declare el estado de excepción” dice la Constitución, “se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339). Como también se ha dicho, el decreto, además, debe cumplir obligatoriamente por imposición de la Constitución “con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos” conforme al artículo 339 de la Constitución, el cual como hemos dicho, constitucionalizó dichos instrumentos internacionales.

Y en tal sentido dicho decreto está sometido al control internacional antes comentado de notificar a los Estados miembros del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención

²⁰ Véase “Pronunciamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el estado de alarma decretado ante la pandemia del coronavirus (covid-19),” Caracas 18 de marzo de 2020, p. 6 Véase en: <https://bloqueconstitucional.com/pronunciamento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-sobre-el-estado-de-alarma-decretado-ante-la-pandemia-de-de-coronavirus-covid-19/>

²¹ Véase Román J. Duque Corredor, “Derechos humanos y Estados de alarma por situaciones de pandemias,” Bloque Constitucional, caracas 19 de marzo de 2020.

Americana de Derechos sobre las restricciones decretadas sobre los derechos fundamentales. Por ello, restringir garantías constitucionales como se ha hecho en el Decreto 4.160 de 13 de marzo de 2020, sin restringirlas formal y expresamente y sin indicar las previsiones constitucionales afectadas con las restricciones, no es sino un fraude contra dichos instrumentos internacionales, para evadir el control internacional del estado de alarma.

1. La inconstitucionalidad del decreto de estado de alarma por pretender su autor delegarse a sí mismo la potestad de legislar, usurpando las funciones de la Asamblea Nacional

Conforme al régimen constitucional y legal de los estados de excepción antes analizado, en un decreto de estado de alarma, lo que el Presidente podía hacer, era proceder a dictar en el mismo decreto aquellas medidas para lo cual “resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos”, o conforme al artículo 6 de la misma Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, “en caso de estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad, ampliando las facultades del Ejecutivo Nacional”; pero no está ni estaba autorizado en forma alguna como Jefe del Ejecutivo Nacional para “anunciar” que el propio Ejecutivo Nacional - como si quien dictaba el decreto fuera otro órgano del Estado distinto al Ejecutivo que lo iba a ejecutar- adoptaría “medidas” en el futuro, en particular:

“las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen” (art. 1).

Esta fórmula, de entrada, no pasa de ser una simple cáscara con solo enunciados, sin contenido, y no puede considerarse sino como una burla a las potestades de control que tanto la Asamblea Nacional como la Sala Constitucional tienen sobre los decretos de estado de excepción; al igual que al control internacional conforme al Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, al aprobarse de tal manera, y *evaluarse* el control político, judicial o internacional no se realizaría nunca sobre *las medidas de verdad*, que comenzarían a dictarse posteriormente y que en el decreto solo se anunciaban, aunque esas serían las que tendrían el real contenido de la emergencia, y escaparían fraudulentamente a todo control.

El decreto de estado de alarma, como estado de excepción que se regula en la Constitución, no es un acto para que quien lo dicta proceda a autorizarse a sí mismo para dictar medidas diversas e imprecisas en el futuro. El decreto de estado de alarma debe ser el que contenga las medidas; no puede ser un simple anuncio de medidas imprecisas y futuras. Su texto tiene que contener las medidas que se consideren necesarias; es decir, el decreto de estado de alarma “*es*” el acto que debe contener las medidas que se estime son necesarias para afrontar las circunstancias excepcionales, que no pueden atenderse con la facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos, que se consideren insuficientes - lo que además, hay que argumentar -, y por ello es que conforme a las mismas normas constitucionales citadas, el decreto de estado de alarma debe someterse al control político por parte de la Asamblea Nacional (aprobación), y al control jurídico por parte del Tribunal Supremo de Justicia

No es admisible, por tanto, una norma en un decreto de estado de alarma como la contenida en el artículo 1º del Decreto No. 4.160 de 13 de marzo de 2020, que no contiene ninguna medida específica, y que pretendió sólo anunciar que en el futuro se adoptarían medidas, puesto que de tal manera éstas escaparían a todo el control político, judicial e internacional que exige la Constitución y los instrumentos internacionales²².

²² Debe observarse, por lo demás, que en “ejecución” del decreto de estado de alarma, se han dictado solo los siguientes decretos que no tienen en realidad relación alguna con la médula del mismo: Decreto N° 4.166 de 17 de marzo de 2020, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado, Impuesto de Importación y Tasa por Determinación del Régimen Aduanero, así como cualquier otro impuesto o tasa aplicable, a las importaciones definitivas de bienes muebles corporales (mascarillas, tapabocas y otros insumos relacionados) realizadas por los Órganos y Entes de la Administración Pública Nacional, destinados a

Y mucho menos el decreto de estado de alarma, pueda ser concebido, como es el caso de del artículo 1 del Decreto 4.160, como una especie de “*ley habilitante*” que el Ejecutivo Nacional se dio a sí mismo; es decir, no puede ser un instrumento para que el Ejecutivo Nacional, que no ejerce el Poder legislativo, usurpando las funciones exclusivas de la Asamblea Nacional, pretenda “*delegar*” en el propio Poder Ejecutivo un conjunto de materias para regularlas mediante decretos leyes.

Y precisamente eso, y no otra cosa, es lo que se observa del contenido del artículo 1º del Decreto de estado de alarma, que no fue otra cosa que una inconstitucional “*autorización*” que Nicolás Maduro se dio a sí mismo para adoptar medidas “*las medidas urgentes, efectivas y necesarias*”, pero sin especificar cuáles serían, ni por qué eran necesarias ni en qué forma resultaban insuficientes las facultades de las cuales se disponían al momento de ser dictado el Decreto para “*mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19)*”.

Lo más grave de esa especie de “*ley habilitante*” que Nicolás Maduro pretendió darse a sí mismo en el decreto 4.160 está en la Disposición Final Primera, en la cual se autorizó a sí mismo, a:

“dictar otras medidas de orden social, económico y sanitario que estime convenientes según las circunstancias presentadas, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución, con la finalidad de proseguir en la atención de la situación extraordinaria y excepcional que constituye el objeto de este Decreto”.

Esas normas constitucionales no autorizan a nada de eso, y más bien exigen que en el decreto de estado de excepción se disponga todo lo necesario al respecto, en particular lo que se refiere a la restricción de garantías constitucionales y a la regulación de los parámetros normativos conforme a los cuales el derecho se ejercerá.

evitar la expansión de la pandemia Coronavirus (Covid-19), en *Gaceta Oficial* N° 41.841 del 17 de marzo de 2020; Decreto N° 4.168 de 23 de marzo de 2020, por medio del cual se dictan medidas de Protección Económica, en *Gaceta Oficial* Extra No 6.521 del 23 de marzo de 2020); Decreto N° 4.169 de 23 de marzo de 2020, por medio del cual se suspende el pago de los cánones de arrendamiento de inmuebles de uso comercial y de aquellos utilizados como vivienda principal en *Gaceta Oficial* Extra. No 6.522 del 23 de marzo de 2020.

2. La inconstitucionalidad del decreto de estado de alarma por autorizarse el autor a sí mismo para restringir garantías constitucionales, sin decretar formalmente dicha restricción, delegando de antemano la ejecución de las medidas a otros funcionarios

Como hemos señalado, una de las previsiones de mayor importancia de la Constitución en esta materia de los estados de excepción es la posibilidad de que en el decreto de estado de excepción, como lo es el caso del estado de alarma, pueda decretarse la restricción temporal de *“las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles,”* (art. 337); lo que como antes hemos indicado, en todo caso debe ser una decisión *expresa y precisa*, incluso con la exigencia de que *en el mismo “decreto que declare el estado de excepción se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe”* (art. 339).

El decreto No. 4.160 de 13 de marzo de 2020 puede considerarse que está viciado de inconstitucionalidad, al violentar esta previsión del Texto Fundamental, y el autor facultarse a sí mismo para establecer directamente restricciones de garantías constitucionales a una serie de libertades y derechos fundamentales, sin identificarlos expresamente, y sin establecer el marco normativo completo regulatorio del ejercicio de los mismos. Como lo ha expresado Gabriel Sira Santana:

“la declaratoria no puede consistir en un caparazón vacío que carezca de contenido cierto ya que, de permitirse ello, no habría una respuesta eficaz ante el problema planteado para facilitar su solución (idea sobre la que gira la propia noción del estado de excepción), en adición a los inconvenientes que ello acarrearía para la seguridad jurídica y los derechos e intereses de aquellos que puedan verse afectados por la declaratoria”²³.

²³ Véase Gabriel Sira Santana, “Venezuela y el estado de alarma por el Covid-19. Consideraciones sobre el derecho de excepción venezolano y el Decreto N° 4.160, publicado en Gaceta Oficial N° 6.519 Extraordinario del 13-03-2020, por medio del cual se declaró el

Por otra parte, además, el decreto 4.610 también está viciado de ilegalidad, al delegar en otros la adopción de medidas restrictivas de garantías constitucionales. Como antes hemos dicho, conforme al artículo 16 de la Ley Orgánica, una vez decretado el estado de alarma, y una vez dictadas las medidas restrictivas de las garantías constitucionales con identificación precisa de las mismas y el establecimiento de su régimen de ejercicio, es que puede delegarse “...su ejecución, total o parcialmente, en los gobernadores, alcaldes, comandantes de guarnición o cualquier otra autoridad debidamente constituida, que el Ejecutivo Nacional designe” (art. 16). Es decir, se trata de una previsión para delegar “la ejecución” de las decisiones dictadas, no para dictar medidas; muy por el contrario de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto, mediante el cual, además, Nicolás Maduro Moros estaría eludiendo su responsabilidad en la materia expresamente indicada en el artículo 232 de la Constitución al disponer que “El Presidente o Presidenta de la República es responsable de sus actos y del cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo. Está obligado u obligada a procurar la garantía de los derechos y libertades de los venezolanos y venezolanas, así como la independencia, integridad, soberanía del territorio y defensa de la República. La declaración de los estados de excepción no modifica el principio de su responsabilidad, ni la del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, ni la de los Ministros o Ministras, de conformidad con esta Constitución y con la ley”. En efecto, en el artículo 4 del Decreto de declaratoria del Estado de Alarma, contrario a las previsiones antes mencionadas se establece una especie de delegación general en “la Vicepresidenta Ejecutiva y los Ministros, en el marco de sus competencias materiales”, para desarrollar:

“mediante resoluciones las medidas establecidas en este Decreto que resulten necesarias para asegurar su eficaz implementación y la garantía de protección de la vida, la salud y la seguridad de los ciudadanos. Cuando fuere necesario por la concurrencia de varios

estado de alarma en todo el territorio nacional, “a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19),” *Centro para la Integración y el Derecho Público*, 27 de marzo de 2020; p. 6 de 13. En <https://cidep.com.ve/files/reportes/reportecidep-covid.pdf>

despachos competentes en razón de la materia, lo harán mediante resoluciones conjuntas”.

IV. LA AUTORIZACIÓN QUE EL PRESIDENTE SE DIÓ A SÍ MISMO PARA RESTRINGIR LA GARANTÍA A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y TRÁNSITO, SIN IDENTIFICAR EL ARTICULO CONSTITUCIONAL QUE LA REGULA

El artículo 50 de la Constitución garantiza el derecho a la circulación y al libre tránsito, disponiendo a tal efecto que:

“Toda persona puede transitar libremente y por cualquier medio por el territorio nacional, cambiar de domicilio y residencia, ausentarse de la República y volver; trasladar sus bienes y pertenencias en el país, traer sus bienes al país o sacarlos, sin más limitaciones que las establecidas por la ley...”

La garantía constitucional específica de este derecho a la libre circulación y tránsito, es que sólo puede restringirse su ejercicio mediante ley de la Asamblea Nacional, pudiendo sin embargo ser restringida dicha garantía mediante un decreto de estado de excepción, como el estado de alarma, en cuyo caso, tendría que ello indicarse expresamente y en el texto del decreto establecerse el régimen normativo de excepción.

En este caso del decreto 4.160 de 13 de marzo de 2020, sin embargo, nada de esto ha ocurrido, limitándose el artículo 7 a autorizarse, Nicolás Maduro a sí mismo, para - en el futuro - restringir quizás esta garantía del derecho, y con ello, escapar del control judicial y político constitucionalmente previsto.

En efecto, el artículo 7 del Decreto se limita a disponer que *“el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela podrá ordenar restricciones a la circulación en determinadas áreas o zonas geográficas, así como la entrada o salida de éstas, cuando ello resulte necesario como medida de protección o contención del coronavirus COVID-19”.*

O sea, no se trata de una medida restrictiva de ninguna garantía constitucional de algún derecho o libertad, y por ello no se menciona el artículo 50 de la Constitución, sino de una especie de autorización que

el autor del Decreto se está dando a sí mismo, para restringir en el futuro la garantía de dicho derecho como lo estime conveniente, evadiéndose así todo tipo de control sobre el régimen normativo que pudiera llegar a establecerse.

Es decir, no hay una restricción a una garantía, sino un anuncio a que podrá haber todas las restricciones imaginables, mediante sucesivos decretos futuros que no estarán sometidos a control alguno, en los cuales, como indica la misma norma, sin embargo, deberán observar:

“medidas alternativas que permitan la circulación vehicular o peatonal para la adquisición de bienes esenciales: alimentos, medicinas, productos médicos; el traslado a centros asistenciales; el traslado de médicos, enfermeras y otros trabajadores de los servicios de salud; los traslados y desplazamientos de vehículos y personas con ocasión de las actividades que no pueden ser objeto de suspensión de conformidad con la normativa vigente, así como el establecimiento de corredores sanitarios, cuando ello fuere necesario.”

Durante la vigencia del decreto No. 4.160 hasta que fue prorrogado, como lo advirtió Gabriel Sira Santana, ningún Decreto se dictó en la materia ni fue publicado en la *Gaceta Oficial*, *“a pesar de que por los medios de comunicación se informó que a partir del 16-03-2020 la medida aplicaría para el Distrito Capital y los estados Vargas, Miranda, Zulia, Táchira, Apure y Cojedes y, desde el 17-03-2020, a todo el territorio nacional”*²⁴.

El Decreto 4.160, sin embargo, en esta materia no se limitó solamente a anunciar medidas eventuales futuras, sino que reguló aspectos de la garantía que podía llegar a restringirse, precisando que:

“Cuando sea necesaria la circulación vehicular o peatonal conforme al párrafo precedente, deberá realizarse preferentemente por una sola persona del grupo familiar, grupo de trabajadores y/o trabajadoras o de personas vinculadas entre sí en función de la actividad que realizan, el establecimiento donde laboran o el lugar donde habitan. En todo caso, deberán abordarse mecanismos de

²⁴ *Idem*. p. 10 de 13

organización en los niveles en que ello sea viable a fin de procurar que, en un determinado colectivo de personas, la circulación se restrinja a la menor cantidad posible de ocasiones y número de personas, y se tomen todas las previsiones necesarias para evitar la exposición al coronavirus COVID-19”.

Sin embargo, la confirmación de que en efecto se trata de anuncios de eventuales restricciones a la garantía a la libre circulación y tránsito solamente, se confirma en la última parte del artículo 7 que indica que el estricto cumplimiento de *“las restricciones que fueren impuestas de conformidad con este artículo,”* serán coordinadas por los Ministros del Poder Popular con competencia en materia de tránsito, relaciones interiores y transporte coordinarán con las autoridades estatales y municipales”, a cuyo efecto *“podrán establecer los mecanismos idóneos para facilitar las autorizaciones para tránsito y su ágil verificación, así como las medidas de seguridad necesarias”.*

La imprecisión del decreto, en todo caso, provocó que salieran *“espontáneos”* al ruedo a establecer restricciones a la libertad de circulación de las personas, sin competencia alguna para ello, como por ejemplo, el Alcalde del Municipio Chacao, quién dictó un decreto No. 016-2020 mediante el cual *“se restringe la circulación vehicular y peatonal de habitantes y transeúntes en la Jurisdicción del Municipio Chacao, en horario comprendido desde las 4.00pm hasta las 5.59am, sin alguna de las justificaciones previstas en el marco del Decreto No. 2.160, mediante el cual se declaró el estado de alarma en el territorio nacional”*²⁵. Es decir, lo que no hizo quien se atribuye el carácter de Presidente lo hizo un Alcalde en su Municipio, en una forma evidentemente inconstitucional, pues es una usurpación de funciones que sólo el Presidente puede ejercer conforme a la Constitución.

Más grave aún es que los denominados Consejos Comunales, integrados por personas no electas democráticamente por sufragio, en muchas áreas urbanas, como ha sido denunciado en Caracas, hayan comenzado a asumir la ejecución de un *“plan especial de control de la movilidad”*, es decir, el control social total de la población, asumiendo

²⁵ Véase en *Gaceta Municipal* No Extraordinario 8972 de 3 de abril de 2020

la “responsabilidad” de emitir “*Pases de Movilidad*” lo que es absolutamente inconstitucional, pues en definitiva, según se denuncia, dicho “*pase de movilidad estará en manos de colectivos y organismos paraestatales*”, argumentándose además, que “*la medida es excluyente y pone en mucho más riesgo a quienes no poseen el carnet de la patria*”²⁶. Frente a esta anomalía constitucional, Cecilia Sosa Gómez ha expresado:

*“No existe potestad para imponer normas que restrinjan el ejercicio de los derechos humanos aún cuando sean para proteger y preservar la salud de la población. La Constitución es clara a este respecto. Por tanto, ni alcalde, ni gobernador y menos organizaciones como los CLAP, las cuales están integradas y en manos de ciudadanos, podrán asumir competencias enmarcadas en este decreto... Si revisamos su objeto (el de los CLAP y consejos comunales) éstos solo deberían concentrarse en la distribución de alimentos y asuntos que nada tienen que ver con el tema del decreto. [Esas organizaciones] en ningún caso [pueden] establecer por sí mismo esta lista de órdenes a la ciudadanía. Es completamente inconstitucional. [...] en ningún caso [esas organizaciones pueden] dictar por su sola voluntad estas pautas que aparecen como Plan Catia 2020. Menos asumir capacidades para imponer sanciones”*²⁷.

De allí la preocupación expresada el 9 de abril de 2020 por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, Michelle Bachelett al indicar que le:

“preocupa profundamente la adopción por parte de algunos países de poderes ilimitados de emergencia, no sujetos a revisión,” [añadiendo que en algunos casos] “la epidemia se está usando para

²⁶ Se ha argumentado además que “los consejos comunales están asignando estos “pases” a quienes porten ese instrumento de control social, dejando la posibilidad de que quien no lo posea sea víctima de detención arbitraria o simplemente está destinado al confinamiento en su hogar sin la posibilidad de salir a abastecerse.” Véase el en el reportaje de Axel Daniel Suárez Arias, “Plan Catia 2020, otra estrategia inconstitucional del régimen,” 13 de abril de 2020, en <https://www.todosahora.com/venezuela/plan-catia-2020-estrategia-del-regimen/>.

²⁷ Véase en el mismo reportaje de Axel Daniel Suárez Arias, “Plan Catia 2020, otra estrategia inconstitucional del régimen,” 13 de abril de 2020, en <https://www.todosahora.com/venezuela/plan-catia-2020-estrategia-del-regimen/>

justificar cambios represivos de la legislación convencional, que seguirán en vigor mucho después del final de esta emergencia”²⁸.

Pero el Decreto 4.160 no se limitó a afectar el derecho a la libre circulación y tránsito dentro del territorio nacional, autorizando al propio autor del mismo a dictar decretos restrictivos en el futuro, sino que también se refiere a la libertad de circulación hacia y desde el exterior que garantiza el artículo 50 de la Constitución, estableciendo, de nuevo una autorización a sí mismo, para restringirlo.

En tal sentido, el artículo 15 del decreto dispone que:

“Artículo 15. El Ejecutivo Nacional podrá suspender los vuelos hacia territorio venezolano o desde dicho territorio por el tiempo que estime conveniente, cuando exista riesgo de ingreso de pasajeros o mercancías portadoras del coronavirus COVID-19, o dicho tránsito represente riesgos para la contención del virus”.

Sobre esto, sin embargo, debe observarse que, en violación a la Constitución, antes de decretar el Estado de alarma, el Presidente de la República, como fue anunciado en la prensa, el día 12 de marzo de 2020, ya había dado la orden de *“la suspensión por un mes de todos los vuelos a Venezuela desde Europa y Colombia, tras declarar una “emergencia” por la pandemia mundial de coronavirus, aunque dijo que aún no hay casos confirmados en el país Petrolero.”* *“He decidido suspender hasta por un mes todos los vuelos provenientes de Europa y de Colombia”*, anunció Maduro, sin dar más detalles sobre la aplicación de esa resolución, en una declaración ante la prensa en el palacio presidencial de Miraflores”²⁹.

²⁸ Véase el reportaje: “Bachelet: Hay gobiernos que se aprovechan del covid-19 para hacer «cambios represivos,” en *Tal Cual*, 9 de abril de 2020, en: <https://talcauldigital.com/bachelet-hay-gobiernos-que-se-aprovechan-del-covid-19-para-hacer-cambios-represivos/>

²⁹ Véase el reportaje “Maduro suspende vuelos a Venezuela desde Europa y Colombia por coronavirus,” AFP, 12/03/2020, en <https://www.msn.com/es-co/noticias/mundo/maduro-suspende-vuelos-a-venezuela-desde-europa-y-colombia-por-coronavirus/ar-BB116Eui> . En el mismo sentido el reportaje de Gonzalo Solano, Associated Press, “Argentina, Bolivia, Ecuador y Venezuela imponen restricciones por virus,” March 12, 2020, en <https://www.chicagotribune.com/espanol/sns-es-argentina-bolivia-ecuador-restricciones-coronavirus-20200312-prpaqlwv6zetjexdmhy2ykrjq-story.html> . Sin embargo, el domingo 15 de marzo,

Más allá de esta ejecución del decreto de alarma *antes de que fuera decretado*, debe destacarse de su contenido que en el mismo, luego de que Nicolás Maduro se autorizase a sí mismo a tomar medidas restrictivas de garantías hacia el futuro, a renglón seguido establece una especie de delegación para que las medidas restrictivas *“de suspensión”* de vuelos internacionales sean dispuestas mediante Resolución por el Ministro del Poder Popular con competencia en materia de transporte aéreo, *“cumplidos los extremos necesarios en orden jurídico internacional relativo a aviación civil”*.

De nuevo esta “delegación” es violatoria del artículo 16 de la ley Orgánica de los Estados de Excepción que prevé la posibilidad de que, una vez decretado el Estado de alarma, y tomadas las medidas restrictivas que contenga, pueda luego delegarse *“su ejecución, total o parcialmente gobernadores, alcaldes, comandantes de guarnición o cualquier otra autoridad debidamente constituida, que el Ejecutivo Nacional designe”* (art. 16).

Por lo demás, a pesar de la misma delegación, la informalidad es lo que ha caracterizado la ejecución de esta restricción, al punto de que como lo informó Gabriel Sira Santana, fue sólo el 14 de marzo de 2020, *“a través de la cuenta en Twitter del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil como autoridad aeronáutica venezolana (@INAC_Venezuela)”*, que se anunció *“que habían sido suspendidos todos los vuelos de aviación general y vuelos comerciales desde Europa y Colombia desde el 13-03-2020 por treinta días (lo que consta en NOTAM 0155/20 como único acto oficial en la materia)”*. Al día siguiente se sumarían Panamá y República Dominicana por NOTAM 156/20 y, finalmente comunicarse el 17-03-2020 por NOTAM A0161/20 que la suspensión aplicaba a todos los vuelos independientemente de su lugar de origen o destino que aterrizaran o despegaran del país, permitiéndose solo el sobrevuelo y aterrizaje de carga y correo³⁰.

cuando aún no se conocía el contenido del Decreto (que solo circuló el 17 de marzo), el Ministro Jorge Rodríguez anunciaba la suspensión inmediata, desde ese mismo día, de los vuelos con Panamá y República Dominicana.

³⁰ Véase Gabriel Sira Santana, “Venezuela y el estado de alarma por el Covid-19. Consideraciones sobre el derecho de excepción venezolano y el Decreto N° 4.160, publicado en Gaceta Oficial N° 6.519 Extraordinario del 13-03-2020, por medio del cual se declaró el estado

V. LA AUTORIZACIÓN QUE EL AUTOR DEL DECRETO SE DA SÍ MISMO PARA RESTRINGIR LA GARANTÍA A LA LIBERTAD ECONÓMICA Y DEL DERECHO AL TRABAJO, SIN IDENTIFICAR LOS ARTICULOS CONSTITUCIONALES QUE LAS REGULAN

El artículo 112 de la Constitución garantiza la libertad económica y el derecho a realizar actividades económicas, disponiendo a tal efecto 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, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social...”

La garantía constitucional específica de este derecho al libre ejercicio de las actividades económicas, es que sólo puede limitarse su ejercicio mediante ley de la Asamblea Nacional, por las razones allí especificadas, pudiendo sin embargo ser limitada dicha garantía mediante un decreto de estado de excepción, como el estado de alarma dictado por razones de sanidad, en cuyo caso, tendría que ello indicarse expresamente y en el texto del decreto establecerse el régimen normativo de excepción.

Por su parte, el artículo 87 de la Constitución garantiza el derecho al trabajo, disponiendo a tal efecto que:

“Toda persona tiene derecho al trabajo... La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca”.

En este caso, también, la garantía constitucional específica de este derecho al trabajo es que sólo puede restringirse su ejercicio mediante

de alarma en todo el territorio nacional, “a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19),” *Centro para la Integración y el Derecho Público*, 27 de marzo de 2020, pp. 11 de 13 y 12 de 13. En <https://cidep.com.ve/files/reportes/reportecidep-covid.pdf>

ley de la Asamblea Nacional, pudiendo sin embargo ser restringida dicha garantía mediante un decreto de estado de excepción, como el estado de alarma, en cuyo caso, tendría que ello indicarse expresamente, y en el texto del decreto establecerse el régimen normativo de excepción a aplicarse.

En este caso del Decreto 4.160 de 13 de marzo de 2020, sin embargo, nada de esto ocurrió, limitándose el artículo 8, a autorizar a Nicolás Maduro mismo para, en el futuro, restringir estas garantías a dichos derecho, y con ello, escapar del control judicial y político constitucionalmente previsto.

En efecto, el artículo 8 del Decreto se limita a disponer que el Presidente de la República *“podrá ordenar la suspensión de actividades en determinadas zonas o áreas geográficas,”* agregando que dicha suspensión, implicará *“la suspensión de las actividades laborales cuyo desempeño no sea posible bajo alguna modalidad a distancia que permita al trabajador desempeñar su labor desde su lugar de habitación”*.

O sea, no se trata de una medida restrictiva de ninguna garantía constitucional de algún derecho o libertad, y por ello no se mencionan los artículos 112 y 87 de la Constitución, sino de una especie de autorización del autor del decreto a sí mismo, para restringir en el futuro la garantía de dichos derechos como lo estime conveniente, evadiéndose así todo tipo de control sobre el régimen normativo que se establezca.

En todo caso, conforme a esa autorización que se da a sí mismo el Presidente para adoptar medidas futuras, el propio decreto estableció en su artículo 9, una excepción respecto de actividades que *“no serán objeto de suspensión,”* enumerándose las siguientes:

“1. Los establecimientos o empresas de producción y distribución de energía eléctrica, de telefonía y telecomunicaciones, de manejo y disposición de desechos y, en general, las de prestación de servicios públicos domiciliarios.

2. Los expendios de combustibles y lubricantes.

3. Actividades del sector público y privado prestador de servicios de salud en todo el sistema de salud nacional: hospitales, ambulatorios, centros de atención integral y demás establecimientos que prestan tales servicios.

4. *Las farmacias de turno y, en su caso, expendios de medicina debidamente autorizados.*
5. *El traslado y custodia de valores.*
6. *Las empresas que expenden medicinas de corta duración e insumos médicos, dióxido de carbono (hielo seco), oxígeno (gases o líquidos necesarios para el funcionamiento de centros médicos asistenciales).*
7. *Actividades que conforman la cadena de distribución y disponibilidad de alimentos perecederos y no perecederos a nivel nacional.*
8. *Actividades vinculadas al Sistema Portuario Nacional.*
9. *Las actividades vinculadas con el transporte de agua potable y los químicos necesarios para su potabilización (sulfato de aluminio líquido o sólido), policloruro de aluminio, hipoclorito de calcio o sodio gas (hasta cilindros de 2.000 lb o bombonas de 150 lb).*
10. *Las empresas de expendio y transporte de gas de uso doméstico y combustibles destinados al aprovisionamiento de estaciones de servicio de transporte terrestre, puertos y aeropuertos.*
11. *Las actividades de producción, procesamiento, transformación, distribución y comercialización de alimentos perecederos y no perecederos, emisión de guías únicas de movilización, seguimiento y control de productos agroalimentarios, acondicionados, transformados y terminados, el transporte y suministro de insumos para uso agrícola y de cosechas de rubros agrícolas, y todas aquellas que aseguren el funcionamiento del Sistema Nacional Integral Agroalimentario.”*

Como hemos dicho, estas previsiones del decreto No. 4.160 de 13 de marzo de 2020 puede considerarse que violan la Constitución la cual, como antes hemos indicado, exige que el en “*decreto que declare el estado de excepción se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe*” (art. 339), lo que no ha ocurrido, pues se trata de normas que autorizan acciones a futuro y que escapan del control judicial y político. Adicionalmente, es también inconstitucional, por delegar en la Vicepresidenta Ejecutiva, “*en consulta con los Ministros del Poder Popular que conforman el Gabinete Ejecutivo con competencia en materia de salud, defensa, relaciones interiores, transporte, comercio, alimentación y servicios públicos domiciliarios,*” para que pueda

“ordenar mediante Resolución la suspensión de otras actividades, distintas a las indicadas en este artículo cuando ello resulte necesario para fortalecer las acciones de mitigación de los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19).” Como antes ya hemos dicho, conforme al artículo 16 de la Ley Orgánica, una vez decretado el estado de alarma, y una vez dictadas las medidas restrictivas de las garantías constitucionales con identificación precisa de las mismas y el establecimiento de su régimen de ejercicio, es que puede delegarse *“su ejecución”*, total o parcialmente, en los gobernadores, alcaldes, comandantes de guarnición o cualquier otra autoridad debidamente constituida, que el Ejecutivo Nacional designe” (art. 16). No puede delegarse una actividad que ni siquiera se ha ejercido, antes de ejercerla.

VI. LA RESTRICCIÓN DE LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DEL DERECHO A EDUCAR, SIN IDENTIFICAR LOS ARTICULOS CONSTITUCIONALES QUE LAS REGULAN, ESTABLECIDA DIRECTAMENTE EN EL DECRETO DE ESTADO DE ALARMA

La Constitución garantiza en sus artículos 102 y 106 el derecho a la educación y a educarse, y en ausencia de precisiones en la Ley Orgánica de Educación que regulen los efectos de circunstancias excepcionales como las derivadas de la pandemia del Coronavirus, sin duda era necesaria la restricción de las garantías de esos derechos para poder suspender las actividades docentes en el país. Ello lo hizo el decreto No. 4.160 de 13 de marzo de 2020, pero sin decirlo ni expresarlo formalmente, al establecer directamente en su artículo 11, la suspensión de:

“las actividades escolares y académicas en todo el territorio nacional a partir del día lunes 16 de marzo de 2020, a los fines de resguardar la salud de niñas, niños y adolescentes, así como de todo el personal docente, académico y administrativo de los establecimientos de educación pública y privada”.

A los efectos de implementar esta medida, el mismo artículo dispuso que los Ministros y Ministras del Poder Popular con competencia

en materia de educación, en cualquiera de sus modalidades y niveles, deben:

“coordinar con las instituciones educativas oficiales y privadas la reprogramación de actividades académicas, así como la implementación de modalidades de educación a distancia o no presencial, a los fines de dar cumplimiento a los programas educativos en todos los niveles. A tal efecto, quedan facultades para regular, mediante Resolución, lo establecido en este aparte”.

Debe mencionarse, sin embargo, que en medio del desorden administrativo del régimen, el Gobernador del Estado Miranda, con fecha 12 de marzo de 2020, es decir, antes de la fecha del decreto 4.610 de estado de alarma que es el 13 de marzo de 2020, dictó un inconstitucional Decreto No. 2020-0054 en el cual además de *“declarar el estado de emergencia en todo el territorio del Estado Miranda, con el objetivo de tomar acciones a fin de prevenir, mitigar y atender la propagación del COVID-19 (Coronavirus),”* y de *“exhortar”* al pueblo mirandino tanto el *“evitar la realización de concentraciones, reuniones y eventos públicos”*, como a *“permanecer en sus hogares y resguardar a sus familiares”*, procedió sin competencia alguna para ello, a *“suspender las actividades en todos los niveles y modalidades del Sistema Educativo a partir del día lunes 16 de marzo, hasta nuevo aviso”*³¹.

No se percató el Gobernador que las competencias relativas a la declaratoria de estados de excepción en la Constitución, como antes se ha analizado, son de la exclusiva competencia del Poder Nacional, habiéndose regulado en la Ley Orgánica de los Estados de Excepción. Tampoco se percató el Sr. Gobernador que, en el régimen constitucional venezolano, el régimen de la federación en la Constitución de 1999 resultó más centralista que el que existía antes, habiéndose vaciado a los Estados de materialmente toda competencia³², y la que les quedó

³¹ Publicado en la *Gaceta Oficial* del Estado Miranda N° 5052 de 13 de marzo de 2020.

³² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, N° 7, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001.

asignada como competencia exclusiva, la Sala Constitucional se ha encargado de centralizarla³³.

En otras Federaciones, en contraste, en situaciones de excepción como la originada por la pandemia del Coronavirus, las competencias constitucionales para enfrentarla están compartidas entre el nivel federal y el nivel de los Estados, como es el caso de los Estados Unidos, habiéndose incluso, en concreto, planteado conflictos constitucionales entre las pretensiones del Presidente Donald Trump y competencias de los Gobernadores de Estado para levantar las medidas restrictivas de los derechos de los ciudadanos adoptadas³⁴.

VII. LA RESTRICCIÓN DE LA GARANTÍA A LA LIBERTAD ECONÓMICA, DEL DERECHO AL TRABAJO, DEL DERECHO DE REUNIÓN Y DEL DERECHO DE PROPIEDAD, SIN IDENTIFICAR LOS ARTICULOS CONSTITUCIONALES QUE LAS REGULAN, ESTABLECIDA DIRECTAMENTE EN EL DECRETO DE ESTADO DE ALARMA

En contraste con los anuncios antes referidos de posibilidad de restricción futura de las garantías constitucionales a los derechos al libre ejercicio de la libertad económica y del trabajo, el decreto No 4.160 del 13 de marzo de 2020, en cambio sí estableció directamente - pero sin decirlo ni expresarlo formalmente -, restricciones a las garantías constitucionales a dichos derechos, además de la garantía constitucional al derecho de reunión (art. 53 Constitución), al establecer la suspensión de diversas actividades y en determinadas modalidades en el país.

³³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: la “reforma” de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional,” en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, Lima 2009, tomo 1, pp. 29-51.

³⁴ Véase un resumen de los temas y discusiones constitucionales planteados en los siguientes reportajes de Julie Bosman, “Governors Insist The Next Moves Belong to Them,” en *The New York Times*, New York, April 15, 2020, p. 1; y el artículo de William A. Galston, “Trump Flunks Federalism 101,” en *The Wall Street Journal*, New York, April 15, 2020, p. A15.

Primero, conforme al artículo 12 del decreto, el Presidente de la República dispuso que:

“se suspende en todo el territorio nacional la realización de todo tipo de espectáculos públicos, exhibiciones, conciertos, conferencias, exposiciones, espectáculos deportivos y, en general, cualquier tipo de evento de aforo público o que suponga la aglomeración de personas”.

Sin embargo, de acuerdo con la propia norma se establece una excepción general y es que no serán objeto de dicha suspensión:

“las actividades culturales, deportivas y de entretenimiento destinadas a la distracción y el esparcimiento de la población, siempre que su realización no suponga aforo público. Los establecimientos donde se realicen este tipo de actividades podrán permanecer parcialmente abiertos, pero bajo ningún concepto podrán disponer sus espacios para presentaciones al público”.

En esta materia específica, el Decreto dispuso que el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz deberá realizar las coordinaciones necesarias con las autoridades el ámbito municipal para el cumplimiento estricto de esta disposición.

Segundo, en el mismo artículo 12 del Decreto, se dispuso otra restricción a las garantías constitucionales de los derechos al libre ejercicio de las actividades lucrativas, al trabajo y de reunión, al disponer que *“permanecerá cerrados”* *“entre otros,”* los siguientes establecimientos:

“los cafés, restaurantes, tascas, bares, tabernas, heladerías, teatros, cines, auditorios, salones para conferencias, salas de conciertos, salas de exhibición, salones de fiesta, salones de banquetes, casinos, parques infantiles, parques de atracciones, parques acuáticos, ferias, zoológicos, canchas, estadios y demás instalaciones para espectáculos deportivos con aforo público de cualquier tipo”.

Sin embargo, en cuanto a los establecimientos dedicados al expendio de comidas y bebidas, en el artículo 13 del Decreto se estableció como excepción, que los mismos:

“podrán permanecer abiertos prestando servicios exclusivamente bajo la modalidad de reparto, servicio a domicilio o pedidos para llevar. Pero no podrán prestar servicio de consumo servido al público en el establecimiento, ni celebrar espectáculos de ningún tipo. Las áreas de dichos establecimientos destinadas a la atención de clientes o comensales para consumo in situ, o para la presentación de espectáculos, permanecerán cerradas”.

En esta materia, además, también en violación de lo dispuesto en el artículo 16 de la ley Orgánica, en el Decreto se procedió a delegar al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud, en coordinación con los Ministerios con competencia en materia de alimentación y comercio, la regulación de las previsiones establecidas en el decreto; precisando incluso que:

“De ser necesario, establecerán también la regulación especial para establecimientos públicos, o privados de beneficencia pública, comedores para trabajadores y otros en los cuales se disponga de espacios de aforo público para comensales”.

Tercero, el artículo 14 del decreto 6.160 estableció que *“los parques de cualquier tipo, playas y balnearios, públicos o privados, se mantendrán cerrados al público”.*

Y cuarto, por último, el decreto No 4.160 del 13 de marzo de 2020, también estableció directamente, pero sin decirlo ni expresarlo formalmente, restricciones a las garantías constitucionales al derecho a la libertad económica y al derecho al trabajo, y además a la garantía del derecho de propiedad (que es que conforme al artículo 115 la propiedad solo puede estar *“sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”*), al establecer directamente en el artículo 17 que el Ministerio del Poder Popular para la Salud, *“en su carácter de autoridad pública de salud de la más alta dirección”* puede *“designar o requerir”* que los establecimientos de atención médica, hospitales, clínicas y ambulatorios privados, *“como hospitales de campaña o centinela en materia de coronavirus COVID-19, no estando sujetos a horario, turno o limitación de naturaleza similar”.*

Además, se dispuso en la misma norma que, en todo caso:

“el Ministro del Poder Popular para la Salud, cuando lo estime conveniente para la mejor ejecución de este Decreto, girará las instrucciones necesarias o efectuará los requerimientos indispensables a los centros de salud, clínicas, laboratorios y demás establecimientos privados de prestación de servicios de salud, los cuales están en la obligación de atender dichas instrucciones y requerimientos prioritariamente”.

VIII. LA RESTRICCIÓN A LA GARANTÍA A LA LIBERTAD PERSONAL, SIN IDENTIFICAR EL ARTICULO CONSTITUCIONAL QUE LA REGULA, ESTABLECIDA DIRECTAMENTE EN EL DECRETO DE ESTADO DE ALARMA

En contraste con los anuncios antes referidos de posibilidad de restricción futura de garantías constitucionales de varios derechos constitucionales, el decreto No 4.160 del 13 de marzo de 2020, en cambio, sí estableció directamente, pero sin decirlo ni expresarlo formalmente, restricciones a la garantía de la libertad personal, al imponer con toda lógica el uso de mascarillas obligatorio, y el aislamiento obligatorio de personas afectadas con el Coronavirus o que hayan estado expuestas a pacientes sospechosos o confirmados de haber contraído el Coronavirus.

En esta materia, se le olvidó a quien ejerce la Presidencia de la República que el estado de alarma, como todos los estados de excepción, conforme al artículo 337 de la Constitución, solo debe dictarse cuando *“las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos resultan insuficientes,”* siendo precisamente la materia de salud y de atención de enfermedades como el Coronavirus, que encaja en las denominadas como de *“Enfermedades de Notificación Obligatoria”*, un campo en el cual la legislación vigente desde hace casi cien años regula suficientes poderes para dictarse las medidas que se indican en el decreto.

En esta materia, en efecto, quienes redactaron el Decreto desconocen o se les olvidó que desde los años cuarenta del siglo pasado y en ejecución de la vieja Ley de Sanidad Nacional, se dictó el Reglamento de las Enfermedades de Denuncia Obligatoria (Enfermedades de Notificación Obligatoria, en la terminología contemporánea), en la cual no solo se enumera las “*influenzas*” como una de ellas, de notificación “*inmediata*”, sino que se precisa que al listado incluido en el Reglamento el Ministerio de Sanidad puede agregar otras enfermedades, como sin duda es la afección respiratoria intensa producida por el Virus COVID-19. En realidad, no era necesario decretar un “*estado de alarma*” para identificar una Enfermedad de Notificación Obligatoria como la del Coronavirus, y menos aún para poder establecer restricciones a la libertad personal respecto de las personas afectadas por la misma o expuestas a la misma. Bastaba recurrir al viejo Reglamento de Enfermedades de Denuncia Obligatoria, para constatar cómo, en el mismo, se regulan las restricciones a la libertad de transitar y se cómo regula, además, la figura del aislamiento (cuarentena) obligatorio para personas afectadas de la enfermedad.

Pero ignorando estas regulaciones, o en ejecución de las mismas sin saberlo o decirlo, el decreto 4.160 de 12 de marzo de 2020 estableció diversas restricciones a la garantía de la libertad personal, y entre ellas, las siguientes:

Primero, en el artículo 10, se ordenó “*el uso obligatorio de mascarillas que cubran la boca y nariz*” en los siguientes casos:

- “1. En todo tipo de transporte público terrestre, aéreo o marítimo, incluidos los sistemas metro, Metrobús, metrocable, cabletren y los sistemas ferroviarios.
2. En terminales aéreos, terrestres y marítimos.
3. En espacios públicos que, por la naturaleza de las actividades que en ellos se realizan, deban concurrir un número considerable de personas, mientras no sea suspendida dicha actividad.
4. En las clínicas, hospitales, dispensarios, ambulatorios, consultorios médicos, laboratorios y demás establecimientos que presten servicios públicos o privados de salud, así como en los espacios adyacentes a éstos.
5. En supermercados y demás sitios públicos no descritos”.

A los efectos de la ejecución de esta restricción, el decreto se limitó a instruir *“a las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana, salud y defensa integral de la nación a tomar las previsiones necesarias para hacer cumplir esta regulación”*.

Segundo, en el artículo 23 del decreto se establecieron *restricciones a las garantías de la libertad personal y de circulación consistentes en la imposición de aislamiento o cuarentena obligatorios para “todos los pacientes sospechosos de haber contraído el coronavirus que causa la COVID-19, así como aquellos en los cuales se hubiere confirmado tal diagnóstico por resultar positivo conforme a alguno de los tests debidamente certificados para la detección de la COVID-19 o de alguna de sus cepas,”* quienes tienen la obligación de permanecer *“en cuarentena y en aislamiento hasta que se compruebe mediante dicho test que ya no representa un riesgo para la propagación del virus, aun cuando presenten síntomas leves”*.

Igualmente, en el artículo 24 del decreto, se estableció, también como obligación de permanecer en cuarentena o aislamiento por un plazo de dos (2) semanas, a las personas que hubieren estado expuestos a pacientes sospechosos o confirmados de haber contraído el coronavirus que causa la COVID-19, en casos tales como:

- “1. Haber tenido contacto directo con el paciente infectado o sospechoso de haber contraído el virus en razón de actividades profesionales, técnicas o laborales asociadas a la atención médica o sanitaria.*
- 2. La visita a pacientes enfermos o bajo sospecha de estarlo.*
- 3. Haber permanecido en un mismo entorno con pacientes enfermos, o bajo sospecha de estarlo, ya sea con ocasión de actividades laborales, académicas, profesionales o relaciones sociales de cualquier tipo.*
- 4. Haber viajado en cualquier tipo de nave, aeronave o vehículo con un paciente afectado o sospechoso de serlo.*
- 5. Haber convivido en el mismo inmueble con un paciente con COVID-19 en los 14 días posteriores a la aparición de sus primeros síntomas.*
- 6. Haber tenido contacto directo con las personas indicadas en algunos de los numerales precedentes.*

7. Quienes sean notificados por el Ministerio del Poder Popular de la Salud como un posible portador de la COVID-19, a cuyo efecto el Ministerio puede servirse de las modalidades de las tecnologías de la información que considere convenientes.”

En cuanto a estas figuras de cuarentena y aislamiento, la diferencia clásica entre ellas es que la primera puede ordenarse en lugares *específicos*, y el aislamiento generalmente ocurre en el domicilio de la persona³⁵. En todo caso, el Decreto dispuso que las condiciones tanto de la cuarentena como del aislamiento debían ser desarrolladas por el Ministerio del Poder Popular para la Salud, y divulgadas ampliamente a nivel nacional (art. 25); agregando respecto de la cuarentena que “*las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana, salud y defensa integral de la nación dispondrán los espacios que servirán de aislamiento para los casos de cuarentena que se requieran*” (art. 29).

En todo caso, y a pesar de la indicación enumerativa de los supuestos en los cuales debía ocurrir la cuarentena o aislamiento, de hecho, lo que ocurrió fue que toda la población, y no solamente a los enfermos o quienes fueran sospechosos de estar enfermos o hubieran tenido contacto con alguno de los anteriores, fue compelida a estar en aislamiento.

En todo caso, tratándose de medidas restrictivas de la libertad personal, el artículo 26 del decreto dispuso que el cumplimiento de la cuarentena o el aislamiento antes indicados “*es de carácter obligatorio y se requerirá al sujeto su cumplimiento voluntario*”. Sin embargo, y para esto sin duda si era necesario que se restringiera la garantía de la libertad personal – lo que sin embargo no hizo el decreto –, dispuso la norma que:

“ante la negativa de cumplimiento voluntario por parte de la persona obligada a permanecer en cuarentena o aislamiento, las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana, salud y defensa integral de la nación deberán tomar todas las previsiones necesarias para mantenerlo en las instalaciones médicas o las que

³⁵ Véase lo que escribí en la materia hace ya casi 60 años en el curso de Derecho Administrativo Especial, en Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo. Escritos de Juventud (1959-1964)*, Editorial Jurídica Venezolana 2013, pp. 490-494.

se dispongan para tal fin, en sus residencias o bajo medidas alternativas especiales, si fuere autorizado, o trasladarlo a alguno de dichos lugares si no se encontrare en alguno de ellos”.

Debe mencionarse, en todo caso, que de nuevo ignorando la existencia de disposiciones relativas a las Enfermedades de Notificación o Denuncia Obligatoria, o para ser redundante con ellas, el Decreto dispuso que todas las personas que se encuentren en los supuestos previstos en los artículos 23 y 24 del Decreto antes indicadas:

“están obligadas a proveer oportunamente a las autoridades competentes en materias de salud, seguridad ciudadana, o de defensa integral de la nación, toda información que sirva a los fines de determinar la forma de contagio a la que estuvo expuesta y el alcance que pudiera haber tenido como agente de propagación”.

A los efectos de la estandarización de la información a recolectar, el Ministerio del Poder Popular para la Salud elaborará los respectivos cuestionarios para su distribución a las autoridades competentes e inmediata disponibilidad mediante acceso electrónico.

La información aportada conforme a lo establecido en este artículo solo podrá ser utilizada con el objeto de realizar el seguimiento de la localización del avance del coronavirus COVID-19, tomar las medidas especiales de protección a favor del aportante, o de las personas o comunidades que pudieren haber resultado afectadas, y cualquier otra medida relativa a la ejecución de este Decreto.

De ninguna manera podrá ser utilizada la información con fines distintos a los previstos en este artículo, ni divulgada la información personal de manera alguna, o utilizada en procedimientos o procesos administrativos o judiciales de ningún tipo distintos a los procedimientos de control del coronavirus COVID-19.

Y tercero, en el artículo 5 del decreto se estableció una muy importante *restricción a la garantía de la libertad personal* y al establecerse la obligación de las personas naturales, así como las personas jurídicas privadas, de *“prestar su concurso cuando, por razones de urgencia, sea requerido por las autoridades competentes”*, pero sin indicarse cómo y en qué forma pueden ser requeridas y qué tipo de “concurso” han de

prestar. Lo cierto es que la Constitución en su artículo 134 establece que en Venezuela las personas, *“tiene el deber de prestar los servicios civiles necesarios para hacer frente a situaciones de calamidad pública”* lo que solo puede exigirse *“de conformidad con la ley”*, no pudiendo nadie ser *“sometido a reclutamiento forzoso”*. Si con el Decreto 4.160 se pretendió restringir esta garantía, la única forma en que ello pudo haberse materializado era estableciendo la regulación necesaria en el propio decreto, regulándose directamente el régimen legal aplicable en el caso de la situación de alarma, lo que no se hizo.

IX. LA RESTRICCIÓN A LA GARANTÍA A LA INVIOLABILIDAD DEL HOGAR DOMÉSTICO, SIN IDENTIFICAR EL ARTÍCULO CONSTITUCIONAL QUE LA REGULA, ESTABLECIDA DIRECTAMENTE EN EL DECRETO DE ESTADO DE ALARMA

El artículo 47 de la Constitución, luego de declarar que el *“hogar doméstico y todo recinto privado de persona son inviolables”*, dispone específicamente, que *“las visitas sanitarias que se practiquen, de conformidad con la ley, sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios o funcionarias que las ordenen o hayan de practicarlas”*.

Con sujeción a esta limitación constitucional, el artículo 28 del Decreto 4.160, sin hacer referencia alguna a la misma, sin embargo, dispuso la posibilidad de que se verifiquen visitas sanitarias, autorizando a *“los órganos de seguridad pública”* *“a realizar en establecimientos, personas o vehículos las inspecciones que estimen necesarias cuando exista fundada sospecha de la violación de las disposiciones de este Decreto”*.

Como consecuencia de estas inspecciones o visitas, dichas autoridades, conforme se indica en el Decreto 4.160, deben:

“tomar las medidas inmediatas que garanticen la mitigación o desaparición de cualquier riesgo de propagación o contagio del coronavirus CONVID-19 como consecuencia de la vulneración de alguna de las medidas contenidas en este instrumento o las que fueren dictadas por las autoridades competentes para desarrollarlo.”

El Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz deberá establecer los parámetros de actuación adecuada aplicables a la situación particular que plantea la atención de la epidemia del coronavirus COVID-19.”

APRECIACIÓN GENERAL

El régimen de un estado de excepción y en particular de alarma como la originada por la pandemia del Coronavirus, es un asunto serio constitucionalmente hablando, pudiendo justificarse su decreto, solo, única y exclusivamente porque para atender *“las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas”* derivadas de la pandemia, *“resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos”* (art. 337).

Este es el elemento clave y fundamental para justificar un estado de excepción, lo cual no solo debe fundamentarse en el decreto que lo dicte, sino que debe explicarse y motivarse en el mismo para demostrar su necesidad.

Además, si esas medidas que se pretende adoptar porque las facultades legales de los entes públicos no resultan suficientes para hacer frente a los hechos, para poder dictarlas, si exceden de lo que está previsto y regulado en las leyes, resulta ineludible e indispensable entonces, para poder dictarlas, hacer uso de la potestad de restringir las garantías constitucionales de los derechos, como lo indica el artículo 337 de la Constitución, particularmente la garantía de la reserva legal para regular las limitaciones y restricciones de los derechos. Sin embargo, en el Decreto No 4.160, no se restringió garantía constitucional alguna, por lo que, por una parte, las *“medidas”* que anunció solo podrían realizarse en el marco de la legislación vigente; y por la otra, las medidas que efectivamente impuso restrictivas de las garantías de los derechos, carecen de base constitucional.

Es decir, mediante el peculiar *“estado de alarma”* decretado en el Decreto No 4.160, Nicolás Maduro sin restringir garantía constitucional

alguna, se asignó a sí mismo la potestad de dictar “*las medidas que considere convenientes*”, para enfrentar la pandemia, y decretó otras medidas restrictivas directamente, pretendiendo con ello solamente dictar actos administrativos en ejecución de las leyes vigentes, no pudiendo dictar como sin duda fue la intención, previsiones que modifiquen las que están previstas en leyes, pues no restringió expresamente garantía constitucional alguna.

Descartada la posibilidad constitucional de que quien invoca ser Presidente pueda entonces, en este caso, dictar actos con valor y rango de “*ley*”, por la ausencia de decisión sobre la restricción de garantías constitucionales, en realidad con el decreto lo único que podría hacer es ejecutar las competencias previstas y *regulados en las leyes vigentes*, lo que ciertamente en algunos casos puede resultar insuficiente para los fines propuestos.

Por todo ello, es bueno recordar, como lo ha indicado William Zambrano, que aún en situaciones de estado de alarma, “*el Estado de derecho no puede estar en cuarentena,*” para lo cual, precisamente:

*“las constituciones tienen previstos mecanismos excepcionales de decisión y controles adaptados a los escenarios de emergencia, que permiten responder cabalmente a la situación, pero que hacen posible, aun en estas circunstancias, la limitación del poder y la protección por jueces y tribunales independientes de las garantías constitucionales”*³⁶.

Nueva York, 16 de abril de 2020

³⁶ Véase William Zambrano, “Cuarentena y Estado de derecho,” en *El Nuevo Siglo*, Bogotá, 14 de abril de 2020, en <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/04-2020-cuarentena-y-estado-de-derecho>.

RETOS DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 PARA EL ESTADO DE DERECHO, LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS CARLOS AYALA CORAO*

SUMARIO

Introducción. 1. La suspensión de reuniones públicas y manifestaciones presenciales. 2. La suspensión y posposición de Elecciones. 3. El funcionamiento de los parlamentos y congresos. 4. El funcionamiento de los tribunales de justicia. 5. Los estados de emergencia o excepción *de facto*. 6. Desigualdades en el acceso a los servicios de salud. 7. La necesidad de tratos diferenciados. 8. Los límites y controles internacionales. 9. A modo de reflexión final

* Profesor Titular y jefe de la Cátedra de Derecho Constitucional (Universidad Católica Andrés Bello). Vicepresidente de la Comisión Internacional de Juristas. Profesor invitado en el Washington College of Law.

INTRODUCCIÓN

La humanidad está sufriendo la amenaza y los efectos concretos de una enfermedad infecciosa global producida por el Coronavirus (*COVID-19*), con graves consecuencias para la salud de las personas contagiadas, que, en algunos casos, incluidos los de personas adultas mayores o de personas con ciertas condiciones preexistentes, puede causar la muerte. Es también conocido, que este virus es de fácil y rápida transmisión, lo cual llevó a que en fecha 12 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud¹ (OMS) declarase una situación grave de “*pandemia*”, realizando conjuntamente con la Organización Panamericana de la Salud (OPS), una serie de recomendaciones a los Estados y a las personas, sobre las medidas para proteger la salud y prevenir su propagación².

La mayoría de los Estados del mundo han declarado estados de emergencia sanitaria o sus equivalentes (estados de alarma), adoptando medidas extraordinarias o de excepción, para enfrentar los peligros y la grave situación creada por la pandemia causada por el *COVID-19*. Estamos por primera vez en el mundo contemporáneo, ante una especie de “*estado de emergencia mundial*”. Esta situación representa un reto y en muchos casos, un peligro para el funcionamiento de las democracias, del Estado de Derecho y la garantía de los derechos humanos.

Las medidas extraordinarias que se adopten para enfrentar la pandemia causada por el *COVID-19*, deben estar dirigidas a utilizar los medios proporcionales para lograr el fin legítimo de garantizar los dere-

¹ Ver, Documentos Técnicos, disponibles en: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>

² Ver, Documentos Técnicos, disponibles en: <https://www.paho.org/es/documentos-tecnicos-ops-enfermedad-por-coronavirus-covid-19>

chos a la salud, a la integridad física y a la vida de las personas; pero no para restringir sus derechos de manera innecesaria o desproporcionada; y mucho menos para dismantelar la Constitución, y restringir el Estado de Derecho y la democracia.

Conforme a los *Principios internacionales de Siracusa sobre estados de excepción*, la “salud pública” puede invocarse como motivo para limitar ciertos derechos, a fin de permitir a un Estado adoptar medidas para “*hacer frente a una grave amenaza a la salud de la población o de alguno de sus miembros*”. Pero en estos casos, las medidas deberán estar encaminadas específicamente a “*impedir enfermedades o lesiones o a proporcionar cuidados a los enfermos y lesionados*”, para lo cual, deberán tenerse debidamente en cuenta las normas sanitarias internacionales de la OMS³.

No se trata, por tanto, de un estado de excepción donde lo que está en peligro es la institucionalidad del Estado; sino la salud, la integridad física y hasta la vida de su población. Se trata de la protección de la población y no del Estado en sí mismo.

Por ello, la pandemia causada por el *COVID-19* debe ser enfrentada desde el Derecho democrático, si no queremos que este virus termine también con el Estado de Derecho, con la democracia y los derechos humanos. De allí que las medidas extraordinarias o excepcionales que se adopten, deben estar todas dentro de la Constitución y el Derecho internacional, pero fuera de ellos nada.

En tiempos de emergencias y de medidas extraordinarias, es cuando más se necesita el funcionamiento de las instituciones de control y protección, tanto nacional como internacional, para proteger los derechos de las personas y controlar los excesos del poder. Por ello los congresos y parlamentos, así como la justicia, no pueden ponerse en

³ “Principios de Siracusa Sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos”, Naciones Unidas/Consejo Económico Y Social, Comisión de Derechos Humanos 41o Período de sesiones, 1984, disponible en: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/principios-de-siracusa-1.pdf> y “Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”, International Commission of Jurists (ICJ), disponible en: <https://www.icj.org/siracusa-principles-on-the-limitation-and-derogation-provisions-in-the-international-covenant-on-civil-and-political-rights/>

cuarentena, porque así entrarían en cuarentena la Constitución, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos.

Los estados de excepción o de emergencia no deben afectar el funcionamiento de los poderes públicos. De allí la importancia fundamental de garantizar el funcionamiento activo del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, bajo la situación extraordinaria de la pandemia causada por el *COVID-19*, para que los actos extraordinarios que tengan que ser dictados por el Gobierno, puedan ser controlados por los poderes legislativos, y por los tribunales, especialmente los de jurisdicción constitucional. Pero, además, es fundamental que esas medidas extraordinarias se sujeten al Derecho internacional y puedan ser sometidas a sus controles, para así garantizar los derechos de todas las personas.

El respeto, la garantía y protección de los derechos humanos como la salud, la integridad personal y la vida son una responsabilidad constitucional e internacional de los Estados, los cuales tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para la prevención y el tratamiento de las personas. Pero cuando las medidas ordinarias para hacer frente a una situación excepcional, como la pandemia causada por el *COVID-19*, son insuficientes y la gravedad de la situación se ve desbordada, los Estados se ven en la necesidad de adoptar medidas extraordinarias para salvaguardar los fines legítimos de la salud pública y la vida de la población. No obstante, las medidas que los Estados están autorizados a adoptar no son ilimitadas ni arbitrarias, ya que deben sujetarse a la Constitución y al Derecho internacional.

Conforme a los estándares constitucionales e internacionales, esas medidas excepcionales deben ser: *necesarias, graduales, temporales, idóneas y proporcionales* a la situación extraordinaria planteada. Ello implica en el caso de la pandemia causada por el *COVID-19*, que las medidas extraordinarias o excepcionales que adopte el Estado, deben ser las *necesarias y adecuadas*, tanto médica como técnicamente, para lograr el fin de prevenir la propagación del virus y hacer posible el tratamiento de las personas afectadas. La *gradualidad* también es esencial en ambos sentidos: incremental, de menor a mayor intensidad frente a la gravedad de la situación excepcional; y decreciente, de mayor a menor intensidad de la gravedad de la situación excepcional. La *temporalidad* de las medidas excepcionales es otro elemento esencial, ya que

su duración está estrictamente limitada a las exigencias de la situación; por lo cual, depende directamente de la existencia objetiva de la situación excepcional causada por la pandemia. Finalmente, esas medidas excepcionales o extraordinarias a adoptar por los Estados, deben estar contenidas y expresadas en actos jurídicos formales, debidamente motivados, publicados oficialmente y divulgados adecuadamente. Ello es fundamental, a fin de que dichas medidas sean del conocimiento previo de la población; darles fundamento y certeza a las actuaciones del Estado; y poder controlar su conformidad técnica y jurídica.

Si observamos el contenido y alcance de las medidas extraordinarias adoptadas durante la emergencia sanitaria decretada por la pandemia causada por el COVID-19, podemos constatar que, aunque en muchos casos no se mencione expresamente, se están limitando o restringiendo de manera excepcional, una serie de derechos como la libre circulación, reunión pública, manifestación y protesta, participación, elegir, acceso a la justicia, esparcimiento, trabajo, propiedad y libertad económica, entre otros. Por ello es importante, que las medidas extraordinarias se adopten dentro de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos; y que al mismo tiempo se sometan a sus controles.

LA SUSPENSIÓN DE REUNIONES PÚBLICAS Y MANIFESTACIONES PRESENCIALES

En apenas pocos meses que tenemos de encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, en la mayoría de las ciudades del mundo hemos experimentado la ausencia ciudadana de los espacios públicos como plazas, calles y parques. Nos han encerrado en nuestros hogares y hemos dejado de ser *cíves* (ciudadanos). De hecho, o de Derecho, han sido suspendidos esos derechos civiles y políticos fundamentales para la democracia, como son los de reunión pública, manifestación y participación.

La prohibición de reunirse públicamente o circular públicamente en grupos de personas (incluso de más de 2 personas), también ha afectado el ejercicio de otros derechos humanos, como la libertad de cultos y la libertad religiosa. Los creyentes no pueden asistir a los lugares de culto, ni celebrar en presencia física las distintas ceremonias religiosas.

Durante el mes de abril de 2020, esto afectó particularmente a las comunidades judías para la celebración de la Pascua; y a las comunidades cristianas para la celebración de la Semana Santa. Ceremonias religiosas, procesiones, misas y otras actividades públicas de culto o incluso familiares, tuvieron que ser suspendidas para evitar el peligro de la transmisión del *COVID-19*.

Aún no sabemos todos los efectos que la suspensión de los derechos de reunión pública, manifestación y participación política en el ámbito ciudadano, van a tener para la democracia. Afortunadamente, el mundo contemporáneo ofrece otros medios alternativos de expresión y de manifestación, además de la televisión, la radio y la prensa escrita, como son los del mundo digital (virtual o del internet), que ofrecen herramientas como Facebook, Instagram, Twitter, Whatsaap, Facetime, Zoom, GoToMeeting y tantos otros.

Sin embargo, existen buenas prácticas que pueden ser citadas como ejemplos de interpretación constitucional razonable y limitada, de las restricciones impuestas por las autoridades durante la pandemia y, que evidencian la importancia del funcionamiento de los tribunales durante esta emergencia sanitaria. En Alemania, el Tribunal Constitucional (TC) falló en contra de una decisión del tribunal administrativo de Giessen y la Corte de Hesse, que validaron la prohibición de la convocatoria de una serie de protestas sobre la restricción de derechos, durante el mes de abril de 2020. En su sentencia, el TC señaló que esos tribunales *“asumieron erróneamente que la ordenanza del estado de Hesse para combatir el coronavirus contiene una prohibición general de concentración de más de dos personas, que no pertenezcan al mismo hogar”*, ya que una prohibición general y absoluta del derecho de reunión, *“viola el derecho de reunión”* protegido por la Constitución alemana. Por lo cual, el TC si bien no autorizó directamente las manifestaciones públicas bajo la pandemia, instó a las autoridades y a los tribunales inferiores, a analizarlas motivadamente caso por caso⁴.

⁴ El caso se originó en el anuncio de un grupo de personas, de la convocatoria a una protesta bajo el lema “Fortalecer la salud en lugar de debilitar los derechos fundamentales. Protección contra los virus, no contra las personas”, en la que participarían unas treinta personas que se habían organizado para mantener la distancia de seguridad exigida por la ordenanza del coronavirus (con marcas en el suelo que indicarían la posición de los participantes).

No obstante, a pesar de algunas excepciones, la regla ha sido la ausencia de reuniones públicas y manifestaciones ciudadanas en las ciudades del mundo durante la pandemia, debido a las restricciones impuestas. Es indudable que hay importantes diferencias entre la presencia física y la presencia virtual en la participación, la movilización, el agrupamiento, la expresión y la reacción. Las reuniones y las manifestaciones ciudadanas únicamente a través de los medios digitales, no tienen hasta ahora, la misma dinámica social e incidencia política que las realizadas presencialmente en espacios públicos. Lo ideal sería poder contar con ambos tipos de presencias, tanto la física como la digital, pero el hecho es que la pandemia y el distanciamiento social nos ha reducido a la segunda.

Puede ser que estas nuevas experiencias a raíz de la pandemia del *COVID-19*, nos muevan hacia el desarrollo de una democracia de participación digital mucho más robusta, donde los ciudadanos puedan participar efectivamente en consultas y decisiones públicas; y que los gobernantes actúen responsivamente en consecuencia. Pero, por ahora, es indudable que esa reducción y hasta suspensión temporal de los espacios de participación ciudadana con presencia física, ha causado un vacío en la dinámica de nuestras democracias, de lo cual debemos reponernos prontamente.

LA SUSPENSIÓN Y POSPOSICIÓN DE ELECCIONES

La pandemia causada por el *COVID-19*, sumada a las normas sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, ha afectado uno de los elementos esenciales de las democracias, como es la celebración de elecciones y consultas populares. Ciertamente no se trata de una suspensión indefinida de estas elecciones, pero en muchos

“TC Federal alemán defiende derecho de manifestación, también en tiempos de pandemia”, 20 de abril de 2020, Diario Constitucional.cl, disponible en: https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2020/04/20/tc-federal-aleman-defiende-derecho-de-manifestacion-tambien-en-tiempos-de-pandemia/?fbclid=IwAR3gGW0ft4XOUmzA4mj9U_jXkUTurCUSGU3_9CbYL6-T5Lnz9HEWii099U&utm_source=General+2&utm_campaign=75e49702af-EMAIL_CAMPAIGN_2020_04_22_10_52&utm_medium=email&utm_term=0_b01d5feada-75e49702af-127874481

casos han sido diferidas y en los casos en que se han realizado, se han hecho con algunos métodos distintos o complementarios a la presencia física del elector.

En casos extremos cabe la pregunta, de si ¿una autoridad electa deviene en ilegítima por el hecho de no haberse podido celebrar elecciones y haberse vencido el periodo de su mandato? Si las elecciones no se realizaron por motivos fútiles, de cálculo político y sin una justificación insuperable, estamos ante una medida arbitraria, contraria a la democracia, a la constitución, a las leyes y a las obligaciones internacionales del Estado, que ilegítima a esa autoridad. Pero si por causas objetivas extremas y debidamente justificadas, equivalentes a la fuerza mayor en Derecho, se hace imposible celebrar las elecciones en la oportunidad en que estaban originalmente previstas, estas deben celebrarse en la mayor brevedad en que sea posible hacerlas debidamente y con todas las garantías esenciales. En este último caso, no podría causarse un vacío por ausencia de la autoridad, por lo que la autoridad podrá permanecer sólo temporal e interinamente en el ejercicio de las funciones públicas (idealmente con la aprobación parlamentaria o de la jurisdicción constitucional), para ser sustituida por la persona que resulte electa en las elecciones que deban celebrarse a la mayor brevedad posible. Se trata de una especie contradictoria pero real de inconstitucionalidad constitucional, que ciertamente no es ni ideal ni deseable.

Conforme al informe de IDEA sobre el *Panorama global del impacto del COVID-19 en las elecciones: entre el 1 de marzo hasta el 13 de abril 2020*⁵, al menos cincuenta (50) países y territorios en todo el mundo habían decidido debido al *COVID-19*, **posponer las elecciones** nacionales y sub-nacionales. Y a pesar de las limitaciones y preocupaciones relacionadas con *COVID-19*, al menos dieciocho (18) países y territorios, habían decidido celebrar elecciones nacionales o sub-nacionales conforme a lo planeado originalmente. Conforme a dicho informe, entre los ejemplos de elecciones y referéndums que tuvieron lugar en abril de 2020 se incluyen: las elecciones municipales de segunda

⁵ **Panorama global del impacto del COVID-19 en las elecciones**, IDEA, published: 23/03/2020, IDEA, disponible en: <https://www.idea.int/es/news-media/multimedia-reports/panorama-global-del-impacto-del-covid-19-en-las-elecciones>

vuelta en Ginebra, Suiza (4 de abril de 2020), pero **sólo por votación postal**; las elecciones primarias demócratas en el estado de Wisconsin, Estados Unidos de América (7 de abril de 2020), que luego de una batalla judicial que llegó a la Corte Suprema de Justicia en medio de la pandemia⁶, **incluyeron el voto postal** (absentee ballot) hasta ese mismo día; las elecciones parlamentarias en Kiribati (14 de abril de 2020); las elecciones parlamentarias en Corea del Sur (15 de abril de 2020); las elecciones parlamentarias, segunda vuelta de votación en Mali (19 de abril de 2020). Para muchas de las elecciones anteriores, se introdujeron medidas especiales de salud y seguridad, -a excepción de Kiribati, donde a pesar de las advertencias de seguridad, la votación se llevó a cabo normalmente dado que no había casos *COVID-19* reportados en ese país.

Ciertamente la suspensión de las elecciones plantea un dilema y unos retos para la preservación y fortalecimiento de la democracia. No obstante, su celebración en medio de la pandemia, como si nada estuviera pasando, representa un riesgo real para la salud -y hasta la vida- de los ciudadanos que concurrirían a votar. Además, este riesgo para la salud de los electores concurrentes, sería una razón para que muchos electores se abstuvieran de concurrir. De allí que, su convocatoria sin medidas correctivas efectivas o alternativas, sería un acto irresponsable para los electores y un atentado para la democracia misma. Por ello, la posposición de unas elecciones para que estén dadas las condiciones necesarias para su celebración efectiva, segura y participativa, puede ser en algunos casos, la mejor respuesta. Pero ello también obliga a convocar a las elecciones programadas, aún bajo la pandemia, siempre y cuando los mecanismos alternativos escogidos y las medidas de seguridad y salud impuestas, garanticen la integridad del voto y la libre concurrencia de los electores.

Esa realidad de postposición de elecciones en virtud de pandemia causada por el *COVID-19*, sumada a las normas sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, obliga a replantear-

⁶ Supreme Court of the United States : *Republican National Committee, et al. V. Democratic National Committee, et al*, April 6, 2020, disponible en : https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1016_o759.pdf

nos el mecanismo principal -y en muchos casos el único- de votación con la presencia física del elector en un día, en el centro de votación. Esta votación tradicional, en los casos en que sea viable, debe llevarse a cabo bajo medidas especiales de salud y seguridad, que incluyan el distanciamiento social. Pero, además, para garantizar su debida implementación, podría pensarse en que el acto de votación no se realice en un solo día sino en varios días, de manera que se pueda organizar mejor la concurrencia y participación de los electores, por ejemplo, por grupos diferenciados. Ello supondría también, que el escrutinio fuese realizado al final, cuando haya cerrado el acto de votación.

Las alternativas al voto con la presencia física del elector en el centro de votación, como son el voto postal o el voto por mecanismos digitales, deben en todo caso, garantizar no solo su eficacia, sino que el voto sea secreto; y que las autoridades electorales sean confiables, independientes e imparciales.

De allí que la pandemia causada por el *COVID-19* haya supuesto a las democracias nuevos retos y alternativas para celebrar sus elecciones, para que en lugar de tener que simplemente posponerlas sin saber con certeza cuándo se podrán realizar, se planteen nuevos mecanismos de votación con las garantías necesarias y bajo los estándares internacionales.

EL FUNCIONAMIENTO DE LOS PARLAMENTOS Y CONGRESOS

La pandemia causada por el *COVID-19* ha afectado el funcionamiento normal de los órganos legislativos alrededor del mundo. Las medidas de aislamiento social para prevenir el contagio de este virus, -y las medidas de reclusión domiciliaria-, han dificultado, y en algunos casos impedido, el funcionamiento normal de los órganos legislativos.

Los órganos legislativos: congresos, parlamentos y asambleas, tanto nacionales como estatales (provinciales) y locales, son centrales para el ejercicio de la participación, la representación, la deliberación, la legislación, el control y la investigación parlamentaria. Los órganos legislativos son órganos constitucionales fundamentales para la existencia y garantía del Estado de Derecho y la democracia. En tiempos de

emergencia o estados de excepción, se requiere la actuación robusta de los órganos legislativos para controlar las actuaciones del poder ejecutivo; y para adoptar las leyes, autorizaciones y aprobaciones necesarias. Para su funcionamiento, los órganos legislativos tienen reglas tradicionales de quórum y votación con la presencia física de sus integrantes, que son inviables para su funcionamiento normal, como es requerido, en tiempos de pandemias.

Algunos congresos y parlamentos, habían adoptado con anterioridad, reglas para disminuir el quórum necesario para sesionar válidamente, a fin de facilitar su funcionamiento en tiempos excepcionales. Tal fue el caso de las reglas adoptadas por el Congreso de los Estados Unidos de América después de los ataques terroristas de 11 de abril de 2001⁷. Otros congresos y parlamentos en Europa habían adoptados reglas similares, incluso para la aprobación tácita de mociones y actos, en caso de que no se opongan algunos de sus integrantes y pidan una votación expresa. Otros, como la Asamblea Nacional de Venezuela, habían modificado su reglamento en el año 2020, para permitir la participación y el voto por vía telemática, de aquellos diputados que no pudieran estar presentes por causas extraordinarias debidamente justificadas (exilio, detención arbitraria, etc.)⁸.

Pero aun con las reglas parlamentarias sobre quórum y votación, flexibles o especiales, el funcionamiento de muchos órganos legislativos se ha visto afectado durante la pandemia causada por el *COVID-19*. Frente a este déficit de funcionamiento parlamentario, algunos órganos legislativos han comenzado a plantearse y otros incluso han puesto en práctica, nuevos mecanismos de funcionamiento parcialmente no presenciales o de no presencia física en su sede. Así, por ejemplo,

⁷ “Less than 1/4 of the 115th Congress was present for the AUMF”, July 15, 2017, Quorum, disponible en: <https://www.quorum.us/data-driven-insights/congress-present-for-AUMF/95//>

⁸ “Diputados en el exterior podrán votar de manera electrónica”, 5 de enero de 2020, El Nacional, disponible en: <https://www.elnacional.com/venezuela/diputados-en-el-exterior-podran-votar-de-manera-electronica//> y “La Asamblea Nacional (parlamento unicameral), de mayoría opositora, aprobó la modificación de su reglamento de Interior y de Debates, que permitirá el voto de forma virtual de los diputados que se encuentran en el exilio”, 17-12-2019, Sputniknews, disponible en: <https://mundo.sputniknews.com/america-latina/201912171089672702-parlamento-venezolano-aprueba-reglamento-que-permite-voto-virtual-de-diputados-en-exterior//>

el Parlamento Británico ha aprobado y ya ha incluso realizado sus primeras sesiones por vía telemática, con programas como Zoom⁹. En la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos de América, el partido demócrata ha planteado la adopción de la votación de los miembros no presentes mediante poder (proxy)¹⁰.

A nivel provincial en Argentina, la Cámara Alta de la provincia de Santa Fe, modificó su reglamento, invocando el principio constitucional de “razonabilidad”, para poder realizar sesiones de manera remota y así poder continuar con su actividad legislativa durante la pandemia¹¹. Un caso curioso y debatido se presentó en la misma Argentina a nivel nacional, donde el Senado presentó el 14 de abril de 2020 una acción judicial ante la Corte Suprema de Justicia solicitándole, que el *“marco excepcionalísimo del actual estado de emergencia desencadenado por la pandemia”, “despeje el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos”*¹². En este último caso, el debate se centró, por un lado, en justificar la acción judicial para asegurar la certeza y la seguridad jurídica de la actuación

⁹ “House of Commons agrees to allow Zoom app in Parliament, British MPs will still have to dress smartly” by Matthew Hughes 21 Apr 2020, The Register, disponible en: https://www.theregister.co.uk/2020/04/21/uk_commons_agrees_to_allow_zoom/ y “U.K.’s Zoom Parliament launches with a few glitches but shows virtual democracy may work for a while”, by William Booth, April 22, 2020, The Washington Post, disponible en: https://www.washingtonpost.com/world/europe/uk-zoom-parliament/2020/04/22/d3a38682-8496-11ea-81a3-9690c9881111_story.html/

¹⁰ “House pushes toward historic change in voting procedures as pandemic sidelines Congress” by Paul Kane, April 21, 2020, The Washington Post, disponible en: https://www.washingtonpost.com/politics/house-pushes-toward-historic-change-in-voting-procedures-as-pandemic-sidelines-congress/2020/04/21/d2a0cab8-83ea-11ea-ae26-989cfce1c7c7_story.html/ “House Democrats Back Changing Rules to Allow Remote Voting During Pandemic” by Sheryl Gay Stolberg, April 16, 2020, The New York Times, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/04/16/us/politics/house-coronavirus-remote-voting.html/> y “House Democrats push proxy voting over Republican pushback” by Sarah Ferris, Melanie Zanona and Heather Caygle, 04/21/2020, Politico, disponible en: <https://www.politico.com/news/2020/04/21/democrats-push-proxy-voting-198912/>

¹¹ “Telesesiones: una iniciativa positiva del Senado santafesino” por Francisco Javier Fune, 16/04/20, LaPolíticaOnline, disponible en: <https://www.lapoliticaonline.com/nota/telesesiones-una-iniciativa-positiva-del-senado-santafesino/>

¹² “Cristina Kirchner presiona a la Corte Suprema para que el Senado pueda sesionar por videoconferencia”, 22 de abril de 2020, Infobae, disponible en: <https://www.infobae.com/politica/2020/04/22/cristina-kirchner-presiona-a-la-corte-suprema-para-que-el-senado-pueda-sesionar-por-videoconferencia/>

parlamentaria; y, por otro lado, en cuestionar la acción judicial presentada, por ser inadmisibile al tratarse de una consulta y no una controversia, y por ser contraria a la independencia del órgano legislativo para decidir la forma de sesionar.

En todo caso, debemos subrayar, que en tiempos de emergencias y de medidas extraordinarias por las pandemias, es cuando más se necesita el funcionamiento robusto de los órganos legislativos, para ejercer activamente sus funciones esenciales de legislar y controlar los posibles excesos del poder ejecutivo. De lo contrario, si las legislaturas se ponen en cuarentena, entonces la Constitución, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos entran en cuarentena.

En fin, la pandemia causada por el *COVID-19* ha afectado el funcionamiento normal de los órganos legislativos, lo cual ha planteado el reto de repensar sus mecanismos tradicionales de funcionamiento parlamentario, para introducir métodos complementarios y alternativos, a fin de que sea posible la continuidad de dichos órganos esenciales para la democracia y el Estado de Derecho, especialmente durante los estados de excepción.

EL FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

La pandemia causada por el *COVID-19*, sumada a las normas sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, ha afectado también el funcionamiento de la administración de justicia, y concretamente a los tribunales de justicia. Debido a las restricciones excepcionales impuestas, las personas en general y los propios abogados en muchos asuntos, no han podido concurrir libremente a los tribunales para presentar sus demandas, escritos y demás diligencias. Además, los propios tribunales se han autoimpuesto restricciones a su funcionamiento normal; e incluso algunos han prácticamente suspendido sus actividades.

En el mundo del Derecho, ello plantea una serie de consecuencias jurídicas como el vencimiento de plazos procesales, la prescripción o caducidad de acciones judiciales, los daños causados por el tiempo transcurrido (como los intereses), las dificultades de acceso a pruebas, etc. Además, la pandemia causada por el *COVID-19* y las medidas

extraordinarias adoptadas por los Estados, también plantea en el mundo del Derecho (caso por caso y conforme a sus circunstancias), el incumplimiento contractual y extracontractual por causas extrañas no imputables, como puede ser la fuerza mayor. De allí la importancia de que las normativas extraordinarias dictadas por los Estados, también resuelvan estas situaciones del mundo jurídico en aras de la certeza y la seguridad jurídica. Las normativas sobre la emergencia sanitaria dictadas por algunos Estados, han abordado algunos de estos problemas, suspendiendo los plazos procesales y de los procedimientos administrativos y tributarios, y ciertas actuaciones judiciales, excepto para casos de emergencia o en todo caso en beneficio de los derechos de las personas. Pero en muchos casos, la medicina no ha curado la enfermedad, y las medidas correctivas adoptadas, en la práctica no han resuelto el problema del acceso a una justicia y las decisiones en plazo razonable.

Cierto es que el riesgo de la transmisión del virus por el contacto entre los abogados, el personal de los tribunales y los propios jueces, han llevado a adoptar medidas de funcionamiento limitado a los tribunales de justicia, como la suspensión de plazos y procedimientos, horarios limitados, cierre de acceso del público a las sedes tribunalicias, suspensión de sentencias, etc.

Esta medida ha impactado incluso a los tribunales internacionales. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) seguramente en virtud de los obstáculos que presenta la pandemia para las víctimas y en beneficio de ellas ha decidido suspender los plazos procesales, excepto en los asuntos de inmediata gravedad y urgencia como son las medidas provisionales. En este sentido, la Corte IDH mediante el Acuerdo 1/20 de 17 de marzo de 2020, dispuso suspender el cómputo de todos los plazos: por la emergencia en la salud causada por el *COVID-19*, a partir del día 17 de marzo y hasta el día 21 de abril inclusive, con excepción de los plazos que se relacionen con *medidas provisionales*. Esta suspensión de plazos fue ampliada el 16 de abril de 2020, mediante el Acuerdo 2/20, hasta el día 20 de mayo inclusive¹³. Otros altos tribunales alrededor del mundo, han hecho también

¹³ Corte IDH. Acuerdos de Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/acuerdo_de_corte.cfm?acuerdo=5&lang=es//

sus esfuerzos por al menos despachar las decisiones y asuntos urgentes que se les han planteado o que tenían pendientes de decisión. La Corte Europea de Derechos Humanos, teniendo en cuenta las dificultades enfrentadas por las partes durante la crisis del *COVID-19*, ha extendido ciertos lapsos procesales; y para proteger a su personal del contagio y transmisión del coronavirus, ha acordado la reducción al mínimo de la presencia física de su personal en la sede. Así mismo, esta Corte ha advertido que ciertas tareas que no puedan ser ejecutadas remotamente y que no sean críticamente urgentes, tendrán que ser diferidas durante la temporada de confinamiento -ya que, de lo contrario, se necesitaría incrementar la presencia física¹⁴.

En general, la pandemia causada por el *COVID-19* ha afectado el funcionamiento de los tribunales alrededor del mundo. La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) realizó un breve estudio de las medidas especiales adoptadas en varios países en virtud de la pandemia del *COVID-19*, que afectan el funcionamiento de los tribunales en materias como el debido proceso y el derecho a un juicio justo. Conforme a dicho estudio, en muchos casos, los tribunales han suspendido, en general, sus actividades y procedimientos, excepto en aquellos asuntos que sean considerados como “*urgentes*”. Ello plantea a su vez, el problema definir cuáles asuntos y medidas son “*urgentes*” y cuáles no lo son, a fin de evitar interpretaciones arbitrarias¹⁵.

En Venezuela, donde el poder judicial carece de independencia e imparcialidad conforme a todos los informes de Naciones Unidas y de la OEA, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) desde 13 de marzo de 2020 dispuso, como principio, que ningún tribunal del país tenga actividad judicial (despache), por ahora hasta el 13 de mayo de 2020. El TSJ ha resuelto que durante el referido período permanecerán en suspenso todas las causas y no correrán los lapsos procesales, lo cual -según lo resuelto- no impediría que se practiquen las actuaciones urgentes para

¹⁴ European Court of Human Rights, “The functioning of the Court during the period of confinement”, press release issued by the Registrar of the Court, CHR 111 (2020) 15.04.2020, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6677746-8882977//>

¹⁵ “The Courts and COVID-19”, 6 April 2020, International Commission of Jurists, disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2020/04/Universal-ICJ-courts-covid-Advocacy-Analysis-brief-2020-ENG.pdf//>

el aseguramiento de los derechos de alguna de las partes. Los tribunales en materia penal, únicamente tendrán actividad para los asuntos urgentes. Y aunque en materia de amparo constitucional, los tribunales se considerarán habilitados y obligados a tramitar y decidir las causas, no se indica con precisión cuáles tribunales quedan encargados de ello. En el resto de los demás tribunales, los jueces rectores y tribunales nacionales, deberían adoptar medidas conducentes para garantizar el acceso a la justicia. Respecto al funcionamiento del TSJ, la resolución dispone que sólo las Salas Constitucional y Electoral del TSJ permanecerán de guardia durante el estado de contingencia, no así las demás salas de dicho Tribunal (Salas de Casación Civil, Casación Penal y Social)¹⁶. Hasta la fecha los tribunales del país siguen paralizados, sin que se conozca de medidas se hayan adoptado para que no sea suspendido el servicio público de administración de justicia¹⁷.

Es importante resaltar de nuevo, que en tiempos de emergencias y de medidas extraordinarias, es cuando más se necesita el funcionamiento de los tribunales, independientes e imparciales, para proteger los derechos de las personas y controlar los excesos del poder. La justicia no se puede poner en cuarentena, porque entonces la Constitución, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos también entran en cuarentena.

El reto consiste entonces, en adaptar el funcionamiento de los tribunales en tiempos extraordinarios de pandemia, para poder seguir cumpliendo con su función de resolver las controversias.

Pero los tribunales -junto con los poderes legislativos- han tenido hasta ahora, una tradición formalista y hasta litúrgica en sus métodos de trabajo. En general, poco han cambiado los métodos de trabajo que han tenido desde hace siglos. Precisamente ese reto es el que ha planteado la pandemia causada por el *COVID-19*.

¹⁶ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, Resolución N° 002-2020, mediante la cual se prorroga por 30 días el plazo establecido en la Resolución N° 001-2020, de fecha 13 de marzo de 2020, disponible en: www.tsj.gob.ve//

¹⁷ Para un análisis crítico de estas resoluciones del TSJ sobre la justicia en Venezuela, ver, “Deficiente respuesta del TSJ en Venezuela frente al Convid-19”, *Acceso a la Justicia* (El Observatorio Venezolano de la Justicia), disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/la-deficiente-respuesta-del-tsj-frente-a-la-covid-19//>

Los tribunales alrededor del mundo, afortunadamente comienzan a despertar para reinventarse. Comienzan a descubrir que también pueden funcionar por nuevos métodos y que es necesario replantearse lo antes posible su puesta en práctica. Algunos ejemplos nos muestran este desarrollo progresivo hacia nuevos métodos de trabajo en los tribunales, que les permitan seguir funcionando durante situaciones extraordinarias como esta pandemia.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América, ha anunciado que el edificio de su sede, no obstante que permanece cerrado al público en general, permanecerá abierto para los asuntos oficiales, aunque la mayoría de su personal estará bajo la modalidad de teletrabajo. La Corte continuó aprobando y publicando sus fallos durante la pandemia. Y aunque la Corte primero había anunciado que, debido al *COVID-19*, las audiencias de argumentos orales previstas para el mes de marzo, habían quedado pospuestas; posteriormente, el 13 de abril de 2020 anunció la realización en el mes de mayo, por vía de “*teleconferencia*”, de un número limitado de las audiencias diferidas. En este sentido, la Corte anunció que en seguimiento de las directrices sobre salud pública en respuesta al *COVID-19*, los jueces y los abogados participarán en esas audiencias por esa vía remota¹⁸. La Corte Suprema decidió curiosamente escoger la vía de la “*teleconferencia*” y no la de video teleconferencia, quizá debido a la vieja preocupación de sus jueces, por las posibles distorsiones o las presiones que pudieran causarse si las audiencias fuesen televisadas¹⁹.

Otro ejemplo, a nivel de estados, lo podemos ver en la Corte Suprema de Florida en USA, la cual, al igual que la Corte Suprema federal, al día siguiente anunció, que, en seguimiento de las normas sobre distanciamiento social por la pandemia, realizaría a partir del mes de

¹⁸ Supreme Court of the United States, Press Releases, April 13, 2020, disponible en: https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_04-13-20//

¹⁹ “Finding Real Life in Teaching Law Online”, by Jeannie Suk Gersen, April 23, 2020, The New Yorker, disponible en: <https://www.newyorker.com/culture/personal-history/finding-real-life-in-teaching-law-online//>

²⁰ Ver comentarios en “**Florida supreme court news, april 14**”, **Florida Supreme Court, disponible en:** <https://www.floridasupremecourt.org/News-Media/Case-Summaries-Schedule/May-2020-Summaries> ; y “Court to hold may oral arguments using remote teleconferencing “, The Florida Bar, en: <https://www.floridabar.org/the-florida-bar-news/court-to-hold-may-oral-arguments-using-remote-teleconferencing//>

mayo de 2020, las audiencias de argumentos orales diferidas, por vía de “*video teleconferencia*”²⁰. En el estado de Florida la mayoría de los tribunales estatales han estado funcionando a través de tecnología remota, el presidente de ese Alto Tribunal anunció el 21 de abril de 2020 una orden administrativa, por medio de la cual creó un grupo de trabajo, para recomendar el retorno progresivo al funcionamiento completo de los tribunales -a medida que el curso de la pandemia del *COVID-19* vaya cambiando en los próximos meses. La orden del presidente de la Corte Suprema de Justicia de Florida, identifica cuatro etapas de operación de los tribunales durante la pandemia: (i) la etapa cuando el contacto personal es excepcional; (ii) la etapa cuando el contacto personal puede ser autorizado con ciertas precauciones; (iii) la etapa cuando el contacto personal puede ser autorizado más ampliamente y las precauciones pueden ser relajadas; y (iv) la etapa cuando el Coronavirus no represente más un riesgo significativo²¹.

Esos son algunos ejemplos, de cómo los tribunales del mundo fueron impactados por la pandemia del *COVID-19* y de cómo su funcionamiento normal, como venía haciéndose, no fue posible por los métodos tradicionales de trabajo, es decir, de manera presencial física en la sede de los tribunales. Pero debido al rol fundamental de los tribunales en un Estado de Derecho, especialmente en momentos críticos como las situaciones de emergencia como las pandemias, los tribunales deben reinventarse, para permitir, que, con respeto a las medidas de distanciamiento social y aislamiento, puedan seguir cumpliendo sus funciones de manera continuada e ininterrumpida.

LOS ESTADOS DE EMERGENCIA O EXCEPCIÓN DE FACTO

Aún las democracias constitucionales más consolidadas del mundo que han dictado medidas extraordinarias para enfrentar la pandemia causada por el *COVID-19*, deben supervisar y controlar que las autoridades encargadas de su ejecución no incurran en excesos; y en su caso, se adopten los correctivos necesarios.

²¹ “Florida’s Chief Justice creates Court Continuity Workgroup for COVID pandemic”, Florida Supreme Court, disponible en: <https://www.floridasupremecourt.org/News-Media/Court-News/Florida-s-Chief-Justice-creates-Court-Continuity-Workgroup-for-COVID-pandemic//>

Pero no hay que perder de vista las medidas adoptadas por varios regímenes autoritarios, cuyos estados de excepción formal o informalmente dictados, violan abiertamente los principios del constitucionalismo democrático y los estándares internacionales, convirtiéndolos en verdaderos estados de excepción *de facto*. Se trata en estos casos, de estados de emergencia o excepción fuera de las constituciones y del Derecho internacional.

Esta situación se ha puesto en evidencia especialmente en regímenes autoritarios, donde para enfrentar la situación excepcional creada en virtud de la pandemia causada por el *COVID-19*, los gobernantes han dictado medidas contrarias al Estado de Derecho y a la democracia. Tal ha sido, entre otros, el caso del primer ministro de Hungría, Viktor Orbán, quien ha aprovechado la pandemia para dictar medidas adoptadas destinadas a restringir el funcionamiento del parlamento y continuar su ataque contra la independencia del poder judicial²². Así como el presidente de Filipinas, Rodrigo Duterte, quien también ha dictado medidas abiertas, que pretenden darle cobertura a las ejecuciones arbitrarias continuadas en el país²³.

En otros casos, como Nicolás Maduro en Venezuela, el decreto de estado de excepción (estado de alarma) para enfrentar la pandemia causada por el *COVID-19*, contiene una serie de violaciones constitucionales y convencionales, como la ausencia de las regulaciones que reglamentan los derechos no enunciados pero que quedan restringidos, la auto-habilitación presidencial de facultades legislativas, la delegación de facultades regulatorias a sus ministros, y el incumplimiento del deber de remitir el decreto a la Asamblea Nacional para su consideración (aprobación o improbación). Además, aun antes de la publicación

²² “COVID-19: Can the EU avoid an epidemic of authoritarianism?”, Center for European Reform, disponible en: <https://www.cer.eu/insights/covid-19-can-eu-avoid-epidemic-authoritarianism/> “Hungary’s Enabling Act: Prime Minister Orbán Makes the Most of the Pandemic” by Renata Uitz, April 6, 2020, CONSTITUTIONNET, disponible en: <http://constitutionnet.org/news/hungarys-enabling-act-prime-minister-orban-makes-most-pandemic/> y “13 countries ‘deeply concerned’ over rule of law” by Lili Bayer, 4/1/20, Politico EU, disponible en: <https://www.politico.eu/article/viktor-orban-hungary-13-countries-deeply-concerned-over-rule-of-law/>

²³ “Philippines: President Duterte gives “shoot to kill” order amid pandemic response”, 2 April 2020, Amnesty International, disponible en: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/04/philippines-president-duterte-shoot-to-kill-order-pandemic/>

de ese decreto en la gaceta oficial, se adoptaron algunas de las medidas restrictivas de la circulación de personas y de vuelos internacionales²⁴. El gobierno autoritario de Maduro ha adoptado una serie de medidas arbitrarias durante el estado de excepción, como la detención de varios periodistas y de médicos, por dar informaciones u opiniones con relación a la pandemia en Venezuela. Todas estas son claras violaciones a derechos como la libertad personal y la libertad de expresión, que, conforme al Derecho interno venezolano, no sólo no pueden ser restringidos durante los estados de excepción, sino que, en todo caso, no son medidas jurídicamente ni necesarias, ni conducentes, ni razonables ni proporcionales. Conforme a la información de la organización no gubernamental “*Foro Penal Venezolano*”, desde el 13 de marzo de 2020, cuando fue decretado el estado de alarma, hasta el 7 de abril, un total de 33 personas habían sido detenidas arbitrariamente²⁵. Muchas de estas detenciones han sido llevadas a cabo en contra de políticos de oposición, líderes sociales y simplemente ciudadanos en sectores populares que estaban realizando protestas contra la suspensión de servicios públicos de agua o electricidad, o ante la restricción del suministro de gasolina.

De allí el peligro que representa estos estados de excepción o de emergencia *de facto* para los derechos humanos, debido a su instrumentalización por los regímenes autoritarios, pretendiendo pasar medidas abiertamente arbitrarias bajo la cobertura la pandemia causada por el *COVID-19*. Por ello, varios órganos internacionales de derechos humanos han hecho varias alertas al respecto, han comenzado a trabajar en estándares de derechos humanos especializados, y han creado grupos especiales de monitoreo, como lo han hecho la Alta Comisionada de

²⁴ Ver, “Pronunciamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el estado de alarma decretado ante la pandemia del Coronavirus (COVID-19)”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Caracas, 18 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/PRONUNCIAMIENTO-SOBRE-EL-ESTADO-DE-ALARMA-epidemia-coronavirus.pdf>// y “El Decreto de Estado de Alarma en Venezuela con ocasión de la pandemia del Coronavirus: inconstitucional, mal concebido, mal redactado, fraudulento y bien inefectivo” por Allan R. Brewer-Carías, disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/04/Brewer.-El-estado-de-alarma-con-ocasion-de-la-pandemia-del-Coronavirus.-14-4-2020-1.pdf>//

²⁵ “Reporte sobre la Represión en Venezuela. Marzo 2020”, Foro Penal Venezolano, disponible en: <https://foropenal.com/reporte-sobre-la-represion-en-venezuela-marzo-2020/>

la, Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y órganos del Consejo de Europa²⁶.

DESIGUALDADES EN EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD

Las medidas extraordinarias de salud pública que han tenido que ser puestas en práctica en algunos países para enfrentar la pandemia causada por el *COVID-19* y en concreto, para tratar a las personas infectadas, han puesto en evidencia las desigualdades y en algunos casos incluso discriminaciones.

Esta situación ha afectado en particular el acceso en condiciones de igualdad a los servicios de salud de las poblaciones más vulnerables como son, entre otros, los pobres, los ancianos, las poblaciones indígenas y los habitantes rurales.

En los Estados Unidos de América, por ejemplo, se han documentado casos de zonas de ciudades con poblaciones predominantemente afrodescendiente o latinoamericana, donde se ha sufrido de manera desproporcionada los estragos de la pandemia, a nivel de acceso a los servicios de salud adecuados e inclusive de las muertes ocurridas²⁷.

²⁶ **CIDH**: entre otros, “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”. Resolución 1/2020, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf> y Comunicado “76/20 - La CIDH llama a los Estados de la OEA a asegurar que las medidas de excepción adoptadas para hacer frente a la pandemia COVID-19 sean compatibles con sus obligaciones internacionales.”, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/076.asp>. **Corte IDH**: Comunicado sobre “Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/209, de abril de 2020, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf. **Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**: “El Covid-19 y los derechos humanos”, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/COVID-19.aspx> y “Directrices relativas a la Covid-19”, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/COVID19Guidance.aspx>. **Consejo de Europa**: “Covid-19 Response”, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/education/covid-19> y “The impact of the Covid-19 pandemic on human rights and the rule of law”, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/covid19>.

²⁷ “How to Save Black and Hispanic Lives in a Pandemic: Minorities are dying of Covid-19 at alarming rates. Here’s what to do about it right now” by The Editorial Board, April 11, 2020, The New York Times, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/04/11/opinion/coronavirus-poor-black-latino.html>.

En Europa, en países como Italia y España, el colapso de los servicios de salud en sus unidades de cuidados intensivos y en concreto, el colapso en el acceso a los aparatos de respiración artificial (respiradores), dio lugar a que se aplicaran unos “*protocolos médicos*”, que en caso de conflicto de acceso se descartaran a personas mayores de la tercera edad, en beneficio del acceso de personas más jóvenes. De esta manera, en muchas ocasiones fallecieron personas mayores por falta de acceso a los equipos médicos requeridos²⁸.

Si en el Estado de Derecho y la democracia es necesario que las restricciones a los derechos se lleven a cabo a través de un debate abierto, por medio de leyes emanadas de los poderes legislativos y sometidas al control judicial constitucional, entonces ¿Esos protocolos deberían serlo? o ¿al menos en lo esencial?, ¿Esas no son las exigencias de una sociedad democrática?

Se trata de la vida de seres humanos, por lo que todas esas situaciones extremas que se presentaron y que aún se presentan mientras escribo estas notas, nos obliga a hacernos las siguientes preguntas: ¿quiénes eran o son los responsables del equipamiento deficiente de los centros de salud en los países?; ¿en algún momento se ha podido prevenir el agravamiento de la situación, antes de llegar a su estado crítico?; ¿se hicieron diligentemente los mejores esfuerzos para equiparlos? y ¿en qué consistieron?; ¿quiénes aprobaron esos protocolos médicos para decidir el acceso a los respiradores artificiales y unidades de cuidados intensivos?; ¿quiénes tomaron esas decisiones? y ¿quiénes fueron consultados?; ¿existe un expediente motivado de las decisiones adoptadas?

En la democracia, el acceso a la información pública sobre esas situaciones, las respuestas a esas preguntas y el debate abierto sobre esas respuestas, son claves para que la sociedad esté debidamente informada y para establecer las eventuales responsabilidades, si hay lugar a ellas, y en su caso, para la reparación a las víctimas y a sus familiares por el

²⁸ “Dip in Italy’s Cases Does Not Come Fast Enough for Swamped Hospitals” by Jason Horowitz and David D. Kirkpatrick, March 23, 2020, The New York Times, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/03/23/world/europe/italy-coronavirus-hospitals.html/> y “Coronavirus en Italia: Como en una guerra, tenemos que decidir a quién salvar, admite un médico” por Julio Algañáraz, Clarín, disponible en: https://www.clarin.com/mundo/coronavirus-italia-guerra-decidir-salvar-admite-medico_0_wW2k1tdN.html/

funcionamiento indebido de los servicios de salud, y además, para algo muy importante: la adopción de las medidas correctivas y preventivas necesarias. Pero todo ello es necesario llevarlo a cabo, a través de los mecanismos democráticos y del Estado de Derecho.

LA NECESIDAD DE TRATOS DIFERENCIADOS

Otro tema es la necesidad de que las medidas que adopten los Estados para prevenir el contagio del *COVID-19*, como el encerramiento domiciliario, la cuarentena obligatoria y el distanciamiento social, tengan en cuenta la necesidad de un trato diferenciado por grupos sociales. En este sentido se han pronunciado varios de los órganos internacionales mencionados y algunas organizaciones no gubernamentales de derechos humanos²⁹.

Así, por ejemplo, en los casos de *violencia de género*, las medidas de encerramiento domiciliario y cuarentena obligatoria no tomaron en cuenta, al menos inicialmente, la necesidad de que las víctimas (mujeres) no tuvieran que estar bajo el mismo techo de sus agresores (hombres), ya que ello las pone en un riesgo inminente en su integridad personal (física y mental) e incluso en casos extremos, sus propias vidas. Desgraciadamente varias fatalidades tuvieron que conocerse públicamente, antes de que las autoridades comenzaran a adoptar las medidas preventivas necesarias.

En los casos de *poblaciones pobres*, cuya economía diaria de subsistencia se basa en su trabajo en la calle o en el mercado popular del barrio, es imposible exigirles distanciamiento social, y menos aún, el encerramiento domiciliario o una cuarentena obligada, sin el apoyo efectivo del Estado, ya que, de lo contrario, no se procuran los mínimos vitales de comida diaria para subsistir. Y, aun así, muchas de las “*vi-viendas*” populares no son tales, sino lugares básicos para pernoctar el grupo familiar, pero imposibles para estar encerrados durante períodos prolongados.

En el mismo sentido, las *poblaciones indígenas*, muchas de ellas aisladas de centros de salud y con unos patrones culturales ancestrales

²⁹ Ver, cita No. 26 *supra*.

diferentes a la población urbana o criolla, requieren de un tratamiento diferenciado y apropiado para prevenir y enfrentar el *COVID-19*.

Incluso en los centros urbanos, hay un grupo de debería ser tratado de manera diferenciada: los *niños y niñas*. Resulta insólito que en muchas ciudades se permita a los dueños de mascotas salir a pasear con ellas; y no se haya pensado en un régimen especial para que los menores puedan salir con adultos a la calle o a pasear a los parques, por turnos y con las medidas adecuadas de distanciamiento social. Casi dos meses después de encerramiento domiciliario y de cuarentena de la población menor de edad, en algunos países, como en España, comenzaron a establecerse normas especiales para permitir la salida recreacional de menores, acompañados por adultos³⁰.

Un grupo de personas que ha requerido también atención especial durante la pandemia, han sido las *personas privadas de libertad*, ya sea porque se encuentran encarceladas por condena, en prisión preventiva o se hallan recluidas en centros para migrantes, centros obligatorios de rehabilitación de drogas u otros lugares de detención. Esa población, en muchos casos bajo situación de hacinamiento, corren un riesgo mayor de contraer una infección en caso de un brote epidémico, por lo que son una población vulnerable a la transmisión y el contagio del *COVID-19*. Ello ha llevado a la necesidad de que los Estados busquen medios razonables y responsables para descongestionar las cárceles y demás centros de detención durante la pandemia, mediante diversos procedimientos especiales. En este sentido, Naciones Unidas ha recomendado a los Estados la adopción de medidas especiales para velar por el acceso a la información y la igualdad en la prevención y otros aspectos del cuidado sanitario de todas las personas privadas de libertad; así como, examinar de manera urgente las opciones responsables para ponerlas en libertad y las alternativas a la detención, a fin de atenuar el riesgo de que puedan enfermar en los centros de reclusión³¹. Y especialmente, con relación a

³⁰ “Los niños podrán salir una hora al día, a un kilómetro y llevar patinete o bicicleta” por Beatriz Lucas, 23 de abril 2020, El País, disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-04-23/los-ninos-podran-pasear-a-un-kilometro-de-su-casa-con-un-adulto-con-tres-ninos-y-podran-llevar-su-patinete.html//>

³¹ “Directriz provisional sobre COVID-19: Enfoque en personas privadas de libertad” OACNUDH y OMS, Marzo 2020, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19/COVID-19-FocusonPersonsDeprivedofTheirLiberty_SP.pdf//

los niños privados de libertad, Naciones Unidas ha recomendado que se decrete una moratoria sobre su encarcelamiento y ha llamado a los Estados a poner en libertad a todos los reclusos menores de edad, cuando sea posible hacerlo con garantías de seguridad³².

Todo lo anterior nos muestra, cómo las normas extraordinarias uniformes sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social dictadas por los gobiernos para enfrentar los riesgos de la pandemia causada por el *COVID-19*, requerían y requieren de un trato justo y diferenciado de determinados grupos sociales, especialmente de los grupos más vulnerables, para hacerlas compatibles con los principios constitucionales de una sociedad democrática y el respeto a los derechos humanos.

LOS LÍMITES Y CONTROLES INTERNACIONALES

Las medidas excepcionales o extraordinarias que han adoptado los Estados en virtud de la pandemia causada por el *COVID-19*, están también sometidas a regulaciones y controles internacionales. El Derecho internacional de los derechos humanos contiene disposiciones fundamentales para esa regulación y ese control de los estados de excepción o de emergencia (sanitaria).

Así, a nivel de las Naciones Unidas, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Pacto Internacional), dispone en su artículo 4, que en situaciones excepcionales (que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente), el Estado parte podrá adoptar disposiciones que: *“en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”* No obstante, el Pacto Internacional no autoriza suspensión alguna de los derechos humanos y las correspondientes obligaciones

³² “Nota técnica: COVID-19 y los niños privados de libertad”, UNICEF, disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/ChildrenDeprivedofLibertyandCOVID.pdf/>

internacionales de los Estados relativas a los artículos: 6 (derecho a la vida); 7 (Prohibición de Tortura); 8, párrafos 1 y 2 (Prohibición de Esclavitud y Servidumbre), 11 (Prohibición de Cárcel Contractual), 15 (Principio de Legalidad e Irretroactividad Penal), 16 (Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); y 18 (Libertad de Pensamiento, de Conciencia y de Religión). Finalmente, el Pacto Internacional dispone un mecanismo complementario de control, a través de la notificación internacional: el Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes del Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Y cuando se haya dado por terminada tal suspensión, el Estado deberá en la fecha, hacer una nueva comunicación por el mismo conducto.

A nivel interamericano, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Convención Americana), establece en su artículo 27 (Suspensión de Garantías) que en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá *“adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”*. No obstante, la Convención Americana no autoriza la suspensión de los derechos humanos ni de las correspondientes obligaciones internacionales de los Estados, relativas a los artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Irretroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos); ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Finalmente, la Convención Americana dispone un mecanismo complementario de control, a través de la notificación internacional: el Estado

parte que haga uso del derecho de suspensión, deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión; y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Por su parte, el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (Convenio Europeo) establece en su artículo 15 (**Derogación en caso de estado de urgencia**), que en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Estado parte podrá tomar “*medidas que deroguen (suspendan) las obligaciones previstas en el Convenio en la medida estricta en lo que exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional*”. No obstante, el Convenio Europeo no autoriza la suspensión de los derechos humanos ni las correspondientes obligaciones internacionales de los Estados relativas a los artículos: 2 (Derecho a la vida, salvo para el caso de muertes resultantes de actos ilícitos de guerra); 3 (Prohibición de Tortura); 4, párrafo 1 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); y 7 (Principio de Legalidad y de Irretroactividad). Finalmente, el Convenio Europeo dispone un mecanismo complementario de control, a través de la notificación internacional: el Estado parte que ejerza este derecho de derogación (suspensión), tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado; así como de la fecha en que estas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.

La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, a diferencia de los otros instrumentos internacionales universal y regionales, no contiene una cláusula expresa sobre la suspensión de las obligaciones convencionales de los Estados partes, en caso de situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación. No obstante, esos Estados africanos igualmente deben ajustar y justificar dichos actos excepcionales bajo el Derecho internacional, especialmente, a los tratados sobre derechos humanos que hayan ratificado en el sistema de las Naciones Unidas, como es el Pacto Internacional.

Esto último se aplica igualmente, a los demás Estados del mundo que, aunque no sean parte de los instrumentos internacionales regionales que contienen una cláusula de suspensión, sí son parte de los tratados sobre derechos humanos que han ratificado en el sistema de las Naciones Unidas, como es el Pacto Internacional.

El “*control internacional*” está supuesto a activarse tanto en el marco de las Naciones Unidas, como de OEA y del Consejo de Europa, con ocasión de la notificación que deben hacer los Estados partes de los tratados, de cualquier medida extraordinaria de suspensión temporal de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos. Ello supone que los órganos de tratados deben en consecuencia, realizar un seguimiento y hacer las advertencias y recomendaciones necesarias. Así, por ejemplo, en el marco interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), lo utiliza como uno de los criterios objetivos de su Reglamento para hacer un informe país en el conocido “*Capítulo IV*” de su informe anual; además de poder activar su mandato para emitir medidas cautelares y comunicados de prensa.

Sin embargo, el reto actual para el control internacional de los estados de emergencia o excepción dictados para enfrentar la pandemia causada por el *COVID-19*, es que, en primer lugar, no todos los casos, como dijimos antes, se les da un tratamiento de restricción o suspensión formal de derechos y garantías, aunque en la realidad sí lo sean. Ello quiere decir, que no todos los casos esas restricciones serán formalmente informadas a los órganos internacionales y tratadas como tales.

En segundo lugar, estamos ante un estado de excepción o de emergencia “*global*”; es decir, que casi todos los Estados partes de esos tratados han tenido que adoptar estas medidas extraordinarias, por lo que no se trata de una situación aislada sino general. Ciertamente esta es una situación única que desde la entrada en vigor de los tratados sobre derechos humanos y la creación de los órganos internacionales de protección, nunca antes se había presentado.

Sin embargo, el reto planteado ha comenzado a ser respondido por varios órganos internacionales de derechos humanos, los cuales han venido realizando una serie de estudios, informes, pronunciamientos y comunicados sobre los estándares internacionales aplicables para enfrentar la pandemia causada por el *COVID-19*, y han creado unidades

especiales y grupos de trabajo para responder oportunamente a esta crisis, como es el caso de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los órganos del Consejo de Europa³³.

A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

La pandemia mundial causada por el *COVID-19* ha tomado a la humanidad por sorpresa. Nadie estaba preparado para hacerle frente. Ni los científicos, ni los médicos, ni los hospitales, ni los sistemas de salud, ni los medios de comunicación, ni la sociedad civil, ni los empresarios, ni los trabajadores, ni los políticos, ni los abogados. Pero tampoco estaban preparados los Estados, ni los organismos y organizaciones internacionales.

De pronto, un mundo que parecía que giraba en torno a la comunicación internacional y el tránsito de personas y bienes, se vio abruptamente encerrado. Los Estados comenzaron a encerrarse en sí mismos del resto del mundo. Cerraron fronteras, vuelos, comercio, eventos e intercambios. Países que habían levantado hace varias décadas sus fronteras, como los integrantes del espacio europeo Schengen, de un día a otro no sólo levantaron de nuevo sus barreras fronterizas físicas, sino que dentro de la misma Unión Europea se establecieron restricciones al comercio de determinados bienes médicos estratégicos para hacer frente a la pandemia. Incluso dentro de un mismo país, algunos estados y provincias se aislaron entre sí, estableciendo barreras físicas a la libre circulación. Así, de pronto, nuestros países se cerraron, nuestras provincias y estados se cerraron, y hasta nuestras ciudades se cerraron, y nosotros quedamos encerrados en los limitados espacios de nuestros hogares.

Parece como si hubiésemos regresado al anacronismo del mundo medieval de las ciudades cerradas por grandes murallas. Pareciera que el miedo a la pandemia nos hizo pensar que lo mejor era cerrarnos al mundo y a todo lo que no fuese lo más íntimo. Seguramente las medidas

³³ Ver, cita No. 26 *supra*.

de distanciamiento social eran las más adecuadas y disponibles para enfrentar la pandemia mientras aparece una vacuna. Pero además de ello, también es una realidad que la pandemia es un fenómeno global, que sólo la podemos enfrentar globalmente. En lugar de más unilateralismo, nacionalismo, localismo y encerramiento, necesitamos más multilateralismo y cooperación abierta.

Ni siquiera las organizaciones internacionales estaban creadas para enfrentar un fenómeno como esta pandemia, que no sólo es de salud pública, sino de reacción rápida múltiple en los campos de la economía, la ciencia, la producción especialmente de determinados bienes, el intercambio abierto de información, la cooperación técnica, el almacenamiento de medicamentos y de aparatos médicos, y de las alertas tempranas, etc.

Henry Kissinger quien a su avanzada edad ha hablado en estos días con gran lucidez, nos ha advertido que el mundo no será el mismo después de esta pandemia. Que cuando termine la pandemia, percibiremos el fracaso de varias instituciones nacionales; y al mismo tiempo, la necesidad urgente de construir un nuevo orden mundial, para hacer frente a estas pandemias como el *COVID-19*, que ha alterado para siempre el orden existente³⁴.

Pero mientras construimos ese nuevo orden mundial, tenemos que salir de esta pandemia y al mismo tiempo comenzar a reconstruir la economía, la producción y las fuentes de trabajo, ya que la pos-pandemia (cierres de fábricas, comercios, oficinas, desempleo, pobreza, etc.), puede ser tan grave – o más- para muchas personas en el mundo, como la propia pandemia.

Al mismo tiempo, también debemos repensar el funcionamiento del Estado, porque tampoco serán lo mismo después de esta pandemia. El Estado -al igual que el sector privado- ha probado ser una institución esencial para hacer frente al grave problema de salud pública que ha causado la pandemia. Pero no se trata de cualquier Estado, sino del

³⁴ “The Coronavirus Pandemic Will Forever Alter the World Order. The U.S. must protect its citizens from disease while starting the urgent work of planning for a new epoch” by Henry Kissinger, April 3, 2020, The Wall Street Journal, disponible en: <https://www.wsj.com/articles/the-coronavirus-pandemic-will-forever-alter-the-world-order-11585953005//>

Estado democrático; sometido al Derecho; respetuoso de los derechos; eficaz en sus acciones y respuestas; aliado, cooperador y coordinador de los esfuerzos de la sociedad; abierto al debate y a las críticas de su gestión; transparente en el manejo de los recursos; y responsable. Por ello, aun en tiempos extremadamente difíciles, ante situaciones de extraordinarias se debe asegurar el funcionamiento eficaz de los poderes públicos del Estado de Derecho, para así garantizar la democracia, el control del poder y los derechos humanos.

Una última idea: durante esta pandemia causada por el *COVID-19*, aun Estados democráticos parecen haberse acostumbrado a controlar más intensamente a sus ciudadanos; pero ni los Estados ni los ciudadanos deben acostumbrarse a ello. Por ello, la pos-pandemia deberá ser una oportunidad para el crecimiento de la persona humana integralmente considerada, como ciudadanos socialmente responsables, para participar en la construcción de un Estado de Derecho, de una democracia y de un orden mundial, que sean garantes de todos los derechos para todos.

UNA MIRADA AL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA A LA LLEGADA DEL COVID-19 RAFAEL BADELL MADRID*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Construcción de un régimen jurídico administrativo autoritario y arbitrario. 3. Actividad administrativa y COVID-19. 4. Organización administrativa y COVID-19. 5. Control judicial y COVID-19. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

* Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor Titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau. Ocupó la Cátedra Andrés Bello en la Universidad de Oxford. Senior Associate Member de la Universidad de Oxford.

1. INTRODUCCIÓN

Daremos una mirada al derecho administrativo en Venezuela, desde la consideración de que es a través de la función administrativa desde donde deben combatirse los efectos de esta peligrosa pandemia COVID-19. Tengamos presente, en primer lugar, que lo largo del tiempo el concepto de derecho administrativo y se ha ido desarrollando hasta entender que hoy en un Estado constitucional, democrático y social de derecho, la administración pública debe servir preferentemente a los intereses generales de los administrados y que los poderes que tiene esa administración pública deben dirigirse a asegurar el completo ejercicio y disfrute de las libertades y derechos de los ciudadanos.

El derecho administrativo nació con el fin asegurar la libertad y derechos de los ciudadanos frente a la actuación de una administración que debe someter su actuación a derecho. El lugar que antes ocupó el concepto de potestad, privilegio o prerrogativa, ahora se le da al administrado, a quien se le adjudica un papel protagónico en el derecho administrativo. El interés público que antes servía para justificar las potestades exorbitantes de la administración -ejecutividad, ejecutoriedad, *ius variandi*, potestad sancionadora, etc.- hoy aparece vinculado preferentemente a la promoción de los derechos fundamentales de las personas.

El pleno disfrute y ejercicio de las libertades y derechos es el primer interés público que ha de satisfacer la administración, de modo que el derecho administrativo se presenta hoy como un derecho del poder para la libertad. En tiempos de emergencia como la que vivimos es cuando, precisamente, se requiere la estructura del estado y dentro de ella, a la de la administración pública. Pero para ello, es necesario que se trate de una “*buena administración*” que pueda hacer frente a la grave crisis que se ha originado por la pandemia del COVID-19.

Esta expresión “*buen administración*” tiene hoy día en derecho administrativo una explicación especial. La doctrina de la buena administración -como derecho fundamental de los ciudadanos- está contemplada en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹, aprobada por el Parlamento Europeo el 7 de diciembre de 2000 en Niza y adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo; y también está contenida en el ámbito iberoamericano, en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública², aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), en Caracas el 10 de octubre de 2013 y adoptada por la Organización de Estados Iberoamericanos en XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en la Ciudad de Panamá en octubre de 2013.

La buena administración aparece en los mencionados instrumentos jurídicos supranacionales como un derecho fundamental, pero también como un principio que debe regir las actuaciones de la administración pública. Entendemos que todos los poderes del Estado, así como las instituciones públicas que ejercen dichos poderes, proceden de la

¹ “Artículo 41 – Derecho a una buena administración:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular: - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”

² “CAPÍTULO PRIMERO: FINALIDAD DE LA CARTA 1. La Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. Así, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana.”

soberanía popular, de forma que éstas deben estar ordenadas al servicio objetivo del interés general³.

El artículo 141 de la Constitución prevé que la administración pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública con *sometimiento* pleno a la ley y al derecho.

Pero, además, en Venezuela también se contempla este principio general a través del artículo 5 de la Ley Orgánica de la Administración Pública⁴ (LOA), según el cual la administración pública está al servicio de las personas, y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las de carácter social. Además, dispone dicho artículo 5 que “*La Administración Pública debe asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella.*”

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁵ (LOPA) y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos⁶ (LSTA) también tienen variadas disposiciones que desarrollan ese derecho a una buena administración.

Como derecho fundamental, la buena administración consiste en el derecho de los ciudadanos de exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la administración⁷. En efecto, tal y como lo dispone el capítulo primero de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, el derecho a una buena administración implica poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio

³ Jaime Rodríguez Arana, “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, en *MISIÓN JURÍDICA*, Revista de Derecho y Ciencias Sociales Bogotá, D.C. (Colombia), Colaboradores Externos Internacionales, Núm. 6, Año 2013, enero-diciembre, pp. 23-56. Disponible en: <https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2017/04/art1-2.pdf>

⁴ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. Gaceta Extraordinaria número 6.147 del 17 de noviembre de 2014.

⁵ Gaceta Oficial número 2.818 Extraordinario del 1 de julio de 1981.

⁶ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos. Gaceta Oficial número 40.549 del 26 de noviembre de 2014.

⁷ Ibid.

de la administración pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente con la promoción de la dignidad humana.

De otra parte, la buena administración pública es un principio de actuación administrativa que obliga a la administración, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general. Esta obligación de toda administración pública se deriva precisamente de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social⁸.

En el derecho comparado téngase en cuenta la Constitución española de 1978 cuyo artículo 103 establece el derecho a la buena administración en los siguientes términos “1. *La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*”

El derecho administrativo que busca asegurar la libertad y garantizar el pleno ejercicio y disfrute de los derechos, exige la presencia de una administración que así lo permita, que haga posible que las libertades de los ciudadanos sean reales y efectivas superando cualquier obstáculo o impedimento que imposibilite su ejercicio íntegro⁹. En efecto, la buena administración pública, es aquella que está estrictamente comprometida a facilitar la libertad de los ciudadanos, y como señala Rodríguez Arana, “*Para ello es menester que su trabajo se centre sobre los problemas reales de la gente y procure buscar las soluciones escuchando a los sectores implicados*”¹⁰.

La premisa fundamental del derecho administrativo radica en la sumisión de la actividad administrativa a derecho y de allí el principio de que la administración no puede hacer nada que no tenga expresamente permitido y regulado por la ley (principio de la legalidad).

⁸ Véase Preámbulo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

⁹ Jaime Rodríguez Arana, “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública”, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, número 16, 2012, pp. 247-274. Disponible en: <https://core.ac.uk/reader/61909988>

¹⁰ Ibidem.

La sujeción de la administración al principio de legalidad está prevista en el artículo 137 de la Constitución, el cual dispone: “*Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*”. El principio de legalidad también está contenido en el artículo 141 de la Constitución referido a la buena administración al indicarse que ésta debe proceder con “*sometimiento pleno a la ley y al derecho*”.

En efecto, la sujeción de la actividad administrativa al principio de legalidad encuentra su expresión en el desarrollo de sus competencias con estricto apego a las normas jurídicas preexistentes y aplicables a las situaciones jurídicas que la administración resuelve. De forma que la administración pública ha de someter su actuación, al bloque de la legalidad, cualquiera que ella sea, actividad de coacción, prestacional o de fomento.

El bloque de la legalidad, sobre el cual se fundamenta el Estado de derecho, comprende, según Hauriou, no sólo a la ley sino todas las normas del ordenamiento jurídico, incluidos los reglamentos¹¹, es decir, que abarca desde las regulaciones constitucionales, legales, sub-legales, los principios generales, hasta los precedentes administrativos, todos los cuales establecen y regulan la organización, funcionamiento y atribuciones de los órganos del Estado, consagran los derechos y deberes de los ciudadanos, y determinan los controles sobre el ejercicio del poder público.

Para garantizar la sumisión de los órganos del Estado al bloque de la legalidad y asegurar el principio de legalidad -y con ello el Estado de Derecho- ha sido precisa la creación y desarrollo de jurisdicciones especiales, como la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa, entre otras, las cuales se diferencian por la jerarquía y naturaleza de los órganos y actos del poder público objeto de control.

¹¹ V. Maurice Hauriou, *Precis de droit administratif et de droit*, reimpr. De la 12ª ed., Dalloz, París, 2002, p.577, cit. en Libardo Rodríguez, “El principio de legalidad: premisa fundamental de la democracia”, en Víctor Rafael Hernández-Mendible y José Luis Villegas Moreno, *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez*, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018. P. 95.

2. CONSTRUCCIÓN DE UN RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO AUTORITARIO Y ARBITRARIO EN VENEZUELA

Mientras en el derecho comparado cada día más el derecho administrativo está comprometido con la idea de libertad, en Venezuela desde hace 20 años se ha ido construyendo una legalidad administrativa autocrática y arbitraria, a la medida de los deseos de un poder político, cuyos fines adversan los valores y principios del Estado democrático de derecho, de la libertad y del bien común. Se han dictado leyes que amenazan a todo el régimen de derechos y libertades, producto de una legislación incontinente que nos cierra las puertas del progreso¹².

Todo esto se ha hecho a través de la usurpación de la función legislativa, exclusiva y excluyente de la Asamblea Nacional, por parte del presidente de la República, a través del uso distorsionado de la figura de la delegación legislativa de la Asamblea Nacional al presidente de la República, también, a través de un uso distorsionado de las figuras de la declaratoria de emergencia económica y estado de alarma que permiten al Presidente dictar decretos-Leyes, y por último, por medio de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente y sus pretendidas leyes constitucionales.

2.1. Delegación legislativa

La ruptura del estado de legalidad se produjo, en primer lugar, a través de la figura de la delegación legislativa de la Asamblea Nacional al Presidente de la República, desde el año 2000 y hasta diciembre del año 2015.

El Presidente Chávez pidió a la Asamblea Nacional que le otorgara facultades legislativas de conformidad con lo que prevé el artículo

¹² Rafael Badell Madrid, “La ruptura del Estado de derecho en Venezuela”. Conferencia dictada en el *II Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales y Políticas: “Desafíos de la Democracia en el siglo XXI: Fortalezas y riesgos políticos, económicos, sociales, culturales e internacionales”*, celebrado en la ciudad de Buenos Aires, Argentina. 7 de junio de 2018. Publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales número 157, Año 2018, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve//>

236.8 de la Constitución. Asimismo, el Presidente Maduro, desde que tomó el poder, hizo uso de la habilitación legislativa concedida por la Asamblea Nacional para ejercer funciones propias del parlamento.

De esta forma fueron otorgadas 4 habilitaciones legislativas durante el gobierno de Hugo Chávez y 2 a Nicolás Maduro:

- Ley Habilitante del 26 de abril de 1999, otorgada por un lapso de 6 meses mediante la cual se dictaron 53 Decretos-Leyes;
- Ley Habilitante del 13 de noviembre de 2000, otorgada por el lapso de 12 meses y mediante la cual se dictaron 49 Decretos-Leyes;
- Ley Habilitante del 1 de febrero de 2007, otorgada por un lapso de 18 meses y mediante la cual se dictaron 66 Decretos-Leyes;
- Ley Habilitante del 17 de diciembre de 2010, otorgada por un lapso de 18 meses y mediante la cual se aprobaron 54 Decretos-Leyes;
- Ley Habilitante del 19 de noviembre de 2013, otorgada por un lapso de 12 meses y mediante el cual se dictaron 56 Decretos-Leyes; y
- Ley Habilitante del 15 de marzo de 2015, comprendida en un lapso poco mayor a 9 meses y mediante la cual se dictaron 20 Decretos-Leyes

La sumatoria de la duración de todas las leyes habilitantes otorgadas al Presidente de la República, tanto a Chávez como a Maduro, desde el año 1999 hasta 2015, suman un total de setenta y cinco (75) meses durante los cuales el ejecutivo, y no el poder legislativo, estuvo legislando y fueron dictados aproximadamente doscientos noventa y nueve (299) Decretos-Leyes en materias de organización del Poder Público, laboral, vivienda y hábitat, intervención del Estado en la economía, tributaria, turismo, salud y seguridad social, producción de bienes y prestación de servicios, arrendamiento inmobiliario, sistema financiero nacional, derecho marítimo y aeronáutico, hidrocarburos, tránsito terrestre, seguridad, misiones, desarrollo agrario, seguridad alimentaria, entre otras materias.

Esos decretos leyes fueron dictados con prescindencia de todo procedimiento de deliberación o consulta, propio de la labor parlamentaria, irrespetando el derecho de las minorías e incluso en muchos casos

fueron dictados fuera del plazo de vigencia de la delegación legislativa. Hubo un uso inadecuado y distorsionado de la institución de la delegación legislativa.

2.2. Decretos de emergencia económica

Después de la pérdida de la mayoría parlamentaria en diciembre 2015, y ante la imposibilidad de seguir legislando por vía de delegación legislativa, desde enero de 2016 y hasta mayo de 2020 se han dictado 14 decretos y 13 prórrogas, por medio de los cuales se ha declarado, de manera inconstitucional, el Estado de Excepción y Emergencia Económica, con la finalidad de que el Presidente de la República pueda seguir dictando decretos-leyes.

Ahora bien, todos los decretos de emergencia económica dictados por el Presidente de la República, desde enero de 2016 y hasta mayo de 2020, son inconstitucionales por cuanto fueron emitidos y prorrogados por el presidente de la República sin autorización de la Asamblea Nacional, en violación del artículo 339 de la Constitución; no determinan los hechos objetivos que justifiquen la declaratoria de estado de excepción y otorgan al Ejecutivo Nacional una serie de poderes ilimitados sin especificar la regulación del ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, en violación de los artículos 337 y 339 de la Constitución; decretan indefinidamente en el tiempo la restricción de las garantías constitucionales, en violación del artículo 338 de la Constitución, los artículos 5 y 11 de la Ley Orgánica de los Estados de Excepción, el artículo 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y violan el principio de proporcionalidad y adecuación a las circunstancias, establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción.

2.2.1. Fueron dictados y prorrogados por el presidente de la República sin autorización de la Asamblea Nacional, en violación de los artículos 339 de la Constitución

Los Decretos de Estado de excepción y emergencia económica son inconstitucionales por prescindir del requisito de aprobación por parte

de la Asamblea Nacional, establecido en el artículo 339 de la Constitución. Si bien los Decretos de Estado de excepción han sido declarados constitucionales, en todas sus emisiones y respectivas prórrogas, por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, ha faltado la aprobación de la Asamblea Nacional sobre dichos decretos de emergencia económica, dispuesto en el artículo 339 de la Constitución, así como en los artículos 26 al 31 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción¹³, y que es un requisito sine qua non de los decretos de estados de excepción.

Ciertamente, la Constitución establece en el artículo 339 que el Decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación.

Sin la aprobación de la mayoría absoluta de los diputados presentes en sesión especial de la Asamblea Nacional, el decreto que declare el estado de excepción, la solicitud de prórroga o aumento del número de garantías restringidas es inconstitucional (artículo 27 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción).

2.2.2. No determinan los hechos objetivos que justifiquen la declaratoria de estado de excepción y otorgan al Ejecutivo Nacional una serie de poderes ilimitados sin especificar la regulación del ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, en violación de los artículos 337 y 339 de la Constitución

Los decretos de estado de excepción han permitido inconstitucionalmente al Presidente de la República adoptar cualquier restricción a las garantías constitucionales, sin justificación alguna; ellos no describen las circunstancias de orden económico que afectan gravemente la Nación, las instituciones y los ciudadanos -a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente

¹³ Gaceta Oficial número 37.261 del 15 de agosto de 2001.

a tales hechos- (artículo 337 de la Constitución), es decir, los hechos objetivos, sino que por el contrario utilizan expresiones generales e indeterminadas que responden a la sesgada visión según la cual hay diversos ataques, complots, conspiraciones y confabulaciones en marcha.

Así también son inconstitucionales los Decretos en la medida en que otorgan al Ejecutivo Nacional una serie de poderes ilimitados sin especificar la regulación del ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, violando el artículo 339 de la Constitución.

La Constitución es muy clara al establecer que en el Decreto que se declare el estado de excepción se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, sin embargo, ninguno de los 14 decretos de estado de emergencia dictados hasta la fecha determina en forma alguna: i. Qué derechos constitucionales se restringen. ii. En qué forma se pueden ejercer los derechos constitucionales restringidos, o iii, De qué forma son restringidos esos derechos constitucionales.

En efecto, los decretos de emergencia económica disponen de la forma más amplia posible que: *“podrán ser restringidas las garantías para el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, salvo las indicadas en el artículo 337 constitucional, in fine, y las señaladas en el artículo 7° de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción”*, cuando se trate de la aplicación de alguna de las medidas excepcionales enumeradas en el decreto de estado de excepción.

Los decretos establecen la facultad del Presidente de la República de dictar cualesquiera otras medidas de orden social, económico, político y jurídico que estime convenientes a las circunstancias, incurriendo en una indeterminación inaceptable para la garantías y protección de los derechos constitucionales de los venezolanos¹⁴.

¹⁴ Todos los decretos de emergencia económica dictados hasta la fecha establecen que: “Artículo 3°. El Presidente de la República Bolivariana de Venezuela podrá dictar otras medidas de orden social, económico, político y jurídico que estime convenientes a las circunstancias, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la finalidad de resolver la situación extraordinaria y excepcional que constituye el objeto de este Decreto.”

2.2.3. Decretan indefinidamente en el tiempo la restricción de las garantías constitucionales, en violación del artículo 338 de la Constitución, los artículos 5 y 11 de la Ley Orgánica de los Estados de Excepción, el artículo 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Los decretos de estado de emergencia económica (cuya vigencia actualmente sobrepasa los 4 años) han sido dictados con vocación de permanencia, en violación de los principios de temporalidad, provisionalidad y extraordinariedad, propios del decreto de estado de excepción, consagrados en el artículo 338 de la Constitución, los artículos 5 y 11 de la Ley Orgánica de los Estados de Excepción, el artículo 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El artículo 338 de la Constitución establece la duración que debe tener el estado de excepción en cualquiera de sus modalidades. Así pues, para el estado de emergencia económica, la Constitución dispone que su duración será de sesenta (60) días prorrogables por un plazo igual. Este plazo (máximo de 120 días en total), de conformidad con el constituyente, es el necesario para atender y hacer cesar con medidas excepcionales las circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación.

En efecto, el decreto que declare los estados de excepción será dictado en caso de estricta necesidad para enfrentar la situación de anormalidad, de allí que, para circunstancias que exceden el plazo establecido en la Constitución (y que por ende no serían extraordinarias ni anormales sino ordinarias), no se deben emplear los estados de excepción dispuestos en la Constitución, sino que serán necesarios y pertinentes los medios ordinarios de que dispone el Estado para afrontarlos.

De esta forma, el carácter extraordinario y temporal debe interpretarse restrictivamente, por cuanto los estados de excepción constituyen la única situación -extraordinaria, excepcional- del país en que la Constitución permite que puedan ser restringidas -temporalmente- las garantías consagradas en ésta salvo, claro está, las referidas a los derechos a

la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.

Toda medida adoptada en el marco de un estado de excepción -de emergencia económica, de alarma o de conmoción- debe tener una duración limitada a las exigencias de la situación que se quiere afrontar, sin que tal medida pierda su carácter excepcional o de no permanencia, pues así está consagrado en el artículo 5 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 5. Toda medida de excepción debe tener una duración limitada a las exigencias de la situación que se quiere afrontar, sin que tal medida pierda su carácter excepcional o de no permanencia”.

Asimismo, conforme al artículo 11 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción¹⁵, y para el caso particular del decreto que declare el Estado de Emergencia Económica, sólo se pueden disponer las medidas oportunas con el fin de impedir la extensión de los efectos de dicha emergencia económica, es decir, para resolver satisfactoriamente la anormalidad o crisis. Ello, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación y de manera temporal¹⁶.

El principio jurídico internacional denominado “*principio de temporalidad en los estados de excepción*”¹⁷, contemplado en el artículo 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que “*...las disposiciones que adopten los Estados para suspender las obligaciones contraídas..., lo serán en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación*”, y supone que

¹⁵ “Capítulo II. Del estado de emergencia económica: Artículo 11. El decreto que declare el estado de emergencia económica dispondrá las medidas oportunas, destinadas a resolver satisfactoriamente la anormalidad o crisis e impedir la extensión de sus efectos”.

¹⁶ Allan Brewer-Carías, “El Régimen Constitucional de los Decretos Leyes y los Actos de Gobierno”. Ponencia para el VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, San Cristóbal, noviembre 2001. Páginas 18 y 19.

¹⁷ Contemplado en el artículo 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “*...las disposiciones que adopten los Estados para suspender las obligaciones contraídas..., lo serán en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación*”.

“las medidas extraordinarias que adopten los Estados deberán ser de carácter temporal y no excesivamente prolongadas e indefinidas”.

La violación a dicho principio de temporalidad de los estados de excepción -como ocurre con los 14 decretos de emergencia económica- representa una grave alteración en la legalidad vigente, en el ordenamiento jurídico, tanto interno como internacional *“y en el mismo Estado de Derecho; y una alteración en la legalidad constitucional, la cual se convertiría en legalidad de excepción, y ésta, en la ley normal y ordinaria por su vigencia prolongada en el tiempo”*¹⁸.

En efecto, estos Decretos, por tener en todo el territorio de la República una vigencia ya de cuatro años, pasaron de ser excepcionales a constituir una situación ordinaria en el país; y pasaron de restringir temporalmente las garantías consagradas en la Constitución a restringirlas indefinidamente (siendo que el estado de excepción parece, además, querer ser perpetuado en el tiempo), violando lo dispuesto en el artículo 338 de la Constitución, que dispone que podrá decretarse el estado de emergencia económica sólo cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación.

Asimismo, resultan violatorios a este principio, las medidas que se han dictado en el marco del decreto de estado de emergencia con vocación de permanencia, tales como:

El Decreto número 24 mediante el cual se decreta la Reconversión Monetaria, de fecha 22 de marzo de 2018¹⁹, dictado por Nicolás Maduro en el Marco del Decreto número 3.239 de fecha 9 de enero de 2018, mediante el cual se declaró el Estado Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional²⁰, prorrogado mediante Decreto número 3.308 del 09 de marzo de 2018²¹.

El Decreto número 44 mediante el cual se establece un régimen especial transitorio para la gestión operativa y administrativa de la

¹⁸ Florentín Meléndez, *Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Complutense, Madrid, España. 1997. p. 108.

¹⁹ Gaceta Oficial número 41.366 del 22 de marzo de 2018.

²⁰ Gaceta Oficial número 41.316 del 09 de enero de 2018.

²¹ Gaceta Oficial número 41.357 del 09 de marzo de 2018.

Industria Petrolera Nacional, de fecha 12 de abril de 2018²², dictado por el Presidente de la República dentro del marco del Decreto número 3.239 de fecha 09 de enero de 2018, mediante el cual se declaró el Estado de Excepción y de Emergencia Económica, en todo el territorio Nacional²³, prorrogado mediante Decreto número 3.308 de fecha 9 marzo de 2018²⁴.

No podría, una materia tan importante y con vocación de permanencia -nunca de provisionalidad- regularse mediante un régimen transitorio y de circunstancias sobrevenidas como el estado de excepción y de “*emergencia económica*” (artículos 337 al 339 de la Constitución).

Sin embargo, los decretos de estado de excepción han servido de fundamento para que el Presidente de la República, en usurpación de las funciones propias de la Asamblea Nacional dispuestas en el artículo 187 de la Constitución, y en violación del principio de separación de poderes y el principio de legalidad consagrados en los artículos 136 y 137 de la Constitución, dicte normativa general y abstracta, con carácter de permanencia.

2.2.4. Violan el principio de proporcionalidad y adecuación a las circunstancias, establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción

Además de la provisionalidad y temporalidad de las medidas dictadas en los estados de excepción, se predica también el principio de la proporcionalidad y mínima intervención, según el cual han de dictarse sólo las medidas excepcionales e indispensables para afrontar una crisis económica declarada mediante estado de excepción.

Entendemos que las medidas dictadas con ocasión del estado de excepción sólo pueden ser adoptadas como última ratio para evitar, enfrentar o frenar las circunstancias que ocasionaron la declaratoria del estado de emergencia. Sobre este particular, el artículo 4 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción dispone que: “*Toda medida de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar en lo que respecta a gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación*”.

²² Decreto número 3.368 publicado en Gaceta Oficial número 41.376.

²³ Gaceta Oficial número 41.316 del 09 de enero de 2018.

²⁴ Gaceta Oficial número 41.357 del 09 de marzo de 2018.

De esta forma, cualquier medida adoptada en el marco de un estado de excepción debe estar circunscrita a las materias estrictamente relacionadas con la emergencia declarada, de modo que en ninguna circunstancia pueden regularse materias no conexas al estado de excepción.

Se trata, concretamente, de la necesaria adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis²⁵. En el caso de la emergencia económica, el artículo 11 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción dispone expresamente que:

“El decreto que declare el estado de emergencia económica dispondrá las medidas oportunas, destinadas a resolver satisfactoriamente la anormalidad o crisis e impedir la extensión de sus efectos.”

Del mencionado artículo se desprende que la declaratoria de estado de excepción no comprende una libre habilitación para legislar sobre cualquier materia del ámbito nacional, por el contrario, las medidas dictadas en el marco de dicho decreto deben ser las consideradas más adecuadas, oportunas y convenientes en cada situación.

Ahora bien, este límite de los estados de excepción ha sido recurrentemente violado por el Presidente de la República, al dictar decretos *“en el marco del decreto de estado de excepción”*, que no guardan ninguna relación con la emergencia económica.

Así pues, téngase como ejemplo el Decreto número 2.309, dictado en base a la supuesta emergencia económica, mediante el cual se restringe y difieren las mociones de censura que pudiera acordar la Asamblea Nacional contra los Ministros del Poder Popular, o contra el Vicepresidente Ejecutivo, en las cuales solicitaren su remoción, hasta tanto cesen los efectos del Decreto de Emergencia Económica dictado por el presidente de la República en Consejo de Ministros²⁶.

Este decreto es no sólo violatorio de los límites de las medidas que pueden ser tomadas por el presidente de la República, por cuanto versa

²⁵ Leandro Despouy cit. por Héctor Fix-Zamudio, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol.37 no.111 México sep./dic. 2004, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000300002

²⁶ Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.225 Extraordinario del 2 de mayo de 2016.

sobre una materia que en nada se corresponde con la emergencia económica, sino que además es violatorio del artículo 339 de la Constitución cuyo último aparte dispone expresamente que *“La declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público”*. Mediante este Decreto se ha pretendido privar a la Asamblea Nacional de su competencia constitucional establecida en el artículo 187.10 de ejercer el control político a través del voto de censura sobre los ministros y el vicepresidente ejecutivo de la República, ya por más de cuatro años, que es el tiempo en el que ha tenido vigencia el estado de emergencia económica.

De igual forma téngase en cuenta el Decreto número 23 dictado en el marco del estado de excepción y de emergencia económica, mediante el cual se declararon días no laborables y, por tanto, considerados como feriados los días 26, 27 y 28 de marzo del año 2018, para los trabajadores que presten servicios en el sector público²⁷. Según su propio texto, este Decreto fue dictado con motivo, además de *“incrementar el ahorro de electricidad con el fin de coadyuvar en la prestación continua, confiable y segura del servicio público de energía eléctrica”*, de *“garantizar a las ciudadanas y ciudadanos el goce y ejercicio irrenunciable, progresivo, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, entre ellos a la recreación y el Derecho a compartir en Familia, tal como lo consagra nuestra Carta Magna”*, materia, claro está, que no está en absoluto relacionada con la emergencia económica.

2.3. Declaratoria del estado de alarma

De otra parte, los decretos de estado de alarma dictados ya en tres oportunidades (marzo, abril y mayo de 2020) con motivo de los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) son inconstitucionales, en primer lugar, porque, al igual que los decretos de emergencia económica, fueron dictados con total y absoluta prescindencia de la autorización de la Asamblea Nacional.

En efecto, ninguno de los tres decretos de estado de alarma dictados hasta ahora por el Presidente de la República cuenta con

²⁷ Publicado en Gaceta Oficial N° 41.366 del 22 de marzo de 2018.

autorización mediante acuerdo de la Asamblea Nacional, prescindiendo de esta forma del control político que debe ejercer el órgano parlamentario sobre las declaratorias de estado de alarma, en violación del artículo 339 de la Constitución.

Pero también son inconstitucionales por cuanto violan los criterios de necesidad e idoneidad de las medidas adoptadas dentro del estado de alarma. Además, son indeterminados e imprecisos. No concretan las restricciones a las garantías constitucionales. En efecto, los decretos violan el carácter de idoneidad y necesidad de las medidas que pueden ser adoptadas en el marco del estado de alarma. De conformidad con la declaratoria del estado de alarma, el Presidente de la República puede dictar *“otras medidas de orden social, económico y sanitario que estime convenientes según las circunstancias presentadas”*, esta disposición final primera es indeterminada, inconstitucionalmente amplía y es además violatoria de los requisitos de necesidad e idoneidad que exige el artículo 337 de la Constitución para las medidas extraordinarias que se pueden dictar en un estado de excepción.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha señalado en este sentido que *“(…), una medida que sea simplemente “conveniente”, pero que no sea “necesaria” y mucho menos idónea, no alcanza el umbral constitucional exigido para que pueda ser dictada mediante decreto ejecutivo en un estado de excepción.”*²⁸.

También son inconstitucionales los decretos de estado de alarma cuando pretenden delegar en el Vicepresidente ejecutivo y determinados ministros, el desarrollo de las medidas extraordinarias que pueden tomarse en el marco del estado de alarma, en violación del artículo 337 de la Constitución, el cual dispone expresamente que corresponde exclusivamente al Presidente de la República dictar dichas medidas, y en violación del artículo 339 de la Constitución que impone la obligación de especificar la regulación del ejercicio del derecho cuya garantía se restringe.

En efecto, lo único que puede delegar el Presidente de la República es la *“ejecución”* de las medidas extraordinarias en otras autoridades

²⁸ Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “Pronunciamiento sobre el estado de alarma decretado ante la pandemia de coronavirus (COVID-19)”, 18 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/>

que el Ejecutivo Nacional designe (artículo 16 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción), pero no la adopción misma de las medidas²⁹. Ejemplo de esta violación es el artículo 9.11 que establece la facultad del Vicepresidente Ejecutivo, en Consejo de Ministros de “ordenar mediante Resolución la suspensión de otras actividades, distintas a las indicadas en este artículo cuando ello resulte necesario para fortalecer las acciones de mitigación de los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19)”; y también el artículo 15 que dispone que “El Ministro del Poder Popular con competencia en materia de transporte aéreo, mediante Resolución, y cumplidos los extremos necesarios en orden jurídico internacional relativo a aviación civil, dictará las medidas de suspensión de vuelos indicada en este artículo”³⁰.

2.4. Leyes de la Asamblea Nacional Constituyente

Pero también la usurpación de potestades legislativas ha ocurrido a través de las pretendidas “leyes constitucionales” dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente, que es un órgano que ha sido inconstitucional desde su origen, por su forma de convocatoria y por la fraudulenta elección de sus miembros; pero también, desde su instalación el 4 de agosto del año 2017, la Asamblea Constituyente, se ha desempeñado en violación permanente y sistemática a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico venezolano,

En efecto, en violación y usurpación de las competencias constitucionales otorgadas a la Asamblea Nacional, establecidas en el artículo 187.1 en concordancia con el artículo 156 de la Constitución, la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente ha dictado un conjunto de

²⁹ Ibidem.

³⁰ Véase Decreto número 4.160, mediante el cual se decreta el Estado de Alarma en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen. Publicado en la Gaceta Oficial número 6.519 Extraordinario del 13 de marzo de 2020.

pretendidas leyes constitucionales destinadas a regular materias económicas, tributarias, sociales y políticas, tales como, la Ley Constitucional de la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública; la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia; la Ley Constitucional de Precios Acordados; la Ley Constitucional sobre la creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria; la Ley Constitucional del Régimen Tributario para el Desarrollo Soberano del Arco Minero; la Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva; la Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas; y la Ley Constitucional que crea el Impuesto a los Grandes Patrimonios.

Sobre estas pretendidas leyes constitucionales es preciso indicar, en primer lugar, que son inconstitucionales por cuanto en el ordenamiento constitucional venezolano no existe esta figura normativa. La Constitución de 1999 no contiene entre sus disposiciones norma alguna que permita dictar “*leyes constitucionales*”, por lo que cualquier órgano o ente, constitucional o inconstitucionalmente conformado, que pretenda hacerlo lesionará con ellas el principio de supremacía constitucional y legalidad, dispuesto en el artículo 7, en concordancia con el artículo 137 constitucional.

Además, estas llamadas leyes constitucionales comparten la ilegitimidad misma del órgano que las ha producido. Pero no es sólo nula como consecuencia de la ilegitimidad del órgano que la produce, sino que también es nula porque éste, como hemos señalado, ni siquiera si hubiese sido formado de acuerdo con la Constitución, tendría competencia para emitirla. De este modo, toda actuación distinta a la redacción y elaboración de un proyecto de Constitución configura una desviación del poder y usurpación de las funciones de los poderes constituidos.

Toda ley en Venezuela, como en cualquier otro Estado que se proclame de Derecho, debe ser dictada por el órgano parlamentario -en nuestro caso: la Asamblea Nacional- y con las garantías del procedimiento parlamentario, de lo contrario es absolutamente nula. La ruptura de este principio es una violación al Estado de Derecho, que cesa en su existencia cuando se arrebató al parlamento, órgano de la representación

popular, la facultad de dictar las normas limitativas de los derechos y garantías constitucionales.

Las “*Leyes constitucionales*” no son leyes ni son constitucionales, se trata de meras vías de hecho, que se ejecutan en el marco del golpe que al Estado de Derecho supone la creación de un órgano presidencial con pretendidos poderes constituyentes y por encima del ordenamiento jurídico que ha de limitar precisamente el ejercicio del poder del Estado.

2.5. Ordenamiento jurídico administrativo en violación de la Constitución

A través de la usurpación de las funciones legislativas, exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional, se ha creado un ordenamiento jurídico de corte autoritario, regresivo, que les otorga competencias ilimitadas a los órganos del poder público.

Se han dictado numerosas leyes tanto de acción (también llamadas de organización, por cuanto determinan la estructuración orgánica de la administración pública y sus procedimientos), como de relación, en cuanto delimitan las esferas jurídicas subjetivas de la administración y de los particulares, que pervierten los fines del derecho administrativo como derecho que limita el ejercicio del poder público por los órganos del Estado en beneficio de las libertades y los derechos de los ciudadanos y lo convierten en un conjunto de normas que tienden a la arbitrariedad y el ejercicio ilimitado del poder del Estado.

Fundamentado en esta inconstitucional legislación se ha ido construyendo un nuevo “*antiderecho*” a la medida de los deseos de un poder político, ajeno a los valores y principios del Estado democrático de derecho, de la libertad y del bien común. Se han dictado leyes como amenaza a la libertad, producto de una legislación incontinente que nos cierra las puertas del progreso. Leyes que pretenden imponer un solo pensamiento político, un sesgado y deficiente modelo económico y que criminalizan el disenso y la pluralidad.

Se han dictado leyes que niegan la libertad económica, el libre mercado, la libre competencia y la propiedad privada. Leyes que

pervierten y suprimen la forma de estado “*federal y descentralizado*” de Venezuela e implantan el modelo de Estado centralizado y totalitario.

Leyes que invierten la carga de la prueba, que niegan el derecho a la defensa, que legalizan los atropellos policiales, que consagran un régimen probatorio de carácter secreto, sin ningún control, sólo sometido a la discrecionalidad de los cuerpos policiales, en la actualidad habilitados para recabar elementos probatorios sin orden judicial, sin participación de la Fiscalía y sin posibilidad alguna de control y defensa.

Se ha puesto en vigencia leyes inconstitucionales que permiten a los cuerpos policiales científicos y políticos que repriman y persigan a la disidencia política, en entera restricción de las libertades públicas de pensamiento, de expresión y del pluralismo político e ideológico.

A los fines de lograr la dominación del adversario político se ha desarrollado un “*derecho penal del enemigo*”. Se ha dictado una legislación penal dirigida a sancionar la disidencia política. Legislación contraria a lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución, que invierte la presunción de inocencia, que viola el principio del juez natural, y otras garantías.

Se ha establecido una legislación que consagra normas penales en blanco y tipos penales indeterminados y no exhaustivos: traición a la patria (Ley del Sistema Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia), asociación para delinquir (Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento del Terrorismo), delitos de odio, delitos cambiarios (Ley Contra los Ilícitos Cambiarios; Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos), usura (Ley de Precios Justos), contrabando (Ley Contra el Delito de Contrabando), monopolio (Ley Antimonopolio), corrupción (Ley contra la Corrupción; Ley del Cuerpo Nacional contra la Corrupción).

Además de todo lo anterior, es necesario tener en cuenta que el Presidente Chávez, para profundizar su proyecto totalitario, propuso una reforma constitucional en el año 2007, para la construcción de un modelo de Estado socialista, el llamado socialismo del Siglo XXI. Esa reforma fue rechazada por el pueblo en el respectivo referéndum consultivo. Sin embargo, el contenido de la propuesta de reforma constitucional rechazado fue luego introducido al ordenamiento jurídico a través de leyes, todas inconstitucionales.

Algunas de ellas son: la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, la Ley Orgánica del Consejo Federal del Gobierno, Ley Orgánica del Poder Popular, Ley Orgánica de las Comunas, Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular, Ley Orgánica de Contraloría Social, Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, y la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas.

3. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y COVID-19

Hemos dicho que es a través de la función administrativa que se combaten los efectos de esta peligrosa pandemia COVID-19, y en este sentido la actividad administrativa juega un papel fundamental. En efecto, para enfrentar los riesgos de la pandemia es preciso que la administración pública ejecute una serie de medidas y esto lo hace, precisamente, a través de las distintas actividades que el ordenamiento jurídico le ha encomendado y que en su generalidad se conocen como contenidos de la “*actividad administrativa*”.

La actividad administrativa es aquella actividad estatal de carácter sublegal que se concreta a través de un conjunto de actos jurídicos -actos administrativos o contratos- llevados a cabo por los diversos órganos del Estado, en la gestión del interés general. Este interés general es precisamente el que cobra mayor importancia en tiempos de pandemia, es el fundamento por el cual la administración está facultada y obligada a ejercer las acciones destinadas a atender las necesidades colectivas, siempre en respeto del régimen de derechos y libertades.

En efecto, una administración pública al margen del principio de legalidad, que actúe sin normas de cobertura en función de los caprichos y deseos personales de sus funcionarios o siguiendo la instrucción de una dirigencia política, sería una mala administración pública en tiempos de normalidad, pero peor aún en tiempos de pandemia. De modo que el sometimiento de la administración a la Ley y al Derecho es una de las mejores garantías para que la ciudadanía sepa que toda la actuación del complejo Gobierno-Administración: actos, silencios,

omisiones, vías de hecho o inactividades, todo, puede ser controlado jurídicamente por los jueces y tribunales³¹.

Lo cierto es que en tiempos de emergencia como la que vivimos es cuando más se requiere de una buena administración. Ya hemos dicho que la buena administración pública es un derecho fundamental y, también, un principio de actuación administrativa. Los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración. Y la administración está obligada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general.

Ya hemos citado el artículo 141 de la Constitución que prevé que la administración pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

La buena administración pública, sobre todo en tiempos de crisis como el que caracteriza a la pandemia del COVID-19, es aquella que está estrictamente comprometida a facilitar la libertad de los ciudadanos.

Esta buena administración es la que en democracia cumple con funciones de servicio objetivo a la ciudadanía, orientado al interés general, que como hemos señalado, está a su vez identificado con la mejora permanente e integral de las condiciones de vida de las personas.

3.1. Principios de la buena administración

La buena administración debe seguir los principios fundamentales de un estado democrático y social de derecho, que se enumeran en la Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, entre los cuales resaltamos los siguientes:

³¹ Jaime Rodríguez Arana, “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, ob. Cit.

3.1.1. Principio de legalidad (artículos 137 y 141 de la Constitución y 4 de la LOAP)

La premisa fundamental del derecho administrativo radica en la sumisión de la actividad administrativa a derecho, al bloque de la legalidad, y de allí el principio de que la administración no puede hacer nada que no tenga expresamente permitido y regulado por la ley (principio de la legalidad).

Como hemos señalado, la sujeción de la administración al bloque de la legalidad está prevista en el artículo 137 de la Constitución, el cual dispone: *“Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”*. El principio de legalidad también está contenido en el artículo 141 de la Constitución referido a la buena administración al indicarse que ésta debe proceder con *“sometimiento pleno a la ley y al derecho”*.

Asimismo, la LOAP contempla dicho principio en el artículo 4 que establece que la administración pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico.

De igual forma, el artículo 10 de la LOPA establece que ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la Ley.

De estas disposiciones relativas al principio de legalidad, se desprende con claridad, no sólo que la administración puede actuar únicamente sometida al derecho, sino además dentro del preciso marco de las competencias que las normas le asignan, y siempre en acuerdo con los fines para los cuales le fueron conferidas dichas competencias³².

³² Allan Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013. P. 180.

La vigencia del principio de legalidad tiene tres aspectos fundamentales: (i) En primer lugar, del principio de legalidad se deriva la reserva legal respecto de la asignación de competencias que se confieren a los distintos órganos administrativos; (ii) En segundo término, el principio de legalidad establece el orden jerárquico de las normas que le son aplicables a los entes de la administración pública y (iii) En tercer lugar, como garantía del cumplimiento del principio de legalidad se requiere el control judicial de los actos dictados por los órganos de la administración pública.

De acuerdo a lo anterior, la reserva legal actúa como una limitación para la administración, la cual no puede por vía unilateral modificar el régimen constitucional y legal de asignación de sus competencias; debe respetar además con base a este principio de legalidad el orden de aplicación de las distintas normativas, en vista a su jerarquía; y, por último, está sometida al control de sus actos por el poder judicial, en cuanto al debido respeto que merecen los límites válidos de actuación de la administración y la responsabilidad que su incumplimiento general para el Estado.

Así pues, la sujeción de la actividad administrativa al principio de legalidad encuentra su expresión en el desarrollo de sus competencias con estricto apego a las normas jurídicas preexistentes y aplicables a las situaciones jurídicas que la administración resuelve. De forma que la administración pública ha de someter su actuación -de coacción, prescricional, empresarial o de fomento- al bloque de la legalidad, que comprende todas las normas del ordenamiento jurídico, es decir, que abarca desde las regulaciones constitucionales, legales, sub-legales, los principios generales, hasta los precedentes administrativos, todos los cuales establecen y regulan la organización, funcionamiento y atribuciones de los órganos del Estado, consagran los derechos y deberes de los ciudadanos, y determinan los controles sobre el ejercicio del poder público.

3.1.2. Principio de eficacia (artículo 10 de la LOAP y LSTA)

Conforme al principio de eficacia las actuaciones administrativas deben realizarse en el marco de los objetivos establecidos en cada ente público. Especialmente, las autoridades administrativas buscarán que

los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, removerán de oficio todos los obstáculos puramente formales, evitarán el silencio administrativo, las dilaciones y los retardos.

De esta forma dispone el artículo 30 de la LOPA que la actividad administrativa se desarrollará con arreglo a principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad, los cuales deben ser asegurador por las autoridades superiores de cada organismo cuando deban resolver cuestiones relativas a las normas de procedimiento.

Además, dispone la LOAP en su artículo 10 que la simplificación de los trámites administrativos, así como la supresión de los que fueren innecesarios será tarea permanente de los órganos y entes de la administración pública, de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente.

En este sentido la LSTA tiene por finalidad racionalizar y optimizar las tramitaciones que realizan las personas ante la administración pública a los fines de mejorar su eficacia, eficiencia, pertinencia, utilidad, para así lograr una mayor celeridad y funcionalidad en las mismas, reducir los gastos operativos, obtener ahorros presupuestarios, cubrir insuficiencias de carácter fiscal y mejorar las relaciones de la administración pública con las personas.

La LSTA exhorta a los órganos y entes de la administración pública a simplificar los trámites administrativos que se realicen ante los mismos, a través de la elaboración y aplicación de planes de simplificación de trámites administrativos con fundamento en las bases, principios y lineamientos establecidos en esa ley, entre los cuales se encuentran:

1. Suprimir los trámites innecesarios que incrementen el costo operacional de la Administración Pública, que hagan menos eficiente su funcionamiento y propicien conductas impropias.
2. Simplificar y mejorar los trámites administrativos, lo cual supone, entre otros aspectos:
 - a) Adaptar los trámites a la forma más sencilla posible, reduciendo al mínimo los requisitos y exigencias a las personas, dejando única y exclusivamente los pasos que sean indispensables para cumplir el propósito de estos.
 - b) Rediseñar el trámite utilizando al máximo los elementos tecnológicos.

- c) Incorporar controles automatizados que minimicen la necesidad de estructuras de supervisión y controles adicionales.
 - d) Evitar las instancias en las cuales el juicio subjetivo de la Administración Pública pueda interferir en el proceso.
 - e) Crear incentivos o servicios adicionales que puedan otorgarse a las personas en contraprestación al cumplimiento oportuno del trámite.
 - f) Propiciar la participación popular a través de las comunidades organizadas, en especial los consejos comunales.
3. Concentrar trámites, evitando su repetición en los distintos órganos y entes

3.1.3. Principio de proporcionalidad (artículos 12 LOPA y 10 de la LOAP)

Las decisiones administrativas deben ser proporcionadas al fin previsto en el ordenamiento jurídico, se dictarán en un marco de justo equilibrio entre el interés general y el interés particular y se evitará limitar los derechos de los ciudadanos a través de la imposición de cargas o gravámenes irracionales o incoherentes con el objetivo establecido.

El principio de proporcionalidad está previsto en el artículo 12 de la LOPA, el cual establece que aun en los casos en que una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia. Además, el artículo 10 de la LOAP establece también como uno de los principios rectores de la actividad administrativa la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad se traduce en la exigencia de la justa medida, ponderación o moderación de la limitación y de la prohibición del exceso.

El principio de proporcionalidad postula que los órganos y entes de la administración adopten la técnica de limitación menos lesiva a las libertades de los ciudadanos, y entre varias opciones, seleccione aquella que vulnere, en menor medida la libertad. En efecto, se exige, para legitimar la actuación de la administración pública, la existencia de un

motivo verdadero y serio, además de la idoneidad de los medios de actuación adoptados, su absoluta necesidad y la elección del medio menos gravoso, así como el equilibrio entre la trascendencia de la actuación de la administración y la utilidad obtenida y, por consiguiente, una cierta proporcionalidad en la relación de medios afines.

El principio de proporcionalidad, a su vez, cuenta para su efectividad con los principios de idoneidad, que exige fundamentalmente de la acción estatal un cierto grado de eficacia en orden a la consecución del fin; el principio de la necesidad, referido a la ausencia de una alternativa menos gravosa pero igualmente eficaz; y la proporcionalidad en sentido estricto, donde es preponderante el interés en amparar el bien correspondiente sobre el sacrificio sufrido por la posición jurídica subjetiva afectada.

3.1.4. Principio de imparcialidad e independencia (artículos 145 de la Constitución y 36 al 40 de la LOPA)

De conformidad con el principio de imparcialidad, en el curso de cualquier actividad así como en la decisión de cualquier procedimiento administrativo -señala el profesor Brewer-Carías- la administración pública no debe tomar partido, ni inclinar la balanza o beneficiar ilegítimamente a una parte en perjuicio de otra, sino que debe tomar su decisión objetivamente, únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad de interés general que la motiva, tratando a todos los ciudadanos en forma igual, salvo las distinciones que deriven de los derechos de protección que puedan tener ciertos ciudadanos³³.

Sobre este principio, conviene tener presente en primer lugar lo dispuesto en el artículo 145 de la Constitución, según el cual los funcionarios públicos *“están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna”*. En este sentido dispone la Constitución además que de ninguna forma el nombramiento o remoción de los funcionarios podrá estar determinada por la afiliación u orientación política.

El personal al servicio de la administración pública deberá actuar de modo imparcial e independiente. Deberá abstenerse de toda actuación arbitraria o dar trato preferente por cualquier motivo. La actuación

³³ Allan Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. Cit. tomo IV. p. 118

administrativa debe tener como objetivo el interés general. Se prohíbe la participación de funcionarios administrativos que tengan conflicto de interés en la resolución de cualquier asunto de la administración, sea por que tengan interés directo en el procedimiento o porque participen familiares próximos.

Asimismo, téngase en cuenta los artículos 36 al 40 de la LOPA relativos a la inhibición de los funcionarios públicos en el conocimiento del asunto cuya competencia les esté legalmente atribuida. La LOPA determina las causales de inhibición, entre las cuales se encuentran las siguientes:

1. Cuando personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tuvieren interés en el procedimiento.
2. Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento.
3. Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate, o si como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar ya la resolución del asunto, o, tratándose de un recurso administrativo, que hubieren resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna.
4. Cuando tuvieren relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los directamente interesados en el asunto.

En cualquiera de estos casos, la LOPA obliga al funcionario a plantear su inhibición en escrito razonado, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a aquel en que comenzó a conocer del asunto o en que sobrevino la causal, y remitir sin retardo el expediente a su superior jerárquico, quien decidirá sobre su inhibición.

3.1.5. Principio de buena fe y confianza legítima (artículos 9 de la LSTA y 11 de la LOPA)

De acuerdo con el principio de buena fe, tanto las autoridades administrativas como los particulares presumirán el comportamiento legal de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

Este principio de la buena fe y confianza legítima ha sido reconocido expresamente en la LSTA, cuyo artículo 9 dispone que, de acuerdo con la presunción de buena fe, en todas las actuaciones que se realicen ante la administración pública, se debe tener como cierta la declaración del administrado, salvo prueba en contrario. Establece la LSTA que los trámites administrativos deben mejorarse o rediseñarse para lograr el objetivo propuesto en la generalidad de los casos y no para cubrir las posibles excepciones al comportamiento normal del ciudadano.

Brewer-Carías señala que haber incorporado el principio de buena fe en la ley, constituye una revolución en el régimen jurídico de la administración pública, debido a que en la práctica de algunas administraciones públicas, lamentablemente, lo que existe de parte de los funcionarios, es una especie de presunción de que el administrado actúa de mala fe, por lo que usualmente busca obstaculizar sus pretensiones; y el administrado, por su parte, con frecuencia responde a esta actitud, buscando engañar a la administración. Es por ello por lo que Brewer-Carías afirma que el principio de la buena fe *“tiene que convertirse en el instrumento que pueda garantizarle al particular que puede confiar en la Administración y en el funcionario, y viceversa.”*³⁴.

De otra parte, en virtud del principio de confianza legítima, la actuación administrativa deberá ser respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración en el pasado.

Sobre estos principios que rigen la actividad administrativa, en Venezuela, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado, mediante sentencia número 954 de fecha 18 de junio de 2014, señalando lo siguiente:

“(...) Esta Sala ha expresado que el principio de confianza legítima, que rige la actividad administrativa, está referido a la concreta manifestación del principio de buena fe en el ámbito de la actividad administrativa y cuya finalidad es el otorgamiento a los particulares de garantía de certidumbre en sus relaciones jurídico-administrativas (ver sentencia N° 1.171 del 4 de julio de 2007).

Asimismo, se ha manifestado que el principio de la confianza legítima (sentencia de esta Sala N° 213 del 18 de febrero de 2009)

³⁴ Allan Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. Cit. Tomo IV. p. 22

constituye la base de los vínculos que existe entre el Poder Público y los ciudadanos, cuando a través de su conducta, revelada en sus declaraciones, actos y doctrina consolidada, se pone de manifiesto una línea de actuación que la comunidad o sujetos específicos de ella esperan se mantenga. Este principio alude así a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener una decisión que esté en consonancia con lo que se ha venido resolviendo. (...)” (sentencia número 01181 de fecha 28 de septiembre de 2011).

De igual forma, la Sala Político-Administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPA, determinó que, si bien “*los criterios de la Administración no son inmutables, pueden cambiar, la única limitante es que la nueva interpretación no se aplique a situaciones anteriores, salvo que fuese más favorable al administrado.*”

De conformidad con este criterio, el principio de la confianza legítima se refiere a la expectativa plausible que tienen los particulares de que la administración pública siga decidiendo tal como lo ha venido haciendo en una materia en base a sus actuaciones reiteradas.

3.1.6. Principio de responsabilidad y rendición de cuentas (artículos 140 y 141 de la Constitución, 14 de la LOAP, 51 y 52 de la LOCGR)

Por este principio la administración debe responder por las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general. Las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Igualmente, la administración pública deberá rendir cuentas de sus actuaciones y publicar las evaluaciones de sus unidades.

Este principio de responsabilidad de la administración pública, como hemos adelantado, está contemplado en el artículo 140 de la Constitución que dispone que “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública.*”, así como en el artículo 141 que señala

que la administración pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta entre otros, en el principio de responsabilidad en el ejercicio de la función pública; y a nivel legal en el artículo 13 de la LOAP que establece que:

“La Administración Pública será responsable ante las personas por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad de cualquier índole que corresponda a las funcionarias o funcionarios por su actuación. La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran las personas en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento.”

Por su parte, el principio de rendición de cuentas, que implica la obligación de demostrar formal y materialmente, la corrección de la administración, manejo o custodia de los recursos se encuentra regulado en el artículo 14 de la LOAP que establece que los funcionarios de la administración pública deberán rendir cuentas de los cargos que desempeñen, en los términos y condiciones que determine la ley.

Asimismo, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³⁵ (LOCGR) establece en su artículo 51 la obligación de formar y rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión, de las personas que administren, manejen o custodien recursos de los entes y organismos del Poder Público, en la forma, oportunidad y ante el órgano de control fiscal que determine la Contraloría General de la República, mediante resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República. Determina también la LOCGR que tienen igual obligación quienes administren o custodien, por cuenta y orden de los referidos entes y organismos, recursos pertenecientes a terceros.

De igual forma, deberán rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión, así como establecer un sistema de control interno, quienes administren, manejen o custodien recursos de cualquier tipo afectados al cumplimiento de finalidades de interés público, provenien-

³⁵ Gaceta Oficial número 6.013 del 23 de diciembre de 2010.

tes de los entes y organismos del Poder Público, en la forma de transferencia, subsidios, aportes, contribuciones, o alguna otra modalidad similar, de conformidad con el artículo 52 de la LOCGR.

3.1.7. Principio de transparencia y acceso a la información de interés general (artículos 143 de la Constitución, 22, 11, 12 y 159 de la LOAP)

El funcionamiento, actuación y estructura de la administración debe ser accesible a todos los ciudadanos, que pueden conocer la información generada por las administraciones públicas y las instituciones que realicen funciones de interés general. En este orden de ideas, el artículo 143 de la Constitución determina el derecho de todas las personas de acceder a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.

A nivel legal, este principio se encuentra consagrado en la LOAP cuyo artículo 22 dispone que la estructura organizativa preverá la comprensión, acceso, cercanía y participación de las personas de manera que les permitan resolver sus asuntos, ser auxiliados y recibir la información que requieran por cualquier medio.

Asimismo, este principio está reflejado en los artículos 11 y 12 de la LOAP que establecen, en primer lugar, la obligación de la administración pública de contar con una página en internet, que contendrá entre otra, la información que se considere relevante, los datos correspondientes a su misión, organización procedimiento, normativa que lo regula, servicios que presta, documentos de interés para las personas, ubicación de sus dependencias e información de contactos, y de otra parte, el deber de publicar en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o, según el caso, en el medio de publicación oficial correspondiente, los reglamentos, resoluciones y demás actos administrativos de carácter general dictados por los órganos y entes de la administración pública.

De otra parte, el artículo 159 de la LOAP dispone el derecho de toda persona de acceder a los archivos y registros administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión o el tipo de soporte material en que figure, salvo las excepciones establecidas en la Constitución y en la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.

En términos generales, los principios reconocidos en la Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano como fundamentales para la materialización de una buena administración pública están enunciados en el artículo 10 de la LOAP que establece que la administración pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales.

3.2. Derecho a la buena administración

De otra parte, queremos enfatizar también que el derecho general fundamental de los ciudadanos a una buena administración pública puede concretarse, de conformidad con el capítulo III de la Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano, en una serie de derechos que lo componen y que los ciudadanos podrán hacer valer ante los órganos de la administración o ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Estos derechos se concretan, de acuerdo a la legislación venezolana, de la siguiente forma:

3.2.1. Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas (artículo 18.5 y 9 LOPA)

Todas las actuaciones de la administración pública deberán estar respaldadas por razonamientos inteligibles para sus destinatarios. La motivación debe ser proporcional al alcance del poder administrativo del que dispone la propia administración, de modo que cuanto más

extensa e intensa sea la discrecionalidad desde la que opere la Administración pública, mayor será la necesidad de motivar y justificar la actuación administrativa.

La motivación consiste entonces en la indicación de los hechos y de los fundamentos legales de la actuación administrativa (motivación fáctica y motivación jurídica, respectivamente). La LOPA expresamente exige en el artículo 18.5 que los actos administrativos estén dotados de motivación, al disponer que “*todo acto administrativo debe contener*” la expresión sucinta de los hechos y de los fundamentos legales.

En el caso de los actos administrativos de carácter particular, dispone especialmente la LOPA en su artículo 9 que estos deberán ser motivados, es decir, que deberán hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto, a menos de que se trate de un acto de simple trámite, o salvo disposición expresa de la ley. La correcta motivación permite al administrado conocer la causa del acto administrativo y va en obsequio del derecho de la defensa. Si se sabe por qué se dictó el acto administrativo, podrá determinarse si el supuesto, de hecho o de derecho es falso o no y, entonces, podrá controlarse o a través de la autotutela de la administración o ante la jurisdicción administrativa.

3.2.1. Derecho a la tutela administrativa efectiva (artículos 49 y 143 de la Constitución, 5 de la LOAP y 73 de la LOPA)

Durante la sustanciación del procedimiento administrativo, la propia administración tiene la carga de evitar que el administrado pueda encontrarse en situación de indefensión. Este derecho se encuentra relacionado, en primer lugar, con el derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 de la Constitución, pero también con la obligación de la administración pública de asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella, establecida en el artículo 5 de la LOAP.

Es la propia administración la que debe preservar la tutela administrativa efectiva, desde que debe actuar con el cuidado de evitar que el administrado sufra dentro del procedimiento administrativo alguna lesión en su derecho y, en especial, el derecho de la defensa.

Esto es especialmente necesario en los procedimientos administrativos sancionatorios.

Pero también debemos mencionar el artículo 143 de la Constitución que consagra el derecho de los ciudadanos a ser informados oportuna y verazmente por la administración pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. En este sentido, la Constitución prohíbe la censura a los funcionarios públicos que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad.

Igualmente, debe garantizarse el derecho de los ciudadanos a la tutela administrativa efectiva, cuando se dicte un acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos personales y directos, caso en el cual, de conformidad con el artículo 73 de la LOPA, la administración pública deberá notificar a los interesados, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, y la indicación si fuere el caso, de los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse.

3.2.2. Derecho a una resolución administrativa en plazo razonable (artículos 4, 5 y 6 LOPA)

Una buena administración pública debe asegurar que las autoridades administrativas van a resolver los expedientes que obren en su poder en los plazos que permitan una defensa razonable y adecuada de los ciudadanos, en el marco de los medios materiales y personales con los que cuente en cada caso la administración pública.

En efecto, tratándose de un derecho de petición con garantía de oportuna respuesta, las leyes de procedimiento administrativo tienden a reafirmar la obligación de la administración y de sus funcionarios de resolver, rápida y oportunamente, las peticiones, prescribiendo además plazos para las decisiones³⁶.

En este orden de ideas, los artículos 4, 5 y 6 de la LOPA, disponen que la administración pública debe resolver el asunto o recurso sometido a su conocimiento dentro de los correspondientes lapsos, y en caso

³⁶ Allan Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, ob.cit. P. 299.

de que no lo hiciere se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario.

La LOPA es muy clara al establecer que la omisión o la demora en la resolución de las peticiones, representaciones o solicitudes de naturaleza administrativa dirigidas por los particulares a los órganos de la administración, puede ocasionar a los funcionarios a quienes compete la tramitación del asunto, además de las sanciones previstas en la LOPA, la responsabilidad civil por el daño ocasionado a la administración.

3.2.3. Derecho a una resolución justa de las actuaciones administrativas (artículo 4 LOAP)

Efectivamente, comoquiera la administración pública está sometida al bloque de la legalidad, la resolución que adopte en cada procedimiento debe estar de acuerdo a lo límites previstos en la ley. Debe ser justa y equitativa.

Este derecho se corresponde con el principio de legalidad de la actuación administrativa establecido en el artículo 4 de la LOAP, según el cual la asignación, distribución y ejercicio de las competencias de la administración pública está sometida a lo establecido en la Constitución, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico. La interdicción de la arbitrariedad y la sumisión total de la actuación administrativa al bloque de la legalidad es presupuesto indispensable para una buena administración.

3.2.4. Derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las normas, en los registros físicos o informáticos (artículos 51 de la Constitución, 9 de la LOAP y 2 de la LOPA)

La forma de relacionarse el ciudadano con la administración debe ser elegida por el propio ciudadano y consecuentemente la administración debe atender a los administrados en función del medio de relación que éstos entiendan de su preferencia.

Este derecho es de rango constitucional y está consagrado en el artículo 51 de la Constitución, de conformidad con el cual toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo.

Asimismo, el derecho a dirigirse a la administración está consagrado en el artículo 2 de la LOPA, conforme al cual toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa, la cual deberá resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieran para no hacerlo.

3.2.5. Derecho a respuesta oportuna y eficaz de las autoridades administrativas (artículo 9 LOAP)

La administración pública debe responder siempre al ciudadano. No sólo porque éste tiene derecho a una respuesta oportuna por parte de la administración, sino porque el ciudadano tiene derecho igualmente a que la respuesta sea la que tiene que ser, la que en el momento pertinente es la apropiada y adecuada. Además, la respuesta tiene que producirse en el tiempo pertinente para que la respuesta tenga sentido para el Derecho.

Los artículos 51 de la Constitución y 9 de la LOAP establecen el deber de los funcionarios públicos de recibir y atender, sin excepción, las peticiones o solicitudes que les formulen los administrados, por cualquier medio escrito, oral, telefónico, electrónico o informático; así como la obligación de responder oportuna y adecuadamente tales solicitudes³⁷, independientemente del derecho que tienen las personas de ejercer los recursos administrativos o judiciales correspondientes, de conformidad con la ley.

Disponen además dichos artículos que, en caso de incumplimiento de este deber, es decir, que cuando un funcionario público se abstenga

³⁷ Sobre el derecho de petición véase Allan Brewer-Carías, *Los Deberes de los Funcionarios Públicos*, Ediciones de la Escuela Nacional de Hacienda, Caracas 1971.

de recibir las peticiones o solicitudes de las personas, o no de adecuada y oportuna respuesta a las mismas, será sancionados de conformidad con la ley.

3.2.6. Derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la administración pública (artículos 10 y 15 de la LSTA)

Este derecho se concreta en la necesidad de que las distintas administraciones deben arbitrar mecanismos de comunicación de sus registros y archivos, para hacer posible que entre ellas se intercambien todos los documentos que, estando en su poder, sean necesarios para que las personas tramiten sus correspondientes procedimientos administrativos.

En Venezuela este principio no ha sido aplicado enteramente, sin embargo, téngase en cuenta que por ejemplo la LSTA exige los órganos y entes de la administración pública que, en sus respectivas áreas de competencia, realicen un inventario de los documentos y requisitos cuya exigencia pueda suprimirse de conformidad con la presunción de buena fe, aceptando en sustitución de estos las declaraciones juradas hechas por el interesado o un representante con carta poder (artículo 10).

Asimismo, el artículo 15 de la mencionada ley dispone que no podrá exigirse el cumplimiento de un requisito cuando este, de conformidad con la normativa aplicable, debió acreditarse para obtener la culminación de un trámite anterior ya cumplido, caso en el cual, dicho requisito se tendrá por cumplido para todos los efectos legales.

3.2.7. Derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente (artículo 49 de la Constitución y 48 de la LOPA)

Sabemos que de conformidad con el artículo 49 de la Constitución las garantías del debido proceso se aplican no solo a las actuaciones judiciales, sino a las administrativas también. De allí que toda persona

tiene derecho a ser oída en cualquier clase de procedimiento administrativo, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente. Este derecho es una garantía básica de que las decisiones que puedan adoptarse en contra de los administrados se produzcan de forma contradictoria.

En efecto, el derecho a ser oído (*audi alteram partem*) en materia administrativa, significa la obligación para la Administración de oír previamente a los interesados³⁸.

Además, este derecho encuentra expresa consagración en el artículo 48 de la LOPA que dispone que en el caso en que el procedimiento administrativo se inicie de oficio, la autoridad administrativa competente o una autoridad administrativa superior deberá ordenar la apertura del procedimiento y notificará a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, concediéndoles un plazo de diez (10) días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones.

Cabe destacar que, en criterio del profesor Brewer-Carías, con fundamento en el principio del informalismo del procedimiento el hecho de que el interesado no concurra al llamado a audiencia en el lapso indicado no le impide apersonarse en cualquier estado del procedimiento y formular los alegatos correspondientes. En este sentido, los lapsos prescritos no tienen carácter preclusivo para los administrados, y su derecho a hacerse oír pueden ejercerlo en cualquier momento, por supuesto antes de que se adopte la decisión³⁹.

3.2.8. Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas (artículo 59 de la LOPA)

El derecho a la defensa en el procedimiento administrativo implica el derecho de todo interesado a hacerse parte en el procedimiento, es decir, cuando éste no se haya iniciado a instancia suya, sino de oficio o

³⁸ Allan Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. Cit. Tomo IV. P. 318

³⁹ Ibidem. P. 319.

a instancia de otra persona, si su interés personal, legítimo y directo o su derecho subjetivo puede resultar lesionado, afectado o satisfecho en el procedimiento. Este derecho a hacerse parte implica el derecho a apersonarse en el procedimiento, en cualquier estado en que se encuentre la tramitación y siempre que en el mismo no hubiese recaído resolución definitiva⁴⁰.

De otra parte, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 59 de la LOPA, los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente, así como de pedir certificación de este, excepto cuando se trate de documentos calificados mediante acto motivado como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales serán archivados en cuerpos separados del expediente.

3.2.9. Derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios de responsabilidad pública (artículos 140 de la Constitución y 13 de la LOAP)

La garantía patrimonial, consecuencia del Estado de Derecho, asegura que toda persona a la que la administración pública haya lesionado en sus derechos o bienes, como consecuencia del funcionamiento -normal o anormal- de los servicios públicos, debe ser indemnizada.

Este derecho tiene consagración constitucional en el artículo 140 que dispone que:

Artículo 140: 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.

La expresión “*funcionamiento de la Administración Pública*” admite que la responsabilidad del Estado se origine cuando la lesión se

⁴⁰ Ibidem. P. 317.

derive tanto del funcionamiento normal como del funcionario anormal de la administración pública.

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad de la administración pública, lo reitera el artículo 13 de la LOAP. Aun cuando la norma dispone en forma inapropiada que la responsabilidad patrimonial corresponde a la “administración pública”, se entiende que tal responsabilidad se imputa, en verdad, a las personas jurídicas con sustrato territorial, estas son: República, Estado, Municipios y Distritos Metropolitanos, o a los entes descentralizados funcionalmente, sean estos de derecho público o privado: institutos autónomos, fundaciones, asociaciones civiles, corporaciones y empresas del estado.

3.2.10. Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la Administración pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas (artículos 25 y 139 de la Constitución y 8 de la LOAP)

Los ciudadanos, además del derecho a exigir la justa indemnización por la lesión que puedan sufrir en sus bienes o derechos a causa del funcionamiento de los servicios públicos, podrán en cualquier momento demandar las responsabilidades en que puedan haber incurrido determinados servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

La responsabilidad individual de los funcionarios públicos está regulada en el artículo 139 de la Constitución, que establece que el ejercicio del poder público acarrea responsabilidad individual, bien por abuso o desviación de poder o por violación de la Constitución de la ley.

Así también, el principio de responsabilidad individual está consagrado de forma genérica en el artículo 25 de la Constitución que dispone que los funcionarios públicos que ordenen o ejecuten actos que violen o menoscaben los derechos garantizados por la Constitución y la ley, incurrirán en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, *“sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”*. Este mismo principio lo repite el artículo 8 de la LOAP, en relación con los funcionarios de la “administración pública”.

3.2.11. Derecho a servicios públicos y de interés general de calidad

La LOAP enumera en el artículo 7 una serie de derechos que tienen las personas en sus relaciones con la administración pública, entre las cuales podemos mencionar los siguientes:

- El derecho de conocer en cualquier momento, el estado de los procedimientos en los que tengan interés,
- El derecho de conocer la identidad de los funcionarios al servicio de la administración pública bajo cuya responsabilidad se tramitan los procedimientos.
- El derecho de formular alegatos y presentar documentos en los procedimientos administrativos en los cuales tengan interés, en los términos o lapsos previstos legalmente.
- El derecho de presentar sólo los documentos exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate.
- El derecho de obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.
- El derecho de acceder a los archivos y registros de la administración pública en los términos previstos en la Constitución y demás normativa aplicable.
- El derecho a ser tratados con respeto y deferencia por los funcionarios, los cuales están obligados a facilitar a las personas el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.
- El derecho a ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren precedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la administración pública, de conformidad con la Ley, salvo el procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República.

Tengamos en cuenta que la enunciación de estos derechos en la LOAP no es taxativa, por el contrario, incluye los demás derechos que establezcan la Constitución y la ley.

Ya definidos los alcances, principios y derechos ante una buena administración, es menester reiterar que los poderes y potestades de que están investidas las autoridades y las actividades que estas realicen en una situación como la de la pandemia que enfrentamos, tal como lo afirma Rodríguez Arana, deben ejercerse de forma ponderada, proporcionada, y siempre, justificando su necesidad por razones concretas de interés general⁴¹.

3.3. Actividad de policía administrativa (orden público sanitario)

La actividad administrativa puede manifestarse de distintas formas, es lo que la doctrina denomina los contenidos de la actividad administrativa, estos son, la policía administrativa o actividad de coacción, la prestación de servicios públicos, la actividad de fomento y la actividad de gestión económica. Particularmente, para combatir los efectos del COVID-19 se precisa el uso de la actividad administrativa de policía o coacción, la de prestación de servicios públicos, fundamentalmente el servicio de salud, y la actividad de fomento.

La actividad de policía o coacción consiste en una forma de actividad administrativa dirigida al mantenimiento del orden público (entendido en sentido amplio), mediante la limitación de las actividades privadas. Garrido Falla ha definido la actividad de policía como el *“conjunto de medidas coactivas arbitradas por el derecho para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública”*⁴².

Esencialmente, la actividad de policía administrativa es una actividad del Estado, que corresponde a todos los órganos. Como explica Brewer-Carías, *“Toda entidad estatal, por esencia, realiza una*

⁴¹ Jaime Rodríguez Arana, “Interés general, Derecho Administrativo y Covid-19”, en *Peruweek.pe*, 27 de mayo 2020, disponible en: <https://www.peruweek.pe/interes-general-derecho-administrativo-y-covid-19/>

⁴² Fernando Garrido Falla, “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, conferencia pronunciada por el autor en el Instituto de Estudios Político- el 23 de abril de 1-953.

actividad de policía en el sentido de velar por el orden público y social o por el respeto de los derechos de los demás. Por ello, la policía no es solo un conjunto de funcionarios uniformados, sino que ante todo es una actividad del Estado que corresponde a todos sus órganos con relación a las competencias que les corresponden y, a las actividades que realicen, siempre que las mismas tengan relación con el orden público y social y con el respeto a los derechos de los ciudadanos”⁴³.

Para combatir los efectos del coronavirus se precisa llevar adelante, en primer lugar, esta actividad administrativa de coacción dirigida al mantenimiento del orden público (entendido en sentido amplio), mediante el establecimiento de limitación de las actividades privadas, prohibición de circular, suspensión de actividades comerciales o sociales, imposición de medidas de orden público sanitario, establecimiento de medidas de protección a la población y regulaciones para evitar los contagios.

Pero todas esas medidas deben hacerse en respeto de la legalidad, de la división de los poderes, atendiendo a la razonabilidad jurídica, a la prohibición de la arbitrariedad, en respeto de la buena fe, confianza legítima, solidaridad y acompañadas del suministro de los servicios esenciales que permitan a la población permanecer en casa resguardados: agua, luz, alimentación y seguridad.

La expresión contenida en el artículo 141 de la Constitución en el sentido de que la actividad administrativa debe realizarse con “*pleno sometimiento a la ley y al derecho*” implica, como hemos señalado antes, que la actividad de la administración debe estar sometida no sólo a las disposiciones constitucionales y legales, sino a todo el bloque de la legalidad que incluye regulaciones sub-legales, los principios generales del derecho y los precedentes administrativos.

3.4. Actividad administrativa prestacional

El servicio público es una modalidad de la acción administrativa que consiste en satisfacer la necesidad pública de que se trate de una

⁴³ Allan Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el Régimen de la Actividad de Policía Administrativa”. *Revista de Derecho Público* número 48, octubre -diciembre 1991. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991.

manera directa, por órganos de la propia administración creados al efecto y con exclusión o en concurrencia con los particulares.

En el intento de elaborar una definición estricta del término “servicio público”, Gaspar Ariño Ortiz logra elaborar un concepto bastante preciso al indicar que se trata de la *“actividad propia de Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social”*⁴⁴.

En este mismo sentido, Brewer-Carías define la noción de servicio público como *“las actividades prestacionales que debe asumir el Estado, tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales, los particulares no tienen derecho a desarrollarlas ‘libremente’”*. Precisa el mencionado autor que *“... La idea clave a los efectos de la conceptualización jurídica del servicio público, es la existencia de una obligación constitucional o legal a cargo del Estado para la realización de la actividad prestacional”*⁴⁵.

En Venezuela la actividad prestacional de la administración está expresamente contemplada en el artículo 141 de la Constitución cuando se dispone que:

“La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.”

Dentro de la actividad administrativa prestacional, la actual pandemia del COVID-19 debe ser combatida a través de una eficiente prestación de los servicios, fundamentalmente, el servicio de salud, tal y como lo establecen los artículos 83,84, 85 de la Constitución.

⁴⁴ Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico*. Tercera Edición Ampliada. Granada, 2004. p. 348.

⁴⁵ Allan Brewer-Carías. *“El régimen constitucional de los servicios públicos”*. VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. Caracas- Venezuela, 2002.

En primer lugar, el artículo 83 constitucional precisa que:

“La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.”

De otra parte, el artículo 84 dispone lo siguiente:

“Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad. El sistema público nacional de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados. La comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud.”

Por último, establece el artículo 85 que:

“El financiamiento del sistema público nacional de salud es obligación del Estado, que integrará los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias de la seguridad social y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley. El Estado garantizará un presupuesto para la salud que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria. En coordinación con las universidades y los centros de investigación, se promoverá y desarrollará una política nacional de formación de profesionales, técnicos y técnicas y una industria nacional de producción de insumos para la salud. El Estado regulará las instituciones públicas y privadas de salud.”

Ahora bien, el COVID-19 llega a Venezuela en el momento en que la prestación directa de los servicios públicos necesarios para combatirlo no existe, están totalmente desmantelados. El servicio de salud en general está totalmente colapsado y es violatorio de los derechos humanos y los servicios conexos indispensables para que éste exista, salubridad, alimentación, agua, recolección de basura, limpieza y luz son también precarios y deficientes.

El COVID-19 llega a Venezuela cuando la prestación indirecta de los servicios públicos a través de operadores privados -clínicas privadas, seguros de salud y otros- es deficiente y precaria debido a la acción del gobierno totalitario de acabar con toda iniciativa privada.

La buena administración en materia de servicios es inexistente en Venezuela, y en tiempos de pandemia las consecuencias nocivas de esta situación en los derechos de los ciudadanos se proyectan a niveles de producir una crisis humanitaria.

3.5. Actividad de fomento

Otra de las técnicas de la actividad administrativa, de mayor uso en otros países en este momento para combatir los efectos de la pandemia y de la post pandemia, es la actividad administrativa de fomento, es decir, la acción de la administración pública encaminada a ayudar, incentivar, proteger o promover las personas y actividades económicas de los particulares, establecimientos o empresas impactadas o desfavorecidas a consecuencia del coronavirus y de las medidas de aislamiento y suspensión de actividades.

El fomento lo define Jordana de Pozas como “*la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o empresas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar coacción ni crear servicios públicos*”⁴⁶. Por su parte, Garrido Falla propone la siguiente definición de actividad de fomento: “*aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesida-*

⁴⁶ Jordana De Pozas, “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”. *Revista de Estudios Políticos*, número 48. Madrid, 1949. P 46.

*des 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*⁴⁷.

En estos tiempos de efectos sociales y económicos adversos por la pandemia COVID-19, una técnica adecuada de la actividad administrativa, es el apoyo económico directo mediante ayudas públicas, créditos, subvenciones y a través de las ayudas indirectas, como son los incentivos fiscales: exoneraciones, exenciones.

El COVID-19 llega a Venezuela cuando la actividad administrativa de fomento es imposible llevarla adelante, por el estado de ruina en el que se encuentra el País. Antes que apoyo económico directo o ayudas públicas, créditos o subvenciones, se trasladan a las empresas privadas cargas y obligaciones que corresponden al Estado, sin tomar en cuenta las consecuencias económicas que está produciendo el COVID-19 en Venezuela y el mundo. Antes que incentivos fiscales, se incrementa la voracidad tributaria en perjuicio de una población y una economía totalmente destruida, colapsada y arruinada.

En efecto, en lugar de tender al reconocimiento de un evento de fuerza mayor, como es la pandemia del COVID-19, que ocasiona la imposibilidad parcial o total del cumplimiento de la obligación tributaria, en Venezuela se ha tendido a que la administración esté intentando “*habilitar*” vías alternas -no plazos adicionales- para el cumplimiento de las obligaciones tributarias de declaración y pago, presumiblemente para poder atender a los gastos del Estado derivados de la emergencia -en contradicción con las restricciones del Decreto de alarma⁴⁸.

El COVID-19 llega a Venezuela para encontrar un Estado con un presupuesto exiguo y deficiente y sin capacidad de recurrir a las fuentes de crédito internacional para hacer frente a las desgracias de la población.

⁴⁷ Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II (parte general: conclusión). Tercera edición. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1966. P. 306

⁴⁸ Gabriel Ruan Santos, “Notas sobre los efectos de la pandemia en las obligaciones tributarias”, ponencia dictada en la videoconferencia *Aspectos jurídicos de la pandemia del COVID-19*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 26 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=-3cUTCb9Ono&feature=youtu.be>

4. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y COVID-19

La organización administrativa es el conjunto de principios y normas de derecho público que determinan la estructura, organización, funcionamiento y competencia de los órganos de la administración pública, sus relaciones con otros órganos y con los administrados, la modalidad de sus actuaciones y el régimen de control.

Una organización administrativa eficiente es fundamental para combatir los efectos de la pandemia COVID-19. La atención de los enfermos, las complicaciones del tratamiento y los fallecimientos masivos, así como la prevención de riesgos, ameritan además de las normas de estructuras administrativas adecuadas. En Venezuela, en lo que a organización administrativa se refiere se ha implantado un modelo de Estado centralizado que facilita el totalitarismo. Ha habido concentración del poder, desde el punto de vista funcional, cuando se ha arrebatado y usurpado la función legislativa al parlamento, pero también se ha centralizado el poder, desde el ámbito territorial.

En 2009 se reformó, de manera inconstitucional, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989⁴⁹, que había sido dictada para promover la descentralización, atendiendo al mandato expreso del artículo 137 de la Constitución de 1961, el cual disponía que *“El Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, podrá atribuir a los Estados o a los Municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa”*. Cabe destacar que las competencias transferidas a los Estados, fueron luego atribuidas de forma originaria a los mismos en la Constitución de 1999, por lo cual esta reforma parcial del 14/08/2003 y del 17/03/2009 para revertir esas competencias al poder nacional resulta del todo inconstitucional.

Otras leyes también han suprimido competencias constitucionales atribuidas a Estados y Municipios. Así pues, por ejemplo, la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno⁵⁰ que redujo las competencias

⁴⁹ Publicada en Gaceta Oficial número 4.153 extraordinario de fecha 28 de diciembre de 1989.

⁵⁰ Gaceta Oficial número 5.963 Extraordinario del 22 de febrero de 2010.

y recursos a gobernadores y alcaldes y la Ley del Distrito Capital que suprimió competencias y recursos a la Alcaldía Metropolitana⁵¹.

Ahora bien, este modelo de Estado centralizado y totalitario es ineficiente para atender las necesidades de la población en circunstancias normales, y, por ende, más aún lo es cuando se enfrenta una crisis de estas proporciones como las que plantea la pandemia del COVID-19.

Debe ser el gobierno local el encargado de prestar, en primer lugar, y de forma inmediata, el servicio de salud. Sin embargo, a través de la disminución de competencias y de la asfixia presupuestaria, sobre todo en los Estados y Municipios gobernados por los enemigos políticos, los gobiernos locales han sido forzados a abandonar la prestación de los servicios indispensables, dejando a la población en el absoluto estado de abandono. Ahora ante la crisis pandémica la concentración del poder y centralización de competencias administrativas agrava aún más ausencia de respuesta a las necesidades particulares de las distintas localidades que requieren medidas que se diseñen en atención a las exigencias de las diferentes realidades de sus poblaciones.

5. CONTROL JUDICIAL Y COVID-19

Como sabemos la justicia administrativa deriva del empeño del Estado de derecho de controlar el ejercicio arbitrario del poder, y junto al principio de separación de poderes, al de legalidad y al del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas, es fundamento indispensable para su existencia real. Entre los presupuestos del Estado de derecho, se encuentra la existencia de una justicia administrativa -derecho de los ciudadanos y obligación del Estado- que asegure el sometimiento de la administración pública al bloque de la legalidad.

La justicia administrativa resulta en efecto de la lucha por el establecimiento de un Estado de derecho. Se trata del mecanismo por medio del cual se reducen las inmunidades, se limita la arbitrariedad y se somete al control jurisdiccional el ejercicio del poder, todo ello con el fin de hacer efectivo el principio de legalidad.

⁵¹ Carlos Vecchio, “Observatorio parlamentario. Balance legislativo 2006-2010. ¿Poder legislativo? SE BUSCA UN PODER”, en *El Universal*, Caracas, septiembre 2010.

La jurisdicción contencioso administrativa está en Venezuela contemplada en el artículo 259 de la Constitución, disposición en la cual se encuentran enunciadas las especialidades del contencioso, que son las siguientes: (i) Contencioso administrativo de anulación, (ii) de responsabilidad (contractual y extracontractual), (iii) del restablecimiento de la situaciones jurídicas de los administrados afectadas por la administración (fuentes residuales que no pueden incluirse en la noción del hecho ilícito o del contrato), (iv) de los servicios públicos, siendo esta última una nueva competencia de la jurisdicción contencioso administrativa: “*conocer de reclamos por la prestación de servicios*”, que permite atraer ahora a dicho orden jurisdiccional las controversias por incumplimiento y la ineficacia de los servicios públicos, entre consumidores, usuarios y prestadores de dichos servicios, ya sean entidades del Estado o particulares, contratistas o concesionarios.

Asimismo, los artículos 137, 138 y 139 de la Constitución disponen el control de las actuaciones ilegales de los órganos del poder público, en los siguientes términos:

“Artículo 137. La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Artículo 138. Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.

Artículo 139. El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley.”

De otra parte, el artículo 140 de la Constitución establece el fundamento del sistema de responsabilidad de la administración, según el cual 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, ya sea normal o anormal dicho funcionamiento o lícita o ilícita la actuación.

De conformidad con el artículo 259 de la Constitución, en concordancia con el artículo 140, el Estado debe responder patrimonialmente por los daños y perjuicios que cause a la población por la deficiente prestación de los servicios públicos.

Es fuente de responsabilidad patrimonial de la administración la falta de prestación del servicio público de salud en estos aciagos momentos; el contagio de los empleados públicos del servicio sanitario, de los empleados de mantenimiento hospitalario, de los miembros de las fuerzas de seguridad, de los ancianos en casa de cuidado del Estado, de los presos y los empleados de los centros penitenciarios y, como está ocurriendo en otros países, hay responsabilidad del estado por la falta de atención a quienes viven en las calles, declarados los más vulnerables frente al COVID-19.

En todos estos casos la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para condenar a la Administración pública al pago de sumas de dinero para indemnizar a los afectados.

Sin embargo, el COVID-19 llega a Venezuela para encontrar a un poder judicial secuestrado sin autonomía e independencia, que cierra e impide toda posibilidad de someter el ejercicio del poder público a derecho y hace a los jueces contencioso-administrativos cómplices en el propósito de acabar con el estado de derecho.

La consolidación de la dictadura que padecemos, pasó, en primer lugar, por desarmar todo el régimen de control sobre la administración pública: el control político que debía llevar adelante la Asamblea Nacional fue aniquilado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y el control de legalidad que debería ejercer la jurisdicción contencioso administrativa, fue confiado, con pocas pero meritorias excepciones, a jueces provisionales, sin independencia, incapaces, corruptos, militantes de la causa revolucionaria, cómplices de la ejecución de un plan dirigido a destruir el estado de derecho, que traicionaron su responsabilidad de asegurarlo, lo que ha desfigurado la garantía de la tutela judicial efectiva, el principio de la legalidad y ha asegurado el triunfo de la arbitrariedad y de la barbarie⁵².

⁵² Rafael Badell Madrid, “Consideraciones generales sobre la jurisdicción contencioso-administrativa”. Conferencia dictada en las *Jornadas en homenaje al Dr. Luis Enrique Farías Mata* de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 07 de noviembre de 2019. Publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales número 159, julio-diciembre 2019, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve>

Para dimensionar la importancia de la justicia administrativa, tengamos presente que nada de lo que actualmente padecemos desde 1999 habría ocurrido si el juez administrativo hubiera cumplido el mandato del artículo 259 constitucional, en concordancia con el 26 -tutela judicial efectiva- y con el auxilio del control difuso -que siempre pudo aplicar- según lo dispone el artículo 334 de la Constitución.

El Poder judicial ha sido objeto de un proceso permanente y sistemático de demolición de su autonomía e independencia, llevado a cabo por diversos órganos del Estado, incluyendo el propio Tribunal Supremo de Justicia. Esta falta de imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces contencioso-administrativos y su sometimiento a los designios de quienes controlan el poder político desde el Poder Ejecutivo, condena toda posibilidad de someter el ejercicio del poder público a derecho.

6. CONCLUSIÓN

Después de 20 años de revolución bolivariana, el COVID-19 llega a Venezuela para conseguir un Estado fallido, declarado delincuente internacionalmente y arruinado por el populismo, la incompetencia y la corrupción. El COVID-19 llega a Venezuela cuando el Estado de Derecho ha sido totalmente desmantelado y su población está sometida a este régimen de leyes administrativas antijurídicas, regresivas y violatorias de los derechos humanos.

El COVID-19 llega a Venezuela para servir de justificación al gobierno totalitario, mediante el uso de su derecho administrativo represivo, para aplastar aún más a la población por fuerza de la escasez de alimentos, gasolina y medicinas; para censurar el derecho de información, violar la propiedad privada mediante confiscaciones y otras medidas inconstitucionales; perseguir a los enemigos políticos y hundir aún más la escasa actividad económica privada.

El COVID-19 encuentra un régimen administrativo antijurídico, una economía privada destruida, una población depauperada, indefensa, torturada y oprimida, un sistema de prestación de servicio público colapsado y un poder judicial secuestrado.

Es muy lamentable tener que reconocer que, como no podía ser de otra manera, el COVID-19 encuentra un país ya destruido y sin capacidad de reacción alguna frente a las consecuencias de esta pandemia si llegase a afectarse a su población de forma similar a lo ocurrido en otras latitudes.

BIBLIOGRAFÍA

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, “Pronunciamiento sobre el estado de alarma decretado ante la pandemia de coronavirus (COVID-19-19)”, 18 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/>

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Tercera Edición Ampliada. Granada, 2004.

BADELL MADRID, Rafael, “La ruptura del Estado de derecho en Venezuela”. Conferencia dictada en el *II Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales y Políticas: “Desafíos de la Democracia en el siglo XXI: Fortalezas y riesgos políticos, económicos, sociales, culturales e internacionales”*, celebrado en la ciudad de Buenos Aires, Argentina. 7 de junio de 2018. Publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales número 157, Año 2018, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/>

_____, “Consideraciones generales sobre la jurisdicción contencioso-administrativa”. Conferencia dictada en las *Jornadas en homenaje al Dr. Luis Enrique Farías Mata* de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 07 de noviembre de 2019. Publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales número 159, julio-diciembre 2019, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve>

BREWER-CARÍAS, Allan, “Consideraciones sobre el Régimen de la Actividad de Policía Administrativa”. *Revista de Derecho Público* número 48. octubre -diciembre 1991. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991.

_____, “El Régimen Constitucional de los Decretos Leyes y los Actos de Gobierno”. Ponencia para el *VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, San Cristóbal, noviembre 2001.

- _____, “El régimen constitucional de los servicios públicos”. En *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carias”*. Caracas, 2002.
- _____, “La actividad administrativa y su régimen jurídico”, ponencia para las *II Jornadas de Derecho Administrativo de Valencia*, sobre El Contenido de la Actividad Administrativa, Fundación Estudios de Derecho Administrativos (FUNEDA), Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados el Estado Carabobo, Valencia, 27-28 agosto, 2004. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II.4.479.pdf//>
- _____, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, La Administración Pública, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013.
- DE POZAS, Jordana. “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”. *Revista de Estudios Políticos*, número 48. Madrid, 1949.
- DROMI, José R., *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol.37 no.111 México sep./dic. 2004, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000300002
- GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- GARRIDO FALLA, Fernando, “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, conferencia dictada en el Instituto de Estudios Político, Madrid, 23 de abril de 1953.
- Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II (parte general: conclusión). Tercera edición. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1966.
- HAURIOU, Maurice, *Precis de droit administratif et de droit*, reimpr. De la 12ª ed., Dalloz, París, 2002.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo, Teoría General*, Tomo I. Tercera Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1990.
- MELÉNDEZ, Florentín *Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Complutense, Madrid, España. 1997.
- RODRÍGUEZ, Libardo, “El principio de legalidad: premisa fundamental de la democracia”, en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor y VILLEGAS MORENO, José, *Hacia un derecho administrativo para retornar a la*

democracia. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Montevila, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, en *MISIÓN JURÍDICA*, Revista de Derecho y Ciencias Sociales Bogotá, D.C. (Colombia), Colaboradores Externos Internacionales, Núm. 6, Año 2013, enero-diciembre, pp. 23-56. Disponible en: <https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2017/04/art1-2.pdf>

——— “Interés general, Derecho Administrativo y COVID-19-19”, en *Peruweek.pe*, 27 de mayo 2020, disponible en: <https://www.peruweek.pe/interes-general-derecho-administrativo-y-COVID-19-19/>

RUAN SANTOS, Gabriel, “Notas sobre los efectos de la pandemia en las obligaciones tributarias”, ponencia dictada en la videoconferencia *Aspectos jurídicos de la pandemia del COVID-19-19*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 26 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=-3cUTCb9Ono&feature=youtu.be>

VECCHIO, Carlos, “Observatorio parlamentario. Balance legislativo 2006-2010. ¿Poder legislativo? SE BUSCA UN PODER”, en *El Universal*, Caracas, Septiembre 2010.

**BREVES NOTAS SOBRE LAS GARANTIAS
JUDICIALES EN EL CASO DE ESTADO
DE EXCEPCIÓN DE ALARMA
POR LA PANDEMIA DEL COVID-19
Y EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
ROMÁN J. DUQUE CORREDOR***

* Individuo de Numero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Expresidente de dicha Academia y profesor de la UCV, de la UCAB y de la UMA.

I

La calamidad pública del COVID-19, considerada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud, determinó la declaratoria del estado de excepción en Venezuela, por el gobierno de Nicolas Maduro, prorrogado hasta el presente, bajo la categorización de un caso de alarma, según los decretos Nos. 4.160 y 4.161, de fecha 13 de marzo; No. 4.186 del 12 de abril; No. 4.194, del 4 de mayo y No. 4.198 del 12 de mayo; todos de este mismo año 2020. Tal declaratoria implica restricciones al ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, salvo las indicadas en el artículo 337, de la misma Constitución y en el artículo 7o, de la Ley Orgánica de Estados de Excepción; y sin que ello signifique la no aplicación de las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como lo advierte el artículo 339, de la misma Constitución. Una de esas garantías es la del debido proceso, contemplada en el artículo 49, constitucional, que es parte del macro derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26, de la misma Constitución. Estas declaratorias del estado excepción de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, entre otras medidas, han significado limitaciones a la libertad de circulación de las personas y para su presencia y permanencia en los lugares públicos, así como la suspensión de las actividades públicas y privadas.

Mediante decreto N°. 4159 del 13 de marzo del presente año, tras la confirmación de los primeros casos de contagio, el gobierno de Nicolas Maduro, declaró el Estado de Alarma que le habilitó para tomar medidas extraordinarias para gestionar la situación sanitaria, por lo que

había suspendido todas las actividades laborales, comerciales y escolares con excepción de las actividades de servicio social y de necesidad apremiante (distribución de alimentos, servicios sanitarios de salud, de seguridad y de transporte) a partir del día 15 de marzo de 2020, a los fines de fortalecer las medidas de prevención y evitar la propagación del coronavirus COVID-19 en el país. Sin embargo, como se señaló anteriormente, los estados de excepción no implican la restricción de garantías fundamentales, como las del debido proceso; por lo que su suspensión no está autorizada por el artículo 337 de la Constitución, ni por el artículo 7º, de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción. Y, además, porque según el artículo 339, antes mencionado, las declaratorias de los estados de excepción no interrumpen el funcionamiento de los poderes públicos, entre ellos, de los órganos del Poder Judicial. Asimismo, debe destacarse que, en los decretos que declaran el estado de excepción de alarma por la Pandemia del COVID-19- se exhorta expresamente al Tribunal Supremo de Justicia para que adopte previsiones no solo sobre el funcionamiento de los órganos que integran el Poder Judicial, sino también previsiones normativas pertinentes que regulen los efectos de la aplicación de las medidas de restricción de tránsito o suspensión de actividades sobre los procesos llevados a cabo por el Poder Judicial o sobre el funcionamiento de los órganos que lo integran¹.

Fue así, como el referido Tribunal, debido a la declaratoria del estado de excepción, mediante Resolución N°. 001-2020, de fecha 20 de marzo de este año, en su Sala Plena, dispuso, en el ámbito de la Administración de Justicia, la suspensión de los términos y plazos procesales, la inhabilitación de los días de despacho, con las solas excepciones de los procesos penales y de amparo constitucional, para lo cual indicó que los tribunales debían permanecer en guardia, así como la Sala Constitucional y la Sala Electoral, pero no las Salas Civil, Social y Político Administrativa. Igualmente, en Resolución N° 002-2020, de fecha 13 de abril de este año, el Tribunal Supremo de Justicia, aprobó en Sala Plena la prórroga por 30 días del plazo establecido en la Resolución N° 001-2020, que dispone que ningún tribunal despachará desde el lunes 13 de abril hasta el miércoles 13 de mayo de 2020. Y, en Resolución

¹ Disposición Final Quinta del Decreto No 4.161, de fecha 13 de marzo de 2020.

No. 003-2020 de fecha 13 de mayo de 2020 la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, prorrogó por otros 30 días continuos el plazo establecido en la Resolución 002-2020, dictada por la misma Sala en fecha 13 de abril de 2020.

II

Según estas previsiones, ningún tribunal despachará desde el miércoles 13 de mayo de 2020 hasta el viernes 12 de junio de 2020, ambas fechas inclusive, por lo que las causas permanecerán suspendidas y no correrán los lapsos procesales. La suspensión del periodo anteriormente mencionado no será efectiva para los casos en materia de amparo constitucional, por lo que los jueces estarán en obligación de tramitar y sentenciar dichos procesos, siendo aplicable esta disposición a las Salas Constitucional y Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, que deberán permanecer de guardia durante la duración del estado de contingencia. Y se mantendrá la continuidad del servicio público de administración de justicia en materia penal solo para asuntos urgentes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 156 del Código Orgánico Procesal Penal. Los magistrados de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), deberán mantener el quorum legal necesario durante el periodo de contingencia establecido en la Resolución, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Las máximas autoridades de los Juzgados Nacionales en lo Contencioso Administrativo, en los Circuitos Judiciales Penales, Laborales, así como en los Circuitos Judiciales con competencia en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y en Tribunales con competencia en materia de Delitos de Violencia contra la Mujer, deberán adoptar las medidas conducentes a garantizar el oportuno acceso a la Justicia en dichas circunscripciones. La Comisión Judicial y la Inspectoría General de Tribunales, deberán atender con celeridad todo reclamo que se formule en relación con lo dispuesto en la Resolución 003-2020, por lo que deberán establecer un sistema de guardias a fines de ejecutar sus respectivas labores de coordinación, inspección y vigilancia, priorizando el uso de medios electrónicos y páginas web oficiales. Y, por último,

se establece el uso obligatorio de guantes y tapabocas en todas las sedes judiciales del país, por lo cual todos los jueces y funcionarios del Poder Judicial deberán tomar las medidas sanitarias correspondientes en la ejecución de sus actividades. Por su parte, en las diferentes Circunscripciones Judiciales solo se han indicado los horarios de guardia de los tribunales y un número telefónico para tales fines y se les ha instruido para que mediante avisos informen que: “*No hay Despacho*”, pero no se indican cuáles son los medios electrónicos y páginas web oficiales que se han priorizado. Por ejemplo, la Resolución No 05/2020 de la Rectoría de la Circunscripción del Estado Lara.

Puede observarse que las anteriores previsiones, en verdad, no otorgan prioridad al acceso a la Justicia, salvo en casos penales o de amparo constitucional; y, que tampoco indican medio alguno tecnológico para asegurar este derecho, en los casos que se requiera la protección jurisdiccional de derechos o intereses legítimos, afectados por peligros o amenazas inminentes de daños irreparables. Por ejemplo, en estas circunstancias de estado de excepción de alarma por calamidad pública, como lo es la pandemia del COVID-19, la prestación de servicios públicos es esencial para la protección del derecho a la salud, para lo cual el ejercicio del derecho de acceso a la Justicia es primordial para requerir estos servicios. De allí, lo importante del procedimiento breve, a que se refiere la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, respecto de la garantía del debido proceso, para los casos precisamente de omisión, de demora o de deficiente prestación de estos servicios públicos, en cuyo procedimiento, en razón de la urgencia, se establece, en el artículo 73, que para la audiencia oral a que se refiere el artículo 71, se deben utilizar medios audiovisuales, cuyas grabaciones formaran parte del expediente, de modo que la medida de restitución o de mejoramiento de estos servicios pueda acordarse de inmediato. Y sobre esta exigencia nada se dispone por el Tribunal Supremo de Justicia mientras dure el estado de excepción por alarma por causa de la pandemia del COVID-19, para cuya gestión sanitaria es imprescindible la prestación oportuna y suficiente de los servicios públicos de luz, de agua, de gas y de transporte.

III

En este orden de ideas, la prioridad de la garantía del debido proceso en los estados de excepción, es decir, del acceso a la justicia; ha sido reconocida por el Derecho internacional de derechos humanos, como se desprende de la Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Puntos Conclusivos 1) y 2), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre las garantías judiciales en estados de emergencia². En esta Opinión la Corte mencionada, dictaminó que, estas garantías deben considerarse indispensables y que por tanto, no son susceptibles de suspensión en estos estados de emergencia, no solo en materia de amparo, sino respecto de cualquier otro recurso ante jueces competentes, puesto que su finalidad es garantizar el respeto a los derechos y libertades, cuya suspensión no está autorizada; en razón de integrar el marco y los principios del debido proceso, conforme el artículo 8º, de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo correlativo es el artículo 49, de la Constitución venezolana.

En otras palabras, el sistema internacional de protección de los derechos humanos, sostiene la imposibilidad de suspender las garantías judiciales esenciales en tiempos de emergencia, es decir, del derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva. Garantías judiciales estas que no se limitan a la protección del amparo constitucional o de las acciones penales, sino que comprenden sino también a los derechos civiles, laborales, fiscales o “*de cualquier otro carácter*”, como lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos³.

IV

Ahora bien, bajo el contexto de la ejecución directa de la Constitución y de la Ley Orgánica que los rige, los decretos de declaratoria de

² Ver en la siguiente dirección: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf//

³ CIDH, OC-11/90, parrrf. 28. CIDH, “Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala del 08.03.98, parrrf 149. CIDH, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, del 31.01.01. CIDH, Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, del 02.02.01, parrrf. 121. CIDH, “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, del 06.02.01, parrrf. 193. Y, CIDH, “Caso Yatama vs. Nicaragua”, del 23.11/05, parrrf. 149.

estados de excepción se consideran de jerarquía legal⁴, por lo que según el exhorto contenido en estos decretos para que el Tribunal Supremo de Justicia adopte previsiones normativas pertinentes sobre sus efectos en la Administración de Justicia, estas previsiones no se tratan solo de medidas organizativas sino también de reglamentación de reglas y normas procesales, que garanticen el debido proceso y sus garantías judiciales, tanto para las causas en curso, como para el ejercicio de las acciones y recursos que se requieran durante la vigencia del estado de excepción que ya es de tres (3) meses.

Al respecto, creo pertinente recordar que el Tribunal Supremo de Justicia, en resguardo de este derecho, aun sin una habilitación previa de estados de excepción, en casos ordinarios, se ha considerado con facultad para aplicar analógicamente medios informáticos o telemáticos para tramitar procedimientos o realizar audiencias audiovisuales donde se requiera la presencia de los sujetos procesales que no pueden estar presentes. Por ejemplo, en procesos de solicitud de extradición, según Sentencia No. 260 de la Sala de Casación Penal, del doce (12) de agosto de 2014; y en casos de menores, según sentencia No. 1 de 27 de enero de 2011, la Sala Constitucional dispuso realizar una videoconferencia desde el Consulado de Venezuela en la ciudad de Vigo, España, para que la parte interesada pudiera ser oída en un procedimiento seguido por dicha Sala. Aún más, en Resolución No. 20161, de fecha 12 de diciembre de 2016, la Sala de Casación Penal consagró la Participación Telemática de los Sujetos Procesales en sus Audiencias, y la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en Resolución No. 2018-0014, de fecha 21 de noviembre de 2018, creó el expediente judicial electrónico en materia de delitos de violencia contra la mujer y los del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente e incluso, mediante Resolución de la Sala Plena N° 70 de fecha 27 de agosto de 2004, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.015 de fecha 3 de septiembre de ese mismo año, el mencionado Tribunal creó *“El Modelo de Organizacional de Tribunales o Sistema*

⁴ Ver, Rondón de Sanso, Hildegard, “Los estados de excepción en el Derecho venezolano”, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia • No 7 • 2016, PP. 296-299.

de Gestión, Decisión y Documentación”, denominado Juris 2000, como uno de los productos del “*Proyecto de infraestructura de apoyo al Poder Judicial*”, calificado de sistema informático para la automatización de creación de expedientes, distribución de causas, libro diario de actuaciones, elaboración de documentos, publicación de sentencias, elaboración, distribución y consignación de boletas, control de ubicación de expedientes y suministro de información al público. De los fundamentos jurídicos informáticos, en las que el Tribunal Supremo de Justicia se ha apoyado para establecer actos procesales telemáticos⁵; merece citarse la Ley del Infogobierno⁶, que para garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de las personas a través de las tecnologías de información. establece los lineamientos que rigen el uso de las tecnologías informáticas de la gestión pública para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas a través de las tecnologías de información, entre otros, según su artículo 8, el derecho de dirigir cualquier tipo de petición haciendo uso de las tecnologías de información a los órganos del Poder Público. Y que, además, contempla, en su artículo 5º, numeral 9; y en su artículo 57; la Informática Forense para realizar cómputos procesales y para presentar datos que sean válidos dentro de un proceso legal.

⁵ El artículo 110 de la Constitución, que reconoce como de interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información, por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional. El Decreto N° 825 de mayo 2000, referente al acceso y el uso de internet, como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la Republica. el Decreto con fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas cuyo objeto es darle reconocimiento de validez, eficacia y valor jurídico a estos medios así como a toda información inteligible en formato electrónico, que se consideran digitales, que se estiman necesarios para los trámites ante el Poder Público. El Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Ciencia, Tecnología e Innovación del 2004. El Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Ciencia, Tecnología e Innovación. La Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, reformada en el 2010. la Ley que Regula el Uso de la Telefonía Celular y Internet en el Interior de los Establecimientos Penitenciarios, que consagró el acceso telemático para las audiencias que convoque dicha la Sala, ya sea mediante telepresencia, videoconferencia u otro medio de comunicación telemático, audiovisual, bi o multidireccional e instantáneo.

⁶ *Gaceta Oficial* No. 40.274 de 2013.

V

Pues bien, en mi criterio el Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento en los exhortos de los decretos de estados de excepción, y con base a estas leyes, informáticas y en los artículos 26, 29, 334, 337 y 339, constitucionales, y en los tratados internacionales que contemplan estas garantías judiciales del debido proceso; en su protección ha podido disponer, en base a su propio modelo informático, su portal de internet y sobre la validez de los archivos y documentos electrónicos; la creación de Salas Virtuales para la celebración procesos telemáticos durante el estado de excepción de alarma, a través de plataformas de meeting o de reunión *on line*, con conexión a internet, cámara web y micrófonos para videos conferencias y para presentar de modo telemático demandas, escritos o documentos, incorporados al expediente judicial electrónico. Así como establecer un sistema telefónico de atención al público o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto⁷. Para lo cual, el Tribunal Supremo de Justicia, conforme el principio de interoperabilidad de la Ley de Infogobierno, puede solicitar de otros entes del Estado o de sus empresas que faciliten los medios necesarios para permitir la realización de los actos procesales telemáticos. Es decir, para recibir comunicaciones, efectuar traslados de actos procesales y realizar audiencias orales. Por ejemplo, mediante mensajes de datos podrían darse por presentados escritos, e incluso demandas, para evitar que concluyan los lapsos de caducidad de las acciones, que por no ser

⁷ Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, aprobó el Protocolo para la realización de Audiencias Orales por Medios Tecnológicos en Materia Civil, en razón de la emergencia que se vive con motivo del Covid-19 para la utilización de métodos bajo el marco jurídico de la aplicación de la telemática para la no suspensión de las garantías judiciales del debido proceso durante el estado de excepción por la calamidad del Pandemia del Covid-19. E, igualmente aprobó el Protocolo para el Uso de Salas de Juicio y Audiencias con motivo del Covid-19 y cuenta con un el Sistema de Gestión en Línea el cual permite la tramitación electrónica de los asuntos judiciales. Y en España, mediante el decreto real 16/2020, de 28 de abril de 2020, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, durante la vigencia del estado de alarma, estableció que para los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, para lo cual los Juzgados, Tribunales y Fiscalías han de tener a su disposición los medios técnicos necesarios para ello.

lapsos procesales no están suspendidos por lo que corren fatalmente. En otras palabras, establecer el expediente electrónico para los casos que se requiera con urgencia la protección jurisdiccional de un derecho o interés legítimo reconocido por la Constitución o la Ley; que incluso se contempla en su modelo de audiencias virtuales en la Sala de Casación Penal y de expediente electrónico, que, por ejemplo, se prevé para los casos de flagrancia.

Por otro lado, debe recordarse que la falta de una ley reglamentación de derechos fundamentales, como el debido proceso, no menoscaba su ejercicio, según el artículo 29, de la Constitución. Para lo anterior, como ya expresé, el Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con la Ley de Infogobierno, en las previsiones relativas a los efectos del estado de excepción en las diversas situaciones de la Administración de Justicia, podría solicitar de otros entes del Estado que faciliten a los tribunales los medios necesarios para permitir la realización de los actos procesales telemáticos de acuerdo con los modelos que ha creado.

VI

Ni en unas u otras medidas adoptadas por el Tribunal Supremo de Justicia se hace referencia a la utilización de sistemas tecnológicos informáticos o telemáticos. A lo cual se agrega la falta de funcionamiento del servicio público de Internet de los tribunales. No hay, pues, en Venezuela una plataforma tecnológica para la función jurisdiccional en estados de excepción, que garantice la no suspensión del debido proceso; ni aun para situaciones ordinarias. Y el Internet tampoco funciona como servicio público, como se dijo anteriormente. Tal anormalidad, se reconoce en la *Propuesta de Procedimiento Especial Único de Audiencias Virtuales y/o a Distancia, aplicables en Situaciones Extraordinarias de Fuerza Mayor, Excepcionales y/o Calamitosas*, de la magistrada de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Bárbara Gabriela César Siero, de abril de este año, que es un valioso aporte sobre el tema de automatización de los procesos judiciales. En esta Propuesta, se reconoce que para el presente no se están desarrollando estos sistemas en los expedientes y en los diferentes procesos, porque “no

existe una normativa jurídica única aplicable para todas las materias que regule este tipo de audiencias, disponiendo solo de algunos instrumentos de reciente data, tales como: La resolución mediante la cual se crea el Expediente Judicial Electrónico para los Tribunales con competencia en materia de Delitos de Violencia contra las mujeres y los del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, así como otras resoluciones por las cuales se crearon y pusieron en marcha la Agenda Única, Video Conferencias con los órganos de pruebas en el proceso penal, el Inventario Único de Causas en los Tribunales en materia de Delitos de Violencia de Género, entre otras experiencias”. Y se admite, que si bien, “En algunas jurisdicciones se han realizado audiencias de manera extraordinaria aplicando las denominadas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) pero que se han constituido en hechos aislados y sin un procedimiento específico único y uniforme a seguir; no hay cuerpo normativo que las regule, son aplicadas bajo la sana crítica de algunos/as jueces/zas, sin que esto se haya convertido hasta ahora en una política del Poder Judicial”.

Asimismo, en el referido trabajo, se reconoce que esta deficiencia judicial existe mucho antes que la presente pandemia, puesto que “*el Poder Judicial ha visto limitado su funcionamiento*”, debido “*a la crisis del sector eléctrico y el ahorro energético nacional, así como con problemas asociados a los sistemas informáticos. Por ello, y no solo por la pandemia, el Poder Judicial está obligado a garantizar su funcionamiento bajo cualquier situación y así brindar seguridad jurídica y evitar dilación de los distintos preceptos, garantizando siempre la celeridad y otros preceptos contenidos en la CRBV*”.

A lo anterior se puede agregar, que en circunstancias tan críticas como las presentes de un estado de excepción por la emergencia de la calamidad pública del COVID-19, cuyas limitaciones a los derechos fundamentales afecta un derecho cuyo ejercicio no puede ser suspendido, como lo es el debido proceso; ni siquiera se ha tomado en cuenta que existe una Comisión Nacional del Sistema de Justicia, que tiene como atribución, entre otras, la de garantizar el acceso universal de todas las personas al disfrute y ejercicio de los derechos humanos de la tutela judicial efectiva y del debido proceso, como se establece en la Ley

que rige el Sistema de Justicia⁸, cuya finalidad, principal, entre otras es el la de asegurar a todas las personas que su acceso a dicho Sistema Justicia sea real y efectivo, adoptando medidas positivas a favor de las personas en situación de vulnerabilidad. Y uno de cuyos cometidos es el de que los órganos del Sistema de Justicia mantengan portales electrónicos e instrumentos de comunicación electrónica disponible para todas las personas, que los entes integrantes de la referida Comisión deben garantizarles. Comisión esta de la cual forma parte el presidente del Tribunal Supremo de Justicia.

CONCLUSIÓN

De lo expuesto, puede concluirse que es responsabilidad de la Administración de Justicia estar preparada, para los casos de los estados de excepción para garantizar el derecho del debido proceso que no puede ser restringido. Tales cambios deben incluir medidas que garanticen la incorporación de las nuevas tecnologías a las actuaciones procesales mediante presencia telemática, siempre para lo cual se debe disponer para los tribunales de los medios técnicos necesarios para ello, para evitar en la medida de lo posible, excesivas concentraciones en las sedes judiciales. Asimismo, durante el estado de alarma, establecer en las sedes judiciales, incluso militares, y de las fiscalías y defensorías, la atención al público por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, que deberá ser objeto de publicación en la página web correspondiente del Tribunal Supremo de Justicia o de las Circunscripciones Judiciales.

Por supuesto, que por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, por la falta de garantía del debido proceso durante el estado de excepción de alarma por la calamidad pública del COVID-19, imputable al funcionamiento de la Administración de Justicia, tendrá que responder la República, conforme el artículo 140, de la Constitución, en concordancia con su artículo 30.

⁸ *Gaceta Oficial* N° 39.276 del 1 de octubre de 2009.

COVID-19, FUERZA MAYOR E IMPREVISIÓN EN LOS CONTRATOS*

CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE**

SUMARIO

Introducción. I) Casos en que los problemas generados por el coronavirus imposibilitan el cumplimiento: causa extraña no imputable. A) Planteamiento conceptual relativo a la causa extraña no imputable. a) Los tipos relevantes de causa extraña no imputable. b) Características y efectos de la causa extraña no imputable. B) Normativa aplicable a la causa extraña no imputable. a) Regulación de la causa extraña no imputable en el Código Civil. b) Regulación de la causa extraña no imputable en el contrato, si fuere el caso. II) Casos en que los problemas generados por el coronavirus complican el cumplimiento: mayor dificultad u onerosidad. A) La teoría de la imprevisión. a) Planteamiento general relativo a la teoría de la imprevisión. b) Límites a la teoría de la imprevisión derivados del Código Civil venezolano. B) Los contratos paritarios y los contratos de adhesión. a) Definición de contrato paritario y contrato de adhesión. b) La mayor dificultad u onerosidad en los contratos paritarios y los contratos de adhesión. Conclusiones.

* Artículo escrito con motivo de la ponencia de Carlos Eduardo Acedo Sucre en el foro virtual sobre Aspectos jurídicos de la pandemia del COVID-19, de fecha 26 de mayo de 2020, organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

** Socio de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía., MENPA. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

INTRODUCCIÓN

Este artículo fue escrito a finales de mayo de 2020. Esto es relevante, porque en este momento hay muchos empresarios que no logran mantener sus empresas operativas, puesto que la disponibilidad física de su personal se ve afectada por la cuarentena y el miedo al contagio del COVID-19, la disponibilidad remota de su personal se ve afectada por las fallas de electricidad e internet, los controles policiales y de las fuerzas armadas dificultan o inhiben muchos desplazamientos, la orden gubernamental de cerrar establecimientos privados y oficinas públicas impacta muchos negocios, la carestía de gasolina –coincidente con la pandemia– desarticula el transporte de personas y bienes, la falta de insumos arroja una reacción en cadena en la producción y distribución de bienes, y, en general, Venezuela se debate entre el caos y la paralización.

En estas circunstancias, hay, no obstante, casos en que los contratos no se ven afectados por los problemas generados por la pandemia, ni por las medidas tomadas por las autoridades para enfrentarla. Por ejemplo, aquellos prestadores de servicios que puedan suministrarlos a distancia y que tengan acceso a internet, aunque sea irregular, pueden cumplirles a sus clientes. Un caso evidente es el de los escritorios de abogados, cuyos miembros pueden seguir evacuando consultas, preparando escritos y redactando contratos desde sus casas.

Pero hay muchos otros casos en los que los problemas generados por la pandemia, o por las medidas tomadas por las autoridades para enfrentarla, afectan el cumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como fueron contraídas. Estos problemas pueden imposibilitar el cumplimiento, al configurar un caso fortuito o de fuerza mayor u otra causa extraña no imputable; o pueden complicar el cumplimiento, en razón de

una mayor dificultad u onerosidad. Todo esto hay que analizarlo caso por caso, pues las soluciones legales son diferentes.

La necesidad de hacer un análisis caso por caso, que aquí sostenemos, no es aceptada unánimemente. De hecho, según una publicación jurídica especializada fechada 21 de mayo de 2020, *“La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España viene teniendo sus reuniones del Pleno de Académicos Numerarios vía telemática, dada la situación sanitaria... En la última sesión intervino el académico de número D. Antonio Manuel Morales Moreno, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, que abordó el tema de La alteración sobrevenida de las circunstancias de los contratos por efecto de la pandemia. Para el Profesor Morales, el derecho de contratos, creado para circunstancias normales, está fundado en principios de justicia conmutativa. Esos principios son insuficientes en circunstancias de carácter excepcional, como las que actualmente vivimos. El derecho excepcional de contratos debe estar inspirado en principios de justicia distributiva, asentados en el orden constitucional. El problema hoy no puede contemplarse como el de cada contrato, sino el de todo el tejido contractual y los intereses que subyacen en los diferentes tipos”*¹. Según la misma publicación, dicha intervención generó un “vivo debate”, en el que *“se ponderaron cuestiones como la intervención del legislador, la crisis del contrato”* y *“la cláusula rebus sic stantibus, creación del Derecho canónico, y que debe ser rediseñada en el moderno derecho de contratos”*. Es oportuno aclarar que, (i) según la cláusula *rebus sic stantibus*, el contrato sólo se aplica mientras las circunstancias previstas y previsibles al momento de contratar, que afectan el valor de la prestación, no varíen significativamente, por causas ajenas al deudor; y (ii) la cláusula *rebus sic stantibus* es una cláusula que se considera incluida tácitamente en algunos contratos², que muchas personas opinan se debe considerar incluida tácitamente en todos los contratos.

¹ Iustel, Diario del Derecho, Coronavirus y Derecho, 21 de mayo de 2020. Disponible en la siguiente página web (consultada el 21 de mayo de 2020): https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1198479

Lo mismo fue reseñado, en idénticos términos, por La Razón, en noticia del 20 de mayo de 2020, disponible en la siguiente página web (consultada el 21 de mayo de 2020): <https://www.larazon.es/espana/20200520/3amuejhr7nc45evpqvx7p2njwu.html>

² Al menos en el Derecho Administrativo y el Derecho Marítimo venezolanos.

El tema que nos ocupa afecta a acreedores y deudores. En efecto, en una crisis como la que vivimos, muchos deudores pueden considerar que no les queda más remedio que invocar una causa extraña no imputable, como causal de exoneración de responsabilidad civil; o que invocar la mayor dificultad u onerosidad, argumentando que esto los excusa. Y muchos acreedores pueden considerar adecuado renegociar los contratos, porque sus deudores tienen problemas para cumplirlos, y es preferible no ejercer demasiada presión, para preservar relaciones contractuales sanas, pensando en el futuro.

De manera que hay situaciones en las que el coronavirus no genera problemas que afecten el contrato; y hay otras situaciones (muchas) en las que el coronavirus ocasiona problemas que inciden adversamente sobre la relación contractual; y consideramos que todas esas situaciones deben ser analizadas casuísticamente, sin generalizar. Estos problemas pueden imposibilitar el cumplimiento, en cuyo caso hay una causa extraña no imputable (I); o pueden complicar el cumplimiento, en razón de una mayor dificultad u onerosidad (II).

I. CASOS EN QUE LOS PROBLEMAS GENERADOS POR EL CORONAVIRUS IMPOSIBILITAN EL CUMPLIMIENTO: CAUSA EXTRAÑA NO IMPUTABLE

Hay que estudiar cada caso, para ver si el cumplimiento es realmente imposible; pero, para este análisis, conviene hacer primero un planteamiento conceptual (A), y luego mirar la normativa aplicable (B).

A) Planteamiento conceptual relativo a la causa extraña no imputable

Existen varios tipos de causa extraña no imputable (a), que tienen características y efectos en común (b).

a) Los tipos relevantes de causa extraña no imputable

La causa extraña no imputable es un hecho que escapa al control del deudor y que le impide satisfacer a su acreedor. Puede ser un hecho

natural, que suele ser denominado caso fortuito o de fuerza mayor; un hecho atribuible a la autoridad, que suele ser denominado hecho del príncipe; un hecho del acreedor, que suele ser denominado hecho o culpa de la víctima; o un hecho de un tercero.

En ciertas circunstancias, las consecuencias de la pandemia pueden ser calificadas como un caso fortuito o de fuerza mayor. Se trata de los problemas ocasionados por el coronavirus en sí, como enfermedad altamente contagiosa y potencialmente muy grave, en la medida en que estos problemas impidan el cumplimiento. En otras circunstancias, las consecuencias de la pandemia pueden ser calificadas como un hecho del príncipe. Se trata de los problemas ocasionados por las medidas tomadas por la autoridad a raíz del coronavirus, tales como el cierre de empresas, en la medida en que estos problemas impidan el cumplimiento.

En nuestro país, igual que en otros lugares, estamos en una situación en la que pueden coexistir un caso fortuito o de fuerza mayor y un hecho del príncipe, ya que, a las alteraciones de salud producidas por el COVID-19, se unen los impedimentos generados por las autoridades al tratar de enfrentar los contagios. Ahora bien, a los problemas que compartimos con otros países, en Venezuela se agregan los creados por la frecuente interrupción del servicio eléctrico y de internet, la falta de gasolina, la escasez en general y la hiperinflación; todo lo cual vulnera las capacidades de un empresariado muy afectado por las terribles medidas económicas tomadas en los últimos veinte años.

En vista de todo lo anterior, es probable que un estudio caso por caso de la situación venezolana lleve a la conclusión, hoy por hoy, que, cuando los acreedores no son satisfechos y los deudores están actuando de buena fe, casi siempre hay una causa extraña no imputable a éstos, por lo que no hay incumplimiento. Esto último quizás no sea aplicable a ciertas empresas del sector alimentario o farmacéutico, o de otros sectores, que posiblemente puedan seguir trabajando, aunque con limitaciones severas, por lo cual no habría una causa extraña no imputable, sino, más bien, una mayor dificultad u onerosidad. Y ciertamente no hay una causa extraña no imputable en las situaciones, que ya mencionamos, en las cuales el coronavirus no genera ningún impedimento que impacte al contrato, tales como la prestación de servicios profesionales

a distancia. La imposibilidad de cumplir, cuya existencia hay que determinar casuísticamente, sin generalizar, supone tomar en cuenta qué es, en derecho, una causa extraña no imputable, y cuáles son sus consecuencias jurídicas.

b) Características y efectos de la causa extraña no imputable

Las obligaciones contractuales deben ser cumplidas por las personas obligadas, por mandato del artículo del artículo 1159 del Código Civil, según el cual *“Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes”*. Los contratos pueden establecer obligaciones de medio, también llamadas obligaciones generales de prudencia y diligencia; u obligaciones de resultado, también llamadas obligaciones determinadas. Se incurre en incumplimiento, en el caso de las obligaciones de medio u obligaciones generales de prudencia y diligencia, cuando el deudor no actuó como *“un buen padre de familia”*, conforme al artículo 1270 del mismo código. En cambio, en el caso de las obligaciones de resultado u obligaciones determinadas, el incumplimiento se produce porque el deudor no logró la meta prometida, la cual ha de lograr, pues *“Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas”*, de acuerdo con el artículo 1264 de este código. Si una obligación contractual, sea de medio o de resultado, es incumplida, el obligado es responsable, pudiendo excusarse alegando y probando un caso fortuito o de fuerza mayor, u otra causa extraña que no le sea imputable. Al respecto, Viney explica lo siguiente: *“La doctrina es hoy en día unánime en admitir el principio de la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado... Una jurisprudencia unánime afirma... que el deudor de una obligación de medio no puede ser condenado sino sobre la base de una culpa... En cambio, los tribunales admiten, con la misma constancia, que el deudor de una obligación de resultado puede ser declarado responsable sin que ninguna apreciación sea hecha en relación con su conducta, desde el momento en que es constatada la no realización del resultado previsto, que se confunde casi siempre con el propio daño... Es más, cuando esta prueba es aportada, al deudor de tal obligación no se le permite liberarse probando que actuó con toda diligencia y que su*

*actitud fue irreprochable. Sólo la prueba de una causa extraña imprevisible e irresistible es juzgada como apta para exonerarlo*³.

Un ejemplo de obligación de resultado es la obligación pecuniaria, porque, si ésta es líquida y exigible, el deudor debe entregar el monto prometido. La obligación pecuniaria tiene la particularidad de que, estrictamente hablando, una causa extraña no imputable es inconcebible, puesto que (i) el dinero es fungible; (ii) no tener dinero no excusa no pagar; y, (iii) siempre y cuando los fondos estén disponibles, nunca es imposible hacer una entrega de efectivo, firmar un cheque o realizar una transferencia bancaria (salvo el caso rarísimo y efímero de que se le haya caído la página web a todos los bancos en los que se tenga una cuenta y además éstos estén cerrados). Sin embargo, los problemas generados por el coronavirus pueden acarrearle, al obligado, severos inconvenientes u obstáculos para acceder al dinero que adeuda. Para atender estas situaciones, las autoridades venezolanas establecieron, respecto de los contratos de crédito bancario y de arrendamiento, ciertas medidas en protección de los deudores y arrendatarios. Aquí sólo señalaremos que estas medidas son un hecho del príncipe, que excusa el cumplimiento de los obligados, en los términos de la regulación de que se trate.

En general, el deudor es exonerado de responsabilidad porque la causa extraña no imputable es un evento que le imposibilita cumplir. El cumplimiento del deudor es imposible, siempre y cuando se trate de un evento (i) sobrevenido, lo que ocurre cuando el contrato es anterior al evento; (ii) ajeno al deudor, o sea, externo a éste; (iii) imprevisible; y (iv) inevitable, es decir, irresistible. En efecto, por un lado, si el evento no es sobrevenido o no es imprevisible, el deudor asumió el riesgo correspondiente; y, por otro lado, si el evento no es ajeno al deudor o no es inevitable, el deudor incurrió en culpa, contribuyendo al daño. El que un evento sea sobrevenido e imprevisible se debe determinar tomando como referencia el momento de contratar, mientras que la determinación de si un evento es ajeno al deudor e inevitable se debe realizar con referencia al momento en que el evento se produjo y causó el daño.

³ Viney, Geneviève : La Responsabilité, Conditions, Traité de Droit Civil, París, 1982, pp. 634, 636 y 637.

Los problemas creados por el coronavirus, que afectan a un contrato, son eventos sobrevenidos e imprevisibles, salvo que este contrato sea posterior a la pandemia. Cuando el acreedor no es satisfecho y el deudor está actuando de buena fe, estos problemas son, casi siempre, eventos ajenos al obligado e inevitables, al menos en la Venezuela actual.

Cuando los problemas generados por el coronavirus son realmente una causa extraña no imputable, no hay una relación de causalidad entre un hecho del deudor y un daño al acreedor. En efecto, entre las normas en materia de responsabilidad civil, contractual o extracontractual, existe una regla general, según la cual, mediante la prueba de que la causa de un perjuicio es un caso fortuito o de fuerza mayor, el hecho de la víctima o de un tercero, u otra causa extraña no imputable, se desvirtúa la relación de causalidad, que -para que haya responsabilidad- debe unir dicho perjuicio y el hecho atribuido a la persona de quien se reclama responsabilidad, la cual queda, por ende, exonerada. Esta regla general está reflejada en los artículos 1271, 1272, 1192 y 1193 del Código Civil.

Si la causa extraña no imputable es definitiva, se termina el contrato; y, si la causa extraña no imputable es provisional, se suspende el contrato.

Las consecuencias del coronavirus que afecten a un contrato normalmente lo impactan de manera temporal, pues se trata de una crisis que se agota en el tiempo; así que estos problemas paralizan y difieren la ejecución de la o las obligaciones imposibles de cumplir. Entonces, cuando cesan los impedimentos generados por la pandemia y las medidas contra ésta, se reanuda el cumplimiento contractual. Por ejemplo, los colegios actualmente no pueden cumplirles a los padres y representantes. En efecto, no es lo mismo que los colegios reciban a los niños en sus instalaciones, a que les den clases virtuales, como sucede ahora; así que, en este momento, los colegios no están cumpliendo sus obligaciones tal cual fueron contraídas. Por lo tanto, cualquier padre o representante podría argumentar, con razón, que el colegio donde están sus niños hizo un cambio no acordado con respecto a la prestación prometida; en cuyo caso este colegio podría argumentar, también con razón, que ese cambio tuvo que hacerlo en razón del coronavirus y sus consecuencias. Por consiguiente, los colegios pueden alegar una causa

extraña no imputable si los padres y representantes les reclaman por no recibirles a los niños en sus instalaciones, solicitando, por ejemplo, el reembolso de una parte de la matrícula escolar. La exoneración de responsabilidad de los colegios resultante del alegato anterior, fácilmente comprobable, tiene una vigencia limitada, pues cesará cuando puedan operar normalmente de nuevo, momento en el cual deberán reiniciar las clases presenciales, conforme a lo ofrecido al inicio del año escolar.

Excepcionalmente los problemas generados por el coronavirus pueden afectar el contrato de manera definitiva, aunque estos problemas sean temporales. En efecto, el contrato no es suspendido, sino que es terminado, en los casos particulares en los que su diferimiento elimina la causa u objeto contractual (numerales 2º y 3º del artículo 1141 y artículos 1155 y 1157 del Código Civil). Por ejemplo, unos esposos contratan a una agencia de festejos para celebrar el día en que cumplen sesenta años de casados, pero hay que cancelar la celebración por el riesgo de contagio y las prohibiciones del gobierno, que duran muchos meses, pasados los cuales la celebración deja de tener sentido para ellos.

B. Normativa aplicable a la causa extraña no imputable

Esta materia puede estar regulada en el Código Civil (a) o en el contrato (b).

a) Regulación de la causa extraña no imputable en el Código Civil

El Código Civil trae disposiciones supletorias sobre la materia que nos ocupa. Estas normas, por no ser de orden público, se aplican cuando las partes no hayan establecido algo diferente en el contrato. Conforme a esas disposiciones supletorias, sucede que, en presencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, o de alguna otra causa extraña no imputable, no hay incumplimiento, ni por ende responsabilidad. Estas normas son las siguientes: (i) el artículo 1271 del Código Civil trata la causa extraña no imputable, en los siguientes términos: *“El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución*

o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”; y (ii) el artículo 1272 del Código Civil trata el caso fortuito o de fuerza mayor, en los siguientes términos: *“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”*.

De manera que el artículo 1271 del Código Civil versa sobre la causa extraña no imputable, que es el género; y el artículo 1272 del Código Civil versa sobre el caso fortuito o de fuerza mayor, que es una especie dentro de dicho género. Interesa destacar, del artículo 1271, que éste se aplica al género y por lo tanto también a la especie, y que, conforme al mismo, el deudor tiene la carga de la prueba de la imposibilidad de cumplimiento. Por otro lado, cabe resaltar, con respecto al artículo 1272, que lo allí expresado es razonable aplicarlo a todos los casos de causa extraña no imputable, pues resulta del hecho de que un caso fortuito o de fuerza mayor imposibilita el cumplimiento, lo cual también ocurre en los demás casos de causa extraña no imputable.

El artículo 1354 del Código Civil dispone que *“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 que ha producido la extinción de su obligación”*. Por efecto de este artículo, en la responsabilidad contractual el acreedor de la obligación (sea ésta de medio o de resultado) sólo tiene la carga de probarla, lo que normalmente resultará del propio contrato. Por su parte, de conformidad con el mismo artículo, el deudor tiene la carga de probar el cumplimiento de tal obligación; es decir, que actuó con prudencia, diligencia o buena intención, en el caso de la obligación de medio (prueba de la ausencia de culpa); o que ejecutó la prestación específica que prometió, en el caso de la obligación de resultado (aquí, la ausencia de culpa es irrelevante). Adicionalmente, en relación con ambos tipos de obligaciones, de acuerdo con el citado artículo 1271 del mismo código, el deudor tiene la carga de demostrar una causa extraña no imputable: caso fortuito o de fuerza mayor, o hecho del príncipe, de la víctima o de un tercero; que destruyan la relación de causalidad entre el incumplimiento que se le imputa y el daño.

Los artículos 1271 y 1272 del Código Civil, antes citados, pueden dar lugar a discusiones, pues no contemplan nada de lo siguiente: (i) una definición de causa extraña no imputable, en general, ni de caso fortuito o de fuerza mayor, en particular; (ii) la notificación del deudor al acreedor relativa a la causa extraña no imputable; ni (iii) los efectos temporales de la exoneración de responsabilidad cuando la causa extraña es temporal.

b) Regulación de la causa extraña no imputable en el contrato, si fuere el caso

Las cláusulas contractuales que regulan la causa extraña no imputable son frecuentes. Suelen ser llamadas “*cláusulas de fuerza mayor*”, aunque cubren otros casos de causa extraña no imputable. Los angloparlantes llaman este tipo de cláusula “*force majeure clause*”.

Estas cláusulas tienen sentido para llenar las lagunas del Código Civil, por cuanto usualmente (i) definen de manera bastante amplia la fuerza mayor -o, más bien, la causa extraña no imputable-, y muchas veces incluyen una lista, normalmente enunciativa, de casos (esta lista, al no ser taxativa, puede ser ampliada con casos similares o equivalentes); (ii) exigen una notificación del deudor al acreedor, que indique cuál es la causa extraña no imputable y cuánto se espera que la misma dure, si es temporal; y (iii) exoneran al deudor mientras dure la imposibilidad, es decir, cuando ésta cese, el obligado tiene que cumplir.

Además, esas cláusulas pueden incluir una obligación de mitigar o tratar de reducir el daño, que no está prevista en nuestro Código Civil, pero que podría entenderse resulta de su artículo 1160, que expresa lo siguiente: “*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*”.

Cuando existen estas cláusulas, los graves problemas derivados del coronavirus en Venezuela normalmente están cubiertos por ellas, ya que suelen ser bastante amplias. Pero hay situaciones en las que estos problemas no imposibilitan el cumplimiento, sino que lo hacen más difícil u oneroso.

II. CASOS EN QUE LOS PROBLEMAS GENERADOS POR EL CORONAVIRUS COMPLICAN EL CUMPLIMIENTO: MAYOR DIFICULTAD U ONEROSIDAD

Para entender el tema de la mayor dificultad u onerosidad, primero comentaremos la teoría de la imprevisión (A), y luego el caso de los contratos paritarios y los contratos de adhesión (B).

A) La teoría de la imprevisión

En primer lugar, trataremos, de manera general, la teoría de la imprevisión (a); y posteriormente examinaremos los límites a dicha teoría en el régimen del Código Civil venezolano (b).

a) Planteamiento general relativo a la teoría de la imprevisión

Tal como señalamos antes, en Venezuela, en el momento de escribir este trabajo, casi todos los casos en los que los problemas generados por el coronavirus, y las medidas tomadas con motivo de la pandemia, afectan el cumplimiento de un contrato, son calificables como una causa extraña no imputable al deudor, salvo que éste, de mala fe, pretenda aprovechar la crisis para inventar excusas para no cumplir. Ahora bien, cuando se suavice la cuarentena, se reanude el suministro de gasolina y se establezca lo que muchos denominan una “*nueva normalidad*”, surgirán muchos casos de mayor dificultad u onerosidad, que irán desplazando los casos de causa extraña no imputable. Las situaciones en las cuales los problemas generados por el coronavirus, y las medidas tomadas con motivo de la pandemia, no afectan el cumplimiento de un contrato, son irrelevantes a los efectos del presente trabajo.

En los casos en que estos problemas complican el cumplimiento, sin impedirlo, ¿cómo medir la mayor dificultad u onerosidad? Si no hay parámetros contractuales, esta medición es subjetiva, y se presta a la arbitrariedad. En un país como el nuestro, existe el inconveniente adicional, para realizar esta medición, de la escasez e hiperinflación preexistentes a la pandemia.

La otra gran pregunta es: ¿cuál es el régimen aplicable en casos de mayor dificultad u onerosidad? Esta interrogante a veces es resuelta por las partes, cuando regulan en el contrato la mayor dificultad u onerosidad, en cuyo caso se aplica la regulación contractualmente acordada, cualquiera que ella sea. Los angloparlantes llaman estas cláusulas “*hardship clauses*”. En esta materia, no suelen intervenir consideraciones de orden público, así que rige la libertad de contratación, sin cortapisas. Ahora bien, puede ocurrir que el contrato no regule la mayor dificultad u onerosidad, en cuyo caso se aplica el Código Civil.

De manera que, salvo que el contrato haya regulado el tema de la mayor dificultad u onerosidad, que complica, sin imposibilitarlo, el cumplimiento del deudor, es necesario acudir a nuestro Código Civil. Sin embargo, este código no trata esa materia, que tampoco fue regulada, por ejemplo, en el Código Civil francés de 1804, también conocido como Código Napoleón. Ahora bien, este tema fue dilucidado en una decisión dictada el 30 de marzo de 1916 por el Consejo de Estado francés, en un caso de Derecho Administrativo. Los antecedentes de dicha decisión son que, como consecuencia del control alemán, durante la primera guerra mundial, de importantes zonas productoras de carbón, el precio de éste sufrió un incremento significativo y anormal en Francia; y el carbón era la materia prima utilizada por la Compañía General de Iluminación de Burdeos para el suministro de gas a la ciudad de Burdeos, cuyo contrato de concesión fue suscrito antes de la guerra. El Consejo de Estado francés declaró que (i) la Compañía General de Iluminación de Burdeos, como concesionaria, y la ciudad de Burdeos, como concedente de la concesión, debían renegociar el precio del contrato de concesión, en razón del aumento en la materia prima; y, (iv) si la Compañía General de Iluminación de Burdeos y esa ciudad no se lograban poner de acuerdo en esa renegociación, el Consejo de la Prefectura fijaría la indemnización que tendría que ser pagada a la concesionaria por la concedente con motivo de dicho aumento. Esto equivale a decir que, si se rompe de manera importante e inesperada el equilibrio entre las prestaciones contractuales, las partes deben renegociar, y, si la renegociación no es exitosa, la autoridad puede modificar lo pactado. Esta jurisprudencia no fue aplicada en el ámbito del Derecho Civil. Sin embargo, en los últimos años, la Corte de Casación francesa declaró que

la obligación de buena fe a la que están sujetas las partes de cualquier contrato da derecho a los deudores afectados por una mayor dificultad u onerosidad a exigir una renegociación. Esto fue recogido en la reforma del Código Civil francés del año 2016, cuyo artículo 1195 contempla que, *“Si un cambio de circunstancias imprevisible al momento de la celebración del contrato hace la ejecución excesivamente onerosa para una parte que no aceptó asumir el riesgo correspondiente, ésta puede solicitar una renegociación del contrato a su contraparte”*. Mientras las partes renegocian el contrato, la parte deudora tiene que cumplir sus obligaciones tal como fueron contraídas, pues el mismo artículo dispone que *“Ella continúa ejecutando sus obligaciones durante la renegociación”*. En caso de que una parte se niegue a renegociar o de que la renegociación no tenga éxito, dicho artículo expresa que *“las partes pueden convenir la resolución del contrato”*. En el mismo caso, ambos contratantes pueden solicitar al juez que modifique el contrato, para adaptarlo a las nuevas circunstancias, pues la norma francesa indica que las partes también pueden *“solicitar al juez de común acuerdo que proceda a su adaptación”*. Hasta aquí, dicha norma reconoce la fuerza obligatoria del contrato, que puede ser modificado por las partes o mediante un mecanismo pactado por ellas, en este caso la revisión judicial acordada. Sin embargo, el artículo mencionado también señala: *“A falta de un acuerdo en un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de una parte, revisar el contrato o ponerle fin, en la fecha y las condiciones que éste fije”*.

En resumen, la teoría de la imprevisión propugna reequilibrar el contrato, mediante una modificación contractual no convenida, a través de una decisión tomada por la autoridad; lo cual, en definitiva, elimina la responsabilidad del deudor a quien el cumplimiento se le hizo más difícil u oneroso que lo que había anticipado o podía anticipar al momento de contratar.

La teoría de la imprevisión tiene muchos partidarios en Venezuela⁴, pero todavía no se ha impuesto, salvo en ciertos campos específicos⁵,

⁴ 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.

⁵ Al menos en el Derecho Administrativo y el Derecho Marítimo venezolanos.

porque nuestro ordenamiento jurídico tiende a privilegiar lo convenido sobre lo no acordado.

b) Límites a la teoría de la imprevisión derivados del Código Civil venezolano

En Venezuela, la teoría de la imprevisión es una mera teoría, cuya aplicabilidad, a manera de regla general, es muy discutida y discutible. Esta teoría está en conflicto con los artículos 1171 y 1172 del Código Civil, antes citados, que exigen un caso fortuito o de fuerza mayor, u otra causa extraña, que imposibiliten el cumplimiento, para excusar al deudor. Conforme a estos artículos, no basta la mayor dificultad u onerosidad, que no son impedimento para que el acreedor obtenga satisfacción. Aplicar la teoría de la imprevisión implica beneficiar al obligado, sacrificando al acreedor. Pero, ¿por qué se va a favorecer a un deudor que no fue previsivo, a expensas de su contraparte? No habiendo caso fortuito o de fuerza mayor, ni otra causa extraña no imputable, sino mayor dificultad u onerosidad, es evidente que al obligado le es posible cumplir; y la expectativa de su acreedor es obtener la prestación prometida. Además, ¿cuál es la base legal para beneficiar al deudor imprevisivo, modificando el contrato a su favor sin el consentimiento de su contraparte? En Venezuela no hay ninguna norma que permita a un juez reformar un contrato. Además, en nuestro país, desde hace dos décadas, los empresarios tienen que trabajar en condiciones de inestabilidad y precariedad, asumiendo los riesgos correspondientes.

A nuestro juicio, si la mayor dificultad u onerosidad es generada por un evento sobrevenido, externo al deudor, imprevisible e inevitable, las partes tienen la obligación de renegociar el contrato de buena fe, para reestablecer el equilibrio contractual roto. El fundamento de esta obligación está en el artículo 1160 del Código Civil, antes citado, que establece el principio de la buena fe contractual y extiende los efectos del contrato a las consecuencias razonables no expresadas en el mismo. Ahora bien, esta renegociación puede ser exitosa, es decir, resultar en un contrato modificatorio del contrato original, o no exitosa, o sea, no desembocar en ningún acuerdo.

Si la renegociación es exitosa, se aplica el contrato modificatorio, que aliviará la situación del deudor.

En cambio, si la renegociación no es exitosa, es posible que una sola de las partes haya intentado llegar a un nuevo acuerdo de buena fe, y la otra haya asumido, de mala fe, una actitud intransigente, no abierta a ninguna posible solución contractual. Si una parte no negoció de buena fe, ella es responsable de los daños causados a la otra parte, conforme al artículo 1160 del Código Civil, antes citado, y a la segunda parte del artículo 1264 del mismo código, que expresa: *“El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención”*.

Si las dos partes negociaron de buena fe, sin éxito, el contrato debe aplicarse tal cual está, pues no acordaron ninguna modificación, y el Código Civil establece lo siguiente: (i) primera parte del artículo 1159: *“Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes”*, (ii) primera parte del artículo 1264: *“Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas”*, y (iii) segunda parte del artículo 1159: *“Los contratos... No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley”*.

De manera que, si las dos partes negociaron de buena fe, pero en vano, una reforma contractual, no existe una solución legal eficaz a la mayor dificultad u onerosidad. No creemos que sea posible, jurídicamente hablando, pedirle a un juez que modifique el contrato, pues esto es incompatible con los artículos 1159, 1264, 1171 y 1172, antes citados. Además, en un país como Venezuela, con un poder judicial tan cuestionado, puede ser peor el remedio que la enfermedad. La renegociación sólo termina siendo útil, para el deudor cuyo cumplimiento se complicó, en las siguientes hipótesis: (i) ambas partes logran un acuerdo, que alivie la situación del obligado; o (ii) no lográndose tal acuerdo, el deudor puede probar que el acreedor actuó de mala fe en las negociaciones, incurriendo en responsabilidad civil.

Existiendo los citados artículos 1159, 1264, 1171 y 1172, una cláusula que establezca un régimen distinto del allí establecido tiene que ser expresa, es decir, no cabe considerar que los contratos contienen una cláusula tácita que establece una solución diferente de la estipulada en dichos artículos. En efecto, una supuesta voluntad implícita de las

partes no puede contrariar disposiciones legales claras y específicas, ni siquiera si se trata de normas supletorias. Los citados artículos 1159, 1264, 1171 y 1172 son la expresión legal del viejo adagio *pacta sunt servanda* (los pactos han de cumplirse), así que la cláusula *rebus sic stantibus* (mientras las cosas estén así) sólo tiene cabida, en el ámbito del Código Civil, si las partes la incluyeron expresamente en el contrato.

De manera que, para que haya una cláusula que contemple modificar un contrato sin el mutuo consentimiento de las partes, en razón de una mayor dificultad u onerosidad, esta cláusula tiene que ser expresa; no puede ser tácita, pues no puede haber una voluntad implícita contractual que sea contraria a dichos artículos. A falta de cláusula expresa, la buena fe impone renegociar el contrato, más nada. Si la renegociación no es exitosa, el contrato debe aplicarse tal cual está. Sin embargo, si el fracaso de la renegociación se debe a que una de las partes no actuó de buena fe, esta parte incurre en responsabilidad civil. Ciertamente, los tribunales venezolanos no están facultados para modificar los contratos; sólo pueden declarar su suspensión o su terminación, en los casos en los que la ley lo contempla (artículos 1167 y 1168 del Código Civil).

B) Los contratos paritarios y los contratos de adhesión

Por las razones indicadas, cuando una de las partes tiene una obligación cuyo cumplimiento se convierte, por un cambio de circunstancias, en muy difícil u oneroso, dicha parte debe cumplirla, salvo que pacte una reforma contractual, o que la otra parte, de mala fe, obstruya cualquier renegociación del contrato; por cuanto: (i) los contratos hay que honrarlos; (ii) solamente una causa extraña no imputable al obligado lo excusa del cumplimiento; y (iii) no se debe preferir al deudor sobre el acreedor, cuando cumplir una obligación deviene más difícil u oneroso, pues ello (a) es contrario a lo acordado; (b) no existe base legal para modificar el contrato sin consentimiento mutuo; y (c) el deudor pudo incluir, y no incluyó, una cláusula contractual contemplando la posibilidad de que, por circunstancias no previstas, le fuera más difícil u oneroso cumplir. En cuanto a esto último, consideramos que beneficiar al deudor sólo se justifica si se trata del adherente de un contrato de

adhesión, pues, en este caso, la generalidad de las cláusulas contractuales le son impuestas por su acreedor, sin discusión⁶. Conviene entender qué es un contrato paritario y qué es un contrato de adhesión (a), para determinar, en cada tipo de contrato, que tratamiento debe darse a la mayor dificultad u onerosidad (b).

a) Definición de contrato paritario y contrato de adhesión

En el año 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 1995⁷. Esta ley fue derogada en 2004 por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario⁸, que a su vez fue sustituida en 2008 por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios⁹; ambas leyes también regulaban los contratos de adhesión. La regulación legal de los contratos de adhesión desapareció en 2014, con la Ley Orgánica de Precios Justos¹⁰. La versión de esta última ley publicada en 2015¹¹ 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*”¹², e impone una sanción pecuniaria a quienes violen este derecho¹³. 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 adhesión¹⁴.

⁶ Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión, Caracas, 2018.

⁷ Ley de Protección al Consumidor publicada el 24 de marzo de 1992 y reformada según publicación del 17 de mayo de 1995.

⁸ Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004.

⁹ Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada el 31 de julio de 2008, luego reformada.

¹⁰ 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.

¹¹ Ley Orgánica de Precios Justos publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpressa el 12 del mismo mes.

¹² Artículo 7, número 10, de la Ley Orgánica de Precios Justos de 2015.

¹³ Artículo 47, número 7, de la Ley Orgánica de Precios Justos de 2015.

¹⁴ 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*

Todas las leyes derogadas, antes mencionadas, incluían una definición de contratos de adhesión, según la cual son aquellos contratos cuyas cláusulas son establecidas unilateralmente por el proponente, sin que el adherente pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido al momento de contratar¹⁵. Esta definición coincide con la prevaleciente en la doctrina¹⁶, y conserva su valor intrínseco, aunque la normativa correspondiente ya no esté vigente.

Los contratos paritarios son, en cambio, los contratos diseñados y escritos especialmente para regular una relación entre dos o más partes, las cuales han podido negociar como iguales el convenio que las une. La contratación por adhesión se diferencia de los llamados contratos paritarios o “*paritéticos*”¹⁷, cuyo “*contenido y sus efectos mismos*

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).

¹⁵ El artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992 establecía el requisito de que “*el consumidor*” no “*podiera 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 sustancialmente 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 sustancialmente su contenido al momento de contratar*”.

¹⁶ 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. 770.

¹⁷ Kummerow, Gert: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, Caracas, 1981, p. 99.

resultan de una previa discusión entre los sujetos”¹⁸. De hecho, estos últimos también son llamados “*contratos de libre discusión*”¹⁹, o “*contratos aislados*” (por oposición a los “*contratos en serie*”)²⁰. 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*”²¹, 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**”²².

Las diferencias entre los contratos paritarios y los contratos de adhesión justifican tratarlos de manera distinta.

b) La mayor dificultad u onerosidad en los contratos paritarios y los contratos de adhesión

La teoría de la imprevisión es una tesis que sostiene la posibilidad de irrespetar contratos que, en razón de circunstancias ulteriores a su celebración, se tornaron en obviamente inequitativos. Sin embargo, no se debe sostener, de entrada, que un contratante debe ser preferido sobre el otro, si ambos celebraron libremente un acuerdo diseñado por ellos mismos; así que pensamos que no procede favorecer a la parte que

¹⁸ Kummerow: obra citada, p. 12.

¹⁹ 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.

²⁰ Galgano, Francesco: Il Contratto, Padua, 2011, p. 39.

Domínguez Guillén, María Candelaria: Curso de Derecho Civil III – Obligaciones, Caracas, 2017, p. 484.

²² Maduro Luyando, Eloy, y Pittier Sucre, Emilio: Curso de Obligaciones, Derecho Civil III, tomo II, Caracas, 2001, p. 569.

discutió y celebró un contrato que la perjudica, a expensas de la otra, quien estudió mejor la situación y fue más hábil negociando; ni preferir a la parte que no consideró el riesgo de que un cambio de circunstancias rompiera el equilibrio contractual, sacrificando a su contraparte que fue más precavida. La teoría de la imprevisión, que va en contra de lo pactado, no debería tener cabida, como norma de alcance general, pues en muchos casos las partes conversan sobre los contratos antes de consentirlos y llegan a acuerdos libremente, y, si no convinieron nada distinto, se deben conformar con el régimen supletorio del Código Civil, conforme al cual la excesiva onerosidad o dificultad no bastan para ser excusado, sino que se requiere una causa extraña no imputable o un caso fortuito o de fuerza mayor, es decir, se necesita un evento sobrevenido, ajeno al deudor, irresistible e imprevisible, que haga imposible el cumplimiento. No es razonable aplicar la teoría de la imprevisión en presencia de contratos paritarios, pues esto lleva a privilegiar, *a priori*, a una parte sobre la otra, en todos los casos en los que el texto contractual termine siendo inequitativo, a juicio de un juez, quien forzosamente no participó en la negociación.

Privar de efectos el convenio es atrabiliario si éste fue libremente negociado. De hecho, si hubo una negociación libre, la parte potencialmente desfavorecida por un eventual cambio de circunstancias, susceptible de romper el equilibrio contractual, debió prever esto en el contrato. Es más, es frecuente, en los contratos, prever su renegociación o su terminación en caso de mayor dificultad u onerosidad con motivo de hechos sobrevenidos (*hardship clauses*). En las situaciones en las que hubo una negociación verdadera, si una de las partes fue desfavorecida por no haber incluido una cláusula de renegociación o terminación por cambios susceptibles de alterar la economía del contrato, no existe ninguna razón poderosa, de valor universal, para preferir a dicha parte sobre la otra, contradiciendo el acuerdo entre ambas. En este sentido, cuando las partes conversan sobre los contratos antes de pactarlos y llegan a acuerdos libremente, deben pesar más los intereses del acreedor de la obligación de que se trate, interesado en hacer cumplir el contrato, que los intereses del deudor correspondiente, que pretende desconocerlo; y es razonable que sea así, salvo casos excepcionales. En efecto, cuando una personas naturales o jurídicas, que entienden lo que están

haciendo, tratan como iguales, el contratante que se obliga da su palabra de manera voluntaria al prometer la correspondiente prestación, y su contraparte se hace titular de un derecho, teniendo la expectativa legítima de que dicha palabra no se convierta en letra muerta. Alterar lo que las partes acordaron para, como regla general, perjudicar al acreedor en beneficio del deudor, no se justifica.

En principio, pues, la alteración de lo pactado no se debe permitir cuando se produce una modificación del entorno, creando una situación contraria a la equidad, pues dicha alteración beneficia a una parte a expensas de la otra, destruyendo el contrato. Este principio, sin embargo, no debería tener cabida cuando estemos en presencia de una contratación en masa, ni cuando una de las partes ejerce una posición de dominio sobre la otra, que impide una discusión real de los textos contractuales.

En Venezuela, donde se derogó la protección legal a los consumidores y usuarios, urge solucionar los problemas generados por ciertos convenios en los cuales una parte tiene una posición de dominio sobre la otra, en particular los contratos de adhesión, especialmente los impuestos por los proveedores de bienes o servicios. Si estos problemas se solucionan adecuadamente, las situaciones que se busca atender mediante la teoría de la imprevisión dejarán de tener importancia.

En definitiva, dar una buena solución a los problemas causados por muchos contratos de adhesión, que normalmente son relaciones contractuales en las que existe una posición de dominio, especialmente en las vinculaciones entre proveedores y consumidores y usuarios, debe, en nuestra opinión, desplazar a un segundo plano la discusión sobre la teoría de la imprevisión. Es más, dar una buena solución a dichos problemas debe, en nuestra opinión, resultar en que esta teoría, que pretende erigirse en regla general, sea descartada definitivamente como tal. En efecto, si una vinculación contractual es libremente negociada, la misma no debería ser desvirtuada por el mero hecho de que una de las partes consintió algo que no le convenía o dejó de protegerse contra los cambios en el entorno, pues sólo una causa extraña que no le sea imputable, tal como un caso fortuito o de fuerza mayor, debería ser susceptible de excusar a dicho contratante, conforme al derecho común.

CONCLUSIONES

Hay casos, como los de ciertos servicios que se pueden prestar a distancia, en que el contrato no se ve afectado por los problemas generados por la pandemia, ni por las medidas tomadas por las autoridades para enfrentarla.

Pero hay muchos otros casos en los que estos problemas afectan el cumplimiento de las obligaciones tal como fueron contraídas.

Estos problemas pueden imposibilitar el cumplimiento contractual, al configurar un caso fortuito o de fuerza mayor u otra causa extraña no imputable, lo cual, salvo que el contrato establezca otra cosa, exonera de responsabilidad al deudor; pero para ello se requiere que estos problemas sean de tal naturaleza que realmente impidan el cumplimiento.

Alternativamente, estos problemas pueden complicar el cumplimiento, en razón de una mayor dificultad u onerosidad, lo cual, si el contrato no establece otra cosa, no da lugar a la exoneración del deudor, sino que obliga a las partes a renegociar el contrato, para tratar de reestablecer el equilibrio contractual roto; y, si la renegociación no tiene éxito, la solución dependerá de si ellas actuaron o no de buena fe.

Si el acreedor se negó a tratar de renegociar el contrato o tuvo una actitud negativa y obstruccionista durante las negociaciones, incurre en culpa y debe reparar los daños causados al deudor en dificultades.

En cambio, si el acreedor actuó de buena fe y de todas maneras no se logró acordar una modificación contractual satisfactoria para ambas partes, el deudor debe cumplir el contrato tal cual lo pactó al celebrarlo. El único caso que merece un tratamiento especial es el de los contratos de adhesión, en los que el adherente sea la persona obligada, por tratarse de un clausulado impuesto por su contraparte.

Todo esto hay que analizarlo caso por caso.

En la situación actual de Venezuela, de cuarentena, carestía de gasolina y otros muchos obstáculos e inconvenientes, es probable que estos problemas, cuando afectan a deudores de buena fe, califiquen como una causa extraña no imputable; pero, cuando se suavice la cuarentena y se reanude el suministro de gasolina, surgirán muchas situaciones en las que no habrá imposibilidad de cumplir, sino solamente mayor dificultad u onerosidad.

**REFLEXIÓN SOBRE LOS EFECTOS
DE LA PANDEMIA
EN LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS
GABRIEL RUAN SANTOS***

* Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

- 1) El Decreto N° 4160 del 13 de marzo de 2020, que declara el estado de alarma nacional para enfrentar la pandemia del Coronavirus 2019, el cual es uno de los estados de excepción que prevé la Constitución, configura el marco principal de toda la situación jurídica de emergencia motivada por la pandemia, así declarada por la Organización Mundial de la Salud. Este marco excepcional, derivado de una calamidad internacional, ha instaurado una situación de “cuarentena social” y de restricción de garantías constitucionales, con incidencia particular en las libertades políticas, económicas, de tránsito y movilización, de reunión y de trabajo, que se traduce en muchas medidas coercitivas directas e indirectas, expresas e implícitas, formales o de hecho, fuera de toda normalidad.

Dentro de este marco actual y principal, debe anotarse la suspensión de los procedimientos administrativos en curso o por iniciarse, que –según la disposición final sexta del Decreto 4160- se le atribuye el efecto de exoneración total o parcial de responsabilidad para la Administración y para los ciudadanos¹. A lo cual añadimos, a nivel legislativo de los tributos, los artículos 10, 162, 45 y 85 del Código Orgánico Tributario (COT) que complementan el cuadro. Así mismo añadimos la circular de SUDEBAN SIB-DSB-CJ-OD-02315 del 15 de marzo de 2020, que ordenó el cierre de las agencias bancarias en todo el país. Por todo ello, consideramos que este estado de alarma da lugar ipso jure a la calificación de “causa extraña no imputable”, bien como evento de fuerza mayor en general o bien como hecho de la autoridad, que corresponde asignar

¹ *Disposición Final Sexta del Decreto*: “La suspensión o interrupción de un procedimiento administrativo como consecuencia de las medidas de suspensión de actividades o las restricciones a la circulación que fueren dictadas no podrá ser considerada causa imputable al interesado, pero tampoco podrá ser invocada como mora o retardo en el cumplimiento de las obligaciones de la administración pública. En todo caso, una vez cesada la suspensión o restricción, la administración deberá reanudar inmediatamente el procedimiento.”

a la pandemia del COVID-19 y al régimen derivado, entre cuyos caracteres destacan: la imprevisibilidad y la inevitabilidad de los hechos, fuera del ámbito de control del deudor, que ocasionan la imposibilidad parcial o total del cumplimiento de la obligación tributaria, aunque no libere automáticamente del deber de comprobación de la imposibilidad concreta de cumplimiento de las obligaciones por causa de ese evento, para que se le pueda reconocer efecto exoneratorio o liberatorio de responsabilidad².

- 2) Teniendo por norte el marco jurídico del estado de alarma motivado por el COVID-19, expuesto ampliamente por muchos juristas, y sobre todo, en el entendido que la causa extraña no imputable tiene un tratamiento especial en el derecho tributario, porque se trata de la obligación tributaria impuesta coercitivamente por ley y de carácter unilateral por su contenido, podemos analizar brevemente cómo deberían operar las disposiciones generales citadas. Para esto, se hace necesario tener presente que la pandemia ha tenido una evolución en sus efectos jurídicos sobre las libertades

² *Artículo 10 del COT*: “Los plazos legales y reglamentarios se contarán de la siguiente manera: 1. Los plazos por años o meses serán continuos y terminarán el día equivalente del año o mes respectivo. El lapso que se cumpla en un día del que carezca el mes, se entenderá vencido el último día de ese mes. 2. Los plazos establecidos por días se contarán por días hábiles, salvo que la ley disponga que sean continuos. 3. *En todos los casos los términos y plazos que vencieran en día inhábil para la Administración Tributaria, se entienden prorrogados hasta el primer día hábil siguiente.* 4. En todos los casos, los plazos establecidos en días hábiles se entenderán como días hábiles de la Administración Tributaria. *Parágrafo único. Se consideran inhábiles tanto los días declarados feriados conforme a disposiciones legales, como aquellos en los cuales la respectiva oficina no hubiere estado abierta al público, lo que deberá comprobar el contribuyente o responsable por los medios que determine la ley. Igualmente se consideran inhábiles, a los solos efectos de la declaración y pago de las obligaciones tributarias, los días en que las instituciones financieras autorizadas para actuar como oficinas receptoras de fondos nacionales no estuvieren abiertas al público, conforme lo determine el calendario anual de actividades*”. *Artículo 162 del COT*: “Las actuaciones de la Administración Tributaria y las que se realicen ante ella, deberán practicarse en días y horas hábiles, sin perjuicio de las habilitaciones que autorice la Administración Tributaria, de conformidad con las leyes y reglamentos”. *Circular N° SBI-DSB-CJ-OD-02315 de fecha 15-03-2020*: “omissis... Estarán excepcionalmente suspendidas todas las actividades que impliquen atención directa a los clientes, usuarios y usuarias, y el público en general a través de su red de agencias, taquillas, oficinas y sedes administrativas en todo el país... La presente medida mantendrá su rigor hasta tanto este Ente Rector modifique los términos de la presente Circular”. Los destacados subrayados son de quien suscribe.

públicas y en las consecuencias económicas que está produciendo en el mundo y en Venezuela, lo cual hace conveniente distinguir dos grandes hipótesis sucesivas en el tiempo para entender mejor dichos efectos: A) la responsabilidad tributaria mientras dure la cuarentena impuesta por el Ejecutivo Nacional; y B) dicha responsabilidad después que cese la cuarentena y se reanuden las actividades económicas paralizadas, total o parcialmente, pero subsistan las consecuencias desastrosas de la pandemia.

2.1) En cuanto a la hipótesis A, relativa a la responsabilidad tributaria -derivada del incumplimiento o cumplimiento defectuoso o con retardo de la obligación tributaria- eventualmente surgida *mientras tenga vigor la cuarentena social*, opinamos -como la mayoría de los tributaristas venezolanos- que la suspensión de los procedimientos administrativos establecida en la disposición transitoria sexta del Decreto 4160, en concordancia con las normas del Parágrafo Único del artículo 10 y 162 del COT, que imponen a la Administración Tributaria y a los contribuyentes y responsables la actuación *sólo en días y horas hábiles*, salvo habilitación especial, y consiguientemente, que los plazos y términos no correrán en días inhábiles, debiendo además, estar operativas las oficinas de la Administración Tributaria y las agencias bancarias para la declaración y pago de las obligaciones tributarias, confieren fundamento jurídico objetivo y suficiente para la exoneración de responsabilidad de todos aquellos contribuyentes y responsables tributarios que no han estado en capacidad de cumplir con sus deberes formales y materiales, en los lapsos y términos legales, debido a las múltiples restricciones de la cuarentena social y consiguientemente, quedarían prorrogados automáticamente los lapsos y términos de referencias. Razonamiento que comprendería las actuaciones tanto de la Administración como de los contribuyentes y responsables conducentes al ejercicio de las potestades públicas y a los deberes y derechos de los obligados tributarios, es decir, determinaciones tributarias en sus distintas modalidades, declaraciones, fiscalizaciones,

recursos administrativos, solicitudes, reintegros, etcétera; habida cuenta que los pagos configuran parte importante de los procedimientos de autodeterminación impositiva. Sin embargo, debido a que la Administración ha intentado “*habilitar*” vías alternas -no plazos adicionales- para el cumplimiento, presumiblemente para poder atender a los gastos del Estado derivados de la emergencia -en aparente contradicción con las restricciones del Decreto 4160- tocará a los obligados tributarios demostrar, frente a los reclamos de la Administración, la ilegalidad o la ineficacia de dichas vías alternas o la imposibilidad persistente de cumplimiento de las obligaciones de declaración y pago debido a otras causas extrañas no imputables, de índole general o particular.

En definitiva -como sostiene Serviliano Abache en relación con el artículo 10 del COT, en armonía con el artículo 162 del mismo Código- y aunque luzca evidente, lo que queremos precisar es que la norma en cuestión debe leerse (interpretarse) de la siguiente manera: “*En todos los casos los términos y plazos que vencieran en día inhábil, o que transcurrieren durante períodos indeterminados de días inhábiles para la Administración Tributaria, se entienden prorrogados hasta el primer día hábil siguiente, a efecto de imprimirle plena racionalidad práctica en situaciones como la actual*”³.

A este respecto, se destaca y así lo hace Abache, que la prueba del carácter hábil de los días y horas de la Administración correspondería *en justicia* a la misma Administración, de acuerdo con el moderno principio de la facilidad o acceso a la prueba, en tanto que para el obligado tributario la demostración de la inhabilidad de esos días y horas configurarían una inaceptable prueba negativa, lo cual permite afirmar la injusticia de la norma del Parágrafo Único del artículo 10 del COT que atribuye la carga íntegra de esta prueba al contribuyente,

³ Serviliano Abache; *Covid-19 y Determinación Tributaria*; consultado en original, número 5.1. Serecomienda la atenta lectura de este trabajo para el desarrollo de la Hipótesis A que se comenta.

en desmedro de su derecho de defensa. La prueba del carácter hábil o inhábil de los días y horas, como prueba positiva, no debería limitarse al solo hecho de que las oficinas de la Administración hayan estado abiertas al público parcialmente algunos días, sino también a la disponibilidad de personal adecuado para la atención de los contribuyentes, a la posibilidad de transporte de los agentes encargados de elaborar, presentar y pagar las declaraciones de impuestos, a su asistencia a los lugares de trabajo, a la existencia de medidas sanitarias aptas para preservar la salud de las personas en dichos lugares, al acceso a los medios de pago normales de la banca, etcétera. Desde luego, el incumplimiento ocurrido en esta hipótesis general, a más de no dar lugar a retardo culposo en el cumplimiento de las obligaciones, como se ha visto, dará fundamento a la válida aplicación de la “*exención de responsabilidad por ilícitos tributarios*”, debido a fuerza mayor o caso fortuito, prevista en el numeral 3 del artículo 85 del COT, conducente dicha exención a la improcedencia de sanciones y cobro de intereses moratorios a favor del fisco. A lo cual nos referimos más adelante.

Ahora bien, los criterios sostenidos en este punto deberían ser adaptados a los cambios de la situación de emergencia derivados de la llamada “*flexibilización de la cuarentena*” adoptada por el Ejecutivo Nacional, sobre todo a partir del anuncio del 30 de mayo de 2020 de la “nueva normalidad relativa y vigilada”, durante la cual se autoriza la actividad de diez sectores “*priorizados*”, *incluyendo la banca*, que vienen a sumarse a los sectores esenciales de la economía, que han venido laborando sin interrupción desde el inicio de la cuarentena social; en todos los casos, dentro de las limitaciones de días y horarios impuestos por el Ejecutivo Nacional, así como todas aquellas de carácter territorial y personal. A pesar de que –mayormente– dichos cambios no hayan sido objeto de actos normativos formales, sino de *anuncios* de las autoridades, como cabría esperar de la ejecución de la norma de la Disposición Final Primera del Decreto 4160, según el cual el Ejecutivo Nacional

(Presidente de la República, Vicepresidente de la República, ministros competentes, superintendencias, etcétera) *“podrá dictar otras medidas de orden social, económico y sanitario ... con la finalidad de proseguir en la atención de la situación extraordinaria y excepcional que constituye el objeto de este Decreto”*.

- 2.2) En cuanto a la hipótesis B, relativa a la responsabilidad tributaria, *una vez que cese la cuarentena y se reanuden total o parcialmente las actividades económicas*, habida consideración de la incapacidad de pago que afectará a numerosos contribuyentes, muchos al borde de la ruina, quienes deberán concentrar sus menguados recursos en la recuperación de las empresas y del empleo, lo cual podría tomar muchos meses, opinamos que el Código Orgánico Tributario prevé las medidas que debería adoptar el Ejecutivo Nacional y aplicar la Administración, *para enfrentar sin evasivas*, con racionalidad y justicia, la situación.

Así, expresa el artículo 45 del COT, lo siguiente:

“El Ejecutivo Nacional podrá conceder, con carácter general, prórrogas y demás facilidades para el pago de obligaciones no vencidas, así como fraccionamientos y plazos para el pago de deudas atrasadas, cuando el normal cumplimiento de la obligación tributaria se vea impedido por caso fortuito o fuerza mayor, o en virtud de circunstancias excepcionales que afecten la economía del país. Las prórrogas, fraccionamientos y plazos concedidos de conformidad con este artículo, no causarán los intereses moratorios previstos en el artículo 66 del COT”. (Destacados de quien suscribe).

El artículo 85 del COT, antes mencionado, establece por su parte, como *“eximente de la responsabilidad por ilícitos tributarios”* el caso fortuito y la fuerza mayor.

Se observa, en primer lugar, el distinto ámbito de regulación de ambas normas, pues el artículo 45 está referido al pago de las obligaciones tributarias y a los intereses moratorios, en su cualidad de indemnización patrimonial por el retardo en el cumplimiento de la obligación tributaria, que eventualmente

pudieran generarse, mientras que el artículo 85 está referido a las causas eximentes de la responsabilidad por ilícitos tributarios- administrativos o penales- ocurridos en el campo de la relación tributaria integral instaurada entre la Administración Tributaria y los contribuyentes y responsables de esas obligaciones. Vale decir, se refiere a las sanciones que castigan todas las conductas infractoras.

Este ámbito diverso de aplicación de ambas disposiciones, aunque provengan de los mismos eventos, a nuestro juicio no deja de tener influencia sobre la interpretación del significado y alcance de ambas disposiciones, como pasamos a razonar seguidamente.

El artículo 45 atribuye al Ejecutivo Nacional una *potestad discrecional de conceder*, en forma general, prórrogas, fraccionamientos, plazos y demás facilidades para el pago de las obligaciones no vencidas y atrasadas, cuando el normal cumplimiento de esas obligaciones se vea impedido por causas extrañas no imputables: caso fortuito, fuerza mayor, o en virtud de “*circunstancias excepcionales que afectan la economía del país*”. Caben entonces sobre este artículo las acotaciones siguientes:

- a) Aunque la potestad concedente mencionada sea de naturaleza discrecional, ello no significa que el Ejecutivo Nacional pueda desentenderse arbitrariamente de aplicarla de modo acorde con la gravedad de la situación, como aparentemente ha hecho o pretendido hacer hasta ahora. La discrecionalidad obedece en este caso únicamente a la dificultad para el legislador de prever todas las medidas pertinentes e idóneas para cada evento excepcional, librando su escogencia a la voluntad del Ejecutivo. Es importante recordar que la potestad se encuentra sometida en su ejercicio a los principios contenidos en la norma del artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la cual prevé que cuando una norma *deje a juicio del órgano administrativo* la aplicación de cualquier facultad, ello se hará según los criterios

de *proporcionalidad y adecuación* y con acatamiento de los fines y formalidades de la norma legal. A lo cual añadimos nosotros, siguiendo la mejor doctrina del derecho administrativo, que el Ejecutivo no es libre de actuar o no actuar ante la gravedad de la situación, sino que está obligado a actuar *oportunamente*, con los contenidos y formas que más se ajusten a los hechos y recursos disponibles. Por ello sostenemos que los contribuyentes y responsables tienen la legítima expectativa, si no el derecho, de obtener del Ejecutivo Nacional y de la Administración Tributaria el otorgamiento de las concesiones previstas en el artículo 45 comentado, cuya finalidad es incentivar el cumplimiento de la obligación tributaria, a pesar del desequilibrio patrimonial generado por la causa extraña no imputable, con preservación de la economía nacional. A este respecto, nos permitimos recordar, como lo ha hecho la doctrina, que el derecho administrativo (siendo el tributario una ramificación autónoma del mismo) históricamente ha oscilado entre los polos de *la libertad y de la autoridad*, sirviendo en diversos momentos para preservar y proteger la libertad y los derechos del ciudadano, mientras que en otros momentos ha servido para reforzar los poderes de la autoridad en la obtención de sus fines públicos. Aunque este movimiento pendular ha tenido y tiene sus justificaciones en el devenir histórico de la materia, no dudamos al afirmar que la norma del artículo 45 del COT está concebida para proteger la libertad de los ciudadanos, frente al empeño de la autoridad de lograr sus objetivos aún a costa de la reducción de los derechos de los contribuyentes y de la destrucción de sus patrimonios. Esto se desprende claramente del propósito de la norma de facilitar razonablemente el cumplimiento de la obligación tributaria, sin por ello prescindir del carácter de su obligatoriedad. Por ello, reprobamos que hasta el presente el Ejecutivo Nacional no haya procedido a conceder las facilidades que prevé la norma en la

- situación de emergencia que vive el país, lo cual calificamos como un abuso de poder contrario al fin de la norma.
- b) Notamos que la norma habla de impedimento para *el normal cumplimiento* de la obligación tributaria. Interpretamos que la norma no exige la imposibilidad total ni definitiva de dar cumplimiento a la obligación, sino la existencia de un impedimento serio para cumplir normalmente con la obligación, o sea, como cabría esperar de no existir la situación excepcional. La redacción de la norma permite inferir que esto es así, aunque la doctrina del derecho civil relativa al cumplimiento de las obligaciones sea aparentemente más rigurosa y haya requerido en algún momento pasado la imposibilidad total y absoluta de cumplimiento para la exoneración de la responsabilidad contractual, causante de la extinción o suspensión de la obligación, según los casos, en atención al principio cardinal de que las obligaciones deben ser cumplidas tal cual como fueron contraídas. La diferencia se origina en que el artículo 45 tiene por fin aportar incentivos para el cumplimiento de la obligación tributaria y la mitigación de los efectos del retardo en el cumplimiento frente a una situación excepcional, y no la liberación de la responsabilidad, de manera que su meta es flexibilizar el cumplimiento de la obligación, pero sin eliminar totalmente la responsabilidad por su incumplimiento.
- c) Luego, observamos que la norma prevé tres hipótesis de hecho que podrían motivar el ejercicio de la potestad concedente: el caso fortuito, la fuerza mayor y circunstancias excepcionales no específicas que afecten la economía del país. La doctrina civilista suele equiparar el caso fortuito y la fuerza mayor, sobre todo porque sus requisitos y efectos legales son los mismos. En cambio, las circunstancias excepcionales que afecten la economía, además de ser una categoría no existente en la teoría civilista como causa extraña no imputable, entran en un ámbito no delimitado ni específico. Dichas circunstancias

excepcionales generales suelen dificultar el cumplimiento de las obligaciones tributarias o hacerlo más gravoso, pero no impiden absolutamente el mismo, aunque sea con perjuicio de los contribuyentes. Sin embargo, no obstante, la especialidad de la noción de circunstancias excepcionales, su existencia nos sugiere un cierto paralelismo con la teoría de la imprevisión en el derecho civil, a lo cual hacemos referencia seguidamente.

- d) Consideramos que dichas circunstancias excepcionales abren campo en el derecho tributario a la llamada *teoría de la imprevisión* en el derecho civil, la cual, aunque ha sido objetada por algunos autores civilistas, por debilitar el principio de intangibilidad de los contratos, cada día se impone con mayor fuerza en la economía, sobre todo en el medio del comercio exterior. Dicha teoría aplicable en la materia de los contratos bilaterales, hoy en día tiende a aplicarse a los contratos unilaterales también, a mi juicio porque la normativa civilista referida al cumplimiento de los contratos está referida efectivamente al cumplimiento de las obligaciones en general. Por ello, es posible pensar que la flexibilización de la responsabilidad patrimonial que ella implica pudiera aplicarse perfectamente a las obligaciones unilaterales, como sería el supuesto de las obligaciones tributarias, porque nada se opondría a ello en sana lógica. La teoría de la imprevisión, así como estas circunstancias excepcionales que afectan a la economía, tienen la virtud de hacer posible la *revisión y modificación* del contenido de la obligación, cuando una *excesiva onerosidad sobrevenida*, después de nacida la obligación, haga inviable su cumplimiento de la forma originalmente concebida. Aunque en el derecho civil contemporáneo de los contratos, la revisión de las obligaciones contractuales podría abarcar su reducción, así como la modificación de su objeto y demás condiciones económicas, mediante acuerdo de las partes o con intervención del juez competente, en el derecho tributario, por ser norma de

derecho público, el alcance de la revisión sería más limitado, según lo previsto en la ley, pues estamos frente a obligaciones legales y no consensuales cuya onerosidad se ha visto excesivamente incrementada por circunstancias excepcionales de la economía. De allí que el artículo 45 del COT se contraiga a la posibilidad de prórrogas, alargamiento de lapsos, fraccionamientos y demás facilidades, que acuerde el Ejecutivo Nacional. De manera que la imprevisión en este campo jurídico presupone también la subsistencia de la obligación tributaria, y otorga poder a la Administración para conceder dichas facilidades, sin otro límite preconcebido como no sea el logro efectivo del cumplimiento de la obligación, pero sin atentar contra la economía nacional⁴.

De este modo, pensamos que esa misma onerosidad excesiva sobrevenida por causa de las circunstancias excepcionales de la economía, constriña a los contribuyentes a aplicar su escasa disponibilidad monetaria a la atención de deberes indispensables y de mayor jerarquía ética y jurídica que las obligaciones tributarias, como sería el pago de los salarios o compensaciones debidas a los trabajadores y empleados dependientes de las empresas, a quienes la paralización económica de la pandemia afecta notoriamente; en este supuesto cabría invocar la solidaridad y responsabilidad social, así como la asistencia humanitaria, que impone la norma del artículo 135 de la Constitución a los particulares, según su capacidad, para justificar ampliamente el retardo en el cumplimiento de

⁴ Los principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales definen la “excesiva onerosidad” así: Artículo 6.2.2. “Se presenta un caso de excesiva onerosidad (hardship) cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento del costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor a cargo de la otra, y además cuando: a) dichos sucesos ocurren o son conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; b) dichos sucesos no pudieron ser razonablemente previstos por la parte en desventaja antes de la celebración del contrato; c) dichos sucesos escapan al control de la parte en desventaja; y d) la parte en desventaja no asumió el riesgo de tales sucesos”.

las obligaciones con el fisco, aunque no la exoneración de responsabilidad, pues se trataría solamente de que los particulares compartirían con el Estado los riesgos de la emergencia ocasionada por la pandemia.

Sin embargo, no se nos escapa que esta excesiva onerosidad general no excluye que haya ciertos contribuyentes que se hayan beneficiado económicamente con la pandemia, porque han incrementado sus actividades e ingresos, como serían los casos de muchas de las empresas de medicamentos y alimentos, para las cuales no deberían regir las condiciones del artículo 45 comentado, sino el rigor del deber del pago temporáneo de los tributos, siempre que los medios técnicos y adjetivos lo permitan, y así contribuir con justicia a los gastos de la emergencia.

- 3) Por lo que respecta al artículo 85 del COT, cabe hacer otras consideraciones diferentes. En efecto, la norma establece una *exención de responsabilidad por los ilícitos tributarios* provocados por la fuerza mayor o el caso fortuito. Esto es, se contrae a la improcedencia del ejercicio de la potestad sancionatoria, cuando medien esas circunstancias fuera de la normalidad que han sido causa eficiente o determinante del incumplimiento de las obligaciones tributarias.

Ante la ausencia de normas que definan la fuerza mayor y el caso fortuito en el COT, hay que admitir que dicho concepto procede del derecho civil, en función integradora de derecho común, por aplicación del artículo 17 del mismo Código. Pues bien, en esta hipótesis es muy difícil sostener que la sola fuerza mayor originada por la pandemia siempre conduzca a la exención de responsabilidad, pues tocaría comprobar que dicho evento ocasionó el incumplimiento definitivo de la obligación. Sometidos a este requerimiento, notamos que la mayoría de los autores civilistas se pronunciarían porque tal imposibilidad sea absoluta y objetiva, y que obedezca a hechos exteriores al deudor, por no decir colectivos o generales.

No obstante lo anterior y atendiendo a la experiencia, creemos que la Administración Tributaria –por imperativo de su oficio– se verá

inclinada a imponer las sanciones a pesar del marco general descrito precedentemente, y adoptará una actitud defensiva frente a los reclamos y recursos de los contribuyentes y responsables. En este supuesto, es dable pensar que los órganos administrativos competentes exigirán la demostración particular a los obligados de cómo la pandemia o las medidas gubernamentales dictadas al respecto provocaron su incumplimiento total o parcial de sus obligaciones formales y materiales, así como de las circunstancias concretas e individuales que les impidieron cumplir, no obstante la suspensión general de procedimientos administrativos, el cierre de oficinas de la Administración y de las agencias bancarias y la ineficacia de los “*medios de pago*” puestos a su disposición por la Administración Tributaria. En este probable escenario, estimamos que dicha Administración asumiría implícitamente una concepción más bien relativa y subjetiva de la imposibilidad de cumplimiento, lo que también ha ocurrido en algún sector de la doctrina civilista, quedando constreñidos los obligados a probar con detalle su particular incapacidad de cumplir temporáneamente con sus deberes tributarios formales y materiales, con la diligencia de un “*buen padre de familia*” o de la “*necesaria organización adecuada al fiel cumplimiento*”, más allá de la prueba de los hechos exteriores y generales revestidos de notoriedad. Esto imprimiría un carácter necesario mayor a la carga de la prueba en hombros de los contribuyentes y responsables.

Desde luego, las consideraciones anteriores no excluyen la aplicación alternativa de las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 95 del COT, como serían el grado de instrucción del infractor, la presentación de la declaración y pago de la deuda para regularizar el crédito tributario, el cumplimiento de los requisitos omitidos que puedan dar origen a la sanción, o en fin, cualquier circunstancia que deba ser apreciada por la Administración en el transcurso del procedimiento, como por ejemplo, la misma onerosidad excesiva sobrevenida por causa de la pandemia.

- 4) Diversamente de los supuestos normativos de los artículos 45 y 85 del COT, aunque dentro de la misma sección del pago de las obligaciones, dicho código prevé las hipótesis de los artículos 46 y 47,

las cuales están referidas a situaciones particulares de dificultad de los obligados tributarios para dar cumplimiento a las deudas no vencidas o atrasadas, siempre que se *“justifiquen las causas que impiden el cumplimiento normal de la obligación”* o que presenten algún carácter de *“excepcionalidad”*, en el plano individual. Es muy importante señalar que para estos supuestos calificados por esas disposiciones como *“financiamientos”* las prórrogas, fraccionamientos, plazos y facilidades concedidas, causarán intereses retributivos a las tasas activas bancarias vigentes, ajustables por variaciones posteriores a las tasas vigentes al momento de la celebración del convenio respectivo.

Debe quedar claro que estos convenios de financiamiento del pago de obligaciones tributarias podrían ser celebrados en cualquier momento, sin necesidad de que hubieran circunstancias excepcionales que afectaran la economía nacional, como sería la hipótesis del artículo 45 de COT, por ello la norma del artículo 47 advierte que *“la negativa de la Administración Tributaria de conceder fraccionamientos y plazos para el pago no tendrá recurso alguno”*, porque se trata de una actuación esencialmente negocial. Esta característica sería absolutamente incompatible con las hipótesis A y B descritas en este trabajo, relativas a circunstancias extrañas no imputables de carácter general que impiden el cumplimiento normal de la obligación tributaria, y que, como se ha visto, generan el deber del Ejecutivo Nacional y de la Administración de conceder las facilidades para el cumplimiento de las obligaciones formales y materiales de los contribuyentes y responsables, bajo el signo de la emergencia económica.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, exhortamos al Ejecutivo Nacional y a la Administración Tributaria a dar cumplimiento a los deberes que les imponen las disposiciones constitucionales y legales comentadas, y a respetar los *derechos correspondientes* de los ciudadanos que surgen de tales deberes, a fin de proteger la economía nacional. Igualmente, exhortamos a los obligados tributarios a ajustar su conducta a las normas previstas para afrontar la emergencia y en especial, a tener consciencia de la

carga probatoria que les corresponde para poder tener acceso a los dispositivos jurídicos que acuerdan mitigaciones de las obligaciones tributarias y exoneraciones de responsabilidad ante la potestad sancionatoria del Estado.

En el mismo sentido exhortamos a las autoridades municipales a que, en el ejercicio de su autonomía, acuerden a los contribuyentes y responsables de los tributos de ese nivel de gobierno, los mismos derechos que otorgan los instrumentos normativos comentados en este escrito.

Caracas, junio de 2020

COVID-19

BREVES NOTAS SOBRE SU INFLUJO EN LAS RELACIONES DE TRABAJO*

CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA**

* En el presente ensayo, para evitar la sobrecarga gráfica, opté por utilizar el clásico masculino genérico, en el entendido que todas las referencias, salvo que de su contexto se desprenda la intención contraria, refieren por igual a cualquier género, sin distinción alguna. Asimismo, advierto que las cursivas y corchetes en citas textuales son míos, salvo que se especifique lo contrario.

** Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela). Profesor-Investigador, Jefe del Departamento de Derecho Social y Jefe de la Cátedra de Derecho Colectivo del Trabajo en la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Profesor en la Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Libre (Bogotá). Profesor en el Curso de Derecho Constitucional Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima). Profesor en la Especialización en Derecho del Trabajo en la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina). carballomena@gmail.com.

I

*...pestes y guerras toman a la gente
siempre por sorpresa*

Albert Camus, *La peste****

En Venezuela, contrastando con la inmensa mayoría de países latinoamericanos, las contingencias derivadas de la pandemia de la COVID-19 han sido objeto de una regulación ínfima y extremadamente informal, trasgresora –en gran medida– de la seguridad jurídica y propiciatoria de conflictos –por ahora– en latencia.

En síntesis, restricciones a las libertades fundamentales de tránsito, trabajo y empresa sin normativa oficialmente publicada ni sujeta a control parlamentario, apenas anunciada –a veces crípticamente– por medios de comunicación y redes sociales; silencio sobre los efectos patrimoniales de la suspensión de actividades productivas, condiciones de domiciliación del trabajo, y medidas idóneas para garantizar la integridad de los trabajadores en servicios no susceptibles de interrupción; y anomia respecto de las prestaciones dinerarias garantizadas –durante la cuarentena– a la población.

II

*...el deseo irracional de volver hacia atrás o, al
contrario, de apresurar la marcha del tiempo*

El carácter pandémico del coronavirus (COVID-19), declarado el 12 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud, recomendó la urgente adopción de medidas preventivas en salvaguarda de la vida y salud de la población.

*** Los epígrafes de las subsiguientes secciones (II-VIII) son citas de la misma obra.

En Venezuela, el Ejecutivo Nacional –en ejercicio de lo previsto en el art. 338 de la Constitución de la República (CRBV)– dictó el Decreto N° 4.160 de Estado de Alarma de 13 de marzo de 2020¹ (D4160), publicado en Gaceta Oficial Ext. N° 6.519 de la misma fecha, por cuya virtud se atribuyó al Presidente de la República un cúmulo de facultades extraordinarias que obrarían como restricciones a las libertades fundamentales de tránsito, empresa y trabajo, entre otras.

En concreto, previó la facultad de *“ordenar la suspensión de actividades en determinadas zonas o áreas geográficas”* y, *consecuentemente, “la suspensión de las actividades laborales cuyo desempeño no sea posible bajo alguna modalidad a distancia que permita al trabajador desempeñar su labor desde su lugar de habitación”* (art. 8).

De seguidas, contempló un listín de actividades no susceptibles de suspensión, por obvias razones de interés público: (i) producción y distribución de energía eléctrica, telefonía y telecomunicaciones, manejo y disposición de desechos y, en general, servicios públicos domiciliarios; (ii) expendios de combustibles y lubricantes; (iii) servicios de salud; (iv) farmacias; (v) traslado y custodia de valores; (vi) expendio de medicinas de corta duración e insumos médicos; (vii) distribución y disponibilidad de alimentos; (viii) sistema portuario nacional; (ix) transporte de agua potable y químicos necesarios para su potabilización; (x) expendio y transporte de gas de uso doméstico y combustibles destinados al aprovisionamiento de estaciones de servicio de transporte terrestre, puertos y aeropuertos; y (xi) sistema nacional integral agroalimentario (art. 9).

De los arts. 8 y 9 D4160 –referidos en los párrafos precedentes– se desgajan los principales influjos de la COVID-19 sobre las relaciones de trabajo: (i) suspensión de la relación de trabajo por hecho del príncipe; (ii) forzosa domiciliación del servicio, cuando ello fuese posible; y (iii) continuidad de servicios no susceptibles de interrupción y, consecuente, intensificación del riesgo de contagio. A ellos me referiré en las próximas secciones.

¹ Prorrogado mediante Decretos Nos. 4.186 de 12 de abril de 2020 (Gaceta Oficial N° 6.528 Ext. de la misma fecha), 4.198 de 12 de mayo de 2020 (Gaceta Oficial N° 6.535 Ext. de la misma fecha), y 4.230 de 11 de junio de 2020 (Gaceta Oficial N° 6.542 Ext. de la misma fecha).

III

Fue a partir de ese momento cuando el miedo, y con él la reflexión, empezaron

El Ejecutivo Nacional, amparado en el D4160, impuso –mediante simple alocución por cadena nacional de radio y televisión– una “*cuarentena social*” en todo el territorio de la República a partir del 17 de marzo de 2020².

Atendiendo a la rampante informalidad que revestían las medidas restrictivas de libertades fundamentales, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, mediante pronunciamiento de 29 de marzo de 2020³, exhortó al Ejecutivo Nacional –en lo atinente al sistema de relaciones laborales– a dictar, “*en aras de la seguridad jurídica*”, “*reglas sobre la extensión y consecuencias patrimoniales de la suspensión de actividades productivas*”, y a proveer “*las prestaciones [dinerarias...] que aseguren a los trabajadores la satisfacción de sus necesidades alimentarias sin colocar a las empresas en riesgo de grave deterioro*”⁴.

En efecto, la suspensión de actividades productivas ordenada por el Ejecutivo Nacional produjo la inexorable suspensión de las respectivas actividades laborales, salvo cuando estas fuesen susceptibles de domiciliación (art. 8 D1460). La aludida suspensión de la relación de trabajo se produjo por causa extraña no imputable a los sujetos concernidos (art. 1271 del Código Civil⁵).

² Recuperado de: <http://mppre.gob.ve/2020/03/16/venezuela-cuarentena-social/>.

³ Recuperado de: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamientos/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-sobre-el-estado-de-alarma-decretado-ante-la-pandemia-del-coronavirus-covid-19/>.

⁴ Como se ratificará luego, el Ejecutivo Nacional optó por otorgar prestaciones dinerarias (“bono Quédate en Casa”) a través del “sistema carnet de la patria”. Sin desconocer la pertinencia de la medida resulta imperativo advertir, desde una perspectiva jurídica, que la ausencia de normativa sobre el alcance del referido programa asistencial genera obvia inseguridad y facilita su utilización como instrumento de sumisión política y control social. Recuperado de: <https://www.elnacional.com/economia/asignaran-tres-bonos-durante-abril-mediante-el-carnet-de-la-patria/>.

⁵ “El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”.

Tratándose de una cuarentena impuesta por el Ejecutivo Nacional, como medida preventiva ante el riesgo de contagio de la COVID-19, se configuraría –más específicamente– un hecho del príncipe o del soberano⁶.

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de 30 de abril de 2012 (DLOTTT) prevé, entre las causales de suspensión de la relación de trabajo, los “*casos fortuitos o de fuerza mayor que tengan como consecuencia inmediata y directa la suspensión temporal de las labores...*” (art. 72.i). La previsión normativa parece abarcar un amplio elenco de circunstancias imprevisibles –o que siéndolo resultasen insuperables– que tengan por efecto inmediato y directo la imposibilidad de ejecución de las obligaciones fundamentales en cabeza de los sujetos de la relación de trabajo, es decir, la prestación de servicios y su retribución en condiciones que garanticen la integridad del trabajador.

Adicionalmente, el art. 72.i DLOTTT dispone que la suspensión de la relación de trabajo por “*casos fortuitos o de fuerza mayor*” deberá ser sometida a “*autorización*” administrativa dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la ocurrencia de los hechos invocados y que, en todo caso, aquella vicisitud no podrá exceder de sesenta días⁷.

Dicha autorización administrativa –según entiendo– luce improcedente en el supuesto de suspensión de la relación de trabajo por cuarentena impuesta –con efectos generales– por el Ejecutivo Nacional, toda vez que:

⁶ “La causa extraña no imputable es un hecho que escapa al control del deudor y que le impide satisfacer a su acreedor. Puede ser un hecho natural, que suele ser denominado caso fortuito o de fuerza mayor; un hecho atribuible a la autoridad, que suele ser denominado hecho del príncipe; un hecho del acreedor, que suele ser denominado hecho o culpa de la víctima; o un hecho de un tercero.” Carlos Eduardo Acedo, *Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos*, consultado del original, Caracas, 2020, p. 3.

⁷ Se alude así a la opción reconocida al trabajador de extinguir unilateral y justificadamente la relación de trabajo por excesiva prolongación de la suspensión del vínculo laboral por “casos fortuito o de fuerza mayor”, prevista en el art. 33 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 25 de abril de 2006 (Gaceta Oficial N° 38.426 de 28 del mismo mes y año): “Si la suspensión de la relación de trabajo por fuerza mayor excediere de sesenta (60) días continuos, los trabajadores afectados o trabajadoras afectadas podrán retirarse justificadamente”.

- i. No se trata de “casos fortuitos o de fuerza mayor” que afecten individualmente a determinados empleadores sino de circunstancia general que deriva de actos normativos del Ejecutivo Nacional –Decreto de Estado de Alarma y cuarentena– a los cuales debe subordinarse el inspector del trabajo en acato al principio de legalidad (arts. 137 CRBV y 4 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública⁸); y
- ii. La cuarentena –y la ausencia de un medio telemático implementado por la administración del trabajo para atender cualquier requerimiento– impide –en la hipótesis desechada de que ello fuese necesario– recabar autorización por virtud de la suspensión de la relación de trabajo por “*casos fortuitos o de fuerza mayor*”.

Asumida la hipótesis de suspensión de la relación de trabajo por hecho del príncipe, conviene destacar los efectos jurídicos que se deducen –básicamente– de lo previsto en los arts. 73 y 74 DLOTTT:

- i. Preservación del vínculo jurídico y garantía de inamovilidad⁹⁻¹⁰ para el trabajador mientras dure la causa suspensiva (arts. 71, 73.e, 74 y 420.5 DLOTTT). Por tanto, una vez cesada tal circunstancia el trabajador estará obligado a someterse, tan pronto fuese posible¹¹, a la disposición del patrono, y este deberá

⁸ Ver, Alejandro Gallotti, “Los principios rectores de los procedimientos administrativos en las leyes habilitadas de 2014”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 6, mayo-agosto 2015, Caracas, 2015, pp. 150 y 151. Recuperado: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2016/01/REDAV-6.pdf>.

⁹ Razón por la cual sólo procederá su despido, traslado o alteración peyorativa de condiciones de trabajo cuando medie causa justificada, previamente valorada y autorizada por el inspector del trabajo competente, ex art. 94 DLOTTT.

¹⁰ En todo caso, mediante Decreto 4.167 de 23 de marzo de 2020, publicado en Gaceta Oficial N° 6.520 Ext. de la misma fecha, fue extendido –hasta el 31 de diciembre de 2020 (art. 1°)– el régimen general de inamovilidad que apenas excluye de su ámbito personal de validez a trabajadores de dirección, de temporada u ocasionales, y con antigüedad inferior a un mes (art. 5°).

¹¹ Art. 34, Parágrafo Único del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 25 de abril de 2006, publicado en Gaceta Oficial N° 38.426 de 28 del mismo mes y año.

- asegurarle las mismas condiciones de trabajo que imperaban para la fecha en que se produjo la causa de suspensión¹²;
- ii. El trabajador no estará obligado a poner su fuerza de trabajo a disposición del patrono, ni este a pagar los salarios convenidos (art. 73 DLOTTT), aunque sí deberá seguir cumpliendo con las cotizaciones al sistema de seguridad social (art. 73.b *eiusdem*). Asimismo, cabe acotar que el empleador queda liberado del pago cestaticket socialista, toda vez que la actividad productiva a su cargo se encuentra directamente afectada por una situación de “*emergencia, catástrofe o calamidad pública derivada de hechos de la naturaleza*” que impide su desenvolvimiento (art. 8 *in fine* del Decreto 2.066 con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Cestaticket Socialista para los Trabajadores y Trabajadoras de 23 de octubre de 2015, publicado en la Gaceta Oficial N° 40.773 de la misma fecha);
 - iii. El patrono estará obligado a continuar garantizando al trabajador la dotación de vivienda y alimentación, en cuanto fuese procedente (art. 73.a DLOTTT), así como cualquier otra prestación prevista en las convenciones colectivas de trabajo para regir durante la suspensión del vínculo laboral (art. 73.c DLOTTT), o que consagren las normas reglamentarias por motivos de justicia social (art. 73.d *eiusdem*); y
 - iv. El lapso durante el cual se prolongue la suspensión del vínculo laboral computará para la antigüedad o tiempo de servicio del trabajador (art. 73, segundo aparte DLOTTT).

IV

Uno se cansa de la piedad cuando la piedad es inútil

Un trabajador sometido a cuarentena, con vínculo laboral suspendido y, por tanto, privado del salario, estaría irremediabilmente condenado –junto con su familia– a la más absoluta inanición.

¹² Salvo que la discapacidad sobrevenida del trabajador -u otra circunstancia análoga- recomendase su reubicación (arts. 74 *in fine* y 75 DLOTTT).

Tal eventualidad –más allá de repugnar al más básico sentido común– resulta incompatible con 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 justicia, la igualdad, la solidaridad, [...] la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, [y] la ética...*” (art. 2 CRBV).

De allí que, en primer término, deba brindarse una respuesta desde el sistema de seguridad social, proporcionándole a los trabajadores prestaciones dinerarias que garanticen su integridad mientras perdure dicha contingencia.

En este sentido, el Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm. 130) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) –no ratificado por Venezuela– prevé el deber de los Estados de suministrar -periódicamente¹³ y mientras dure la contingencia¹⁴– prestaciones monetarias de enfermedad (art. 18) en el supuesto –entre otros– de “*incapacidad para trabajar [...] que resulte de una enfermedad y que implique la suspensión de ganancias*” (art. 7.b).

Por su parte, la Recomendación complementaria (núm. 134, 1969) precisa, muy relevantemente, que la incapacidad para trabajar y, por ende, el derecho a percibir prestaciones monetarias debería abarcar el supuesto de ausencia justificada por aislamiento “con motivo de una cuarentena” (párr. 8.b).

En el caso venezolano, el Ejecutivo Nacional –al margen de normativa formal– optó por otorgar a la población, durante la cuarentena por la COVID-19, prestaciones dinerarias –identificadas como “*bono Quédate en Casa*”– a través del “*sistema carnet de la patria*”.

Aunque resulte inobjetable la pertinencia de esta política asistencial, no puede dejar de apuntarse que la anomia respecto de su contenido y alcance atenta contra la seguridad jurídica y exagera el riesgo de utilización de recursos públicos como potencial instrumento de sumisión política y control social¹⁵.

¹³ Art. 21.- “La prestación monetaria de enfermedad mencionada en el artículo 18 deberá consistir en un pago periódico...”.

¹⁴ Art. 26.1.- “La prestación monetaria de enfermedad mencionada en el artículo 18 deberá ser concedida durante toda la contingencia...”.

¹⁵ Ver, Luis Eduardo Díaz, *El derecho a la protección social en Venezuela: recomendaciones de política jurídica*, Kindle Edition, 2018, pp. 77-79.

Al margen de las medidas adoptadas en el ámbito del sistema de seguridad social, el empleador debe también –en observancia del valor supremo de la solidaridad¹⁶ (arts. 2 CRBV y 18.1 DLOTTT) y la buena fe contractual¹⁷ (art. 24.g del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 25 de abril de 2006¹⁸)– adoptar medidas idóneas para asegurar a los trabajadores la percepción de prestaciones dinerarias -o en especie– durante la suspensión del vínculo laboral, mediante bonificaciones sustitutivas del salario, anticipo de salarios, utilidades o prestaciones sociales, préstamos, etc.

V

...la sorpresa de los primeros tiempos se transformó poco a poco en pánico

Ciertos trabajadores, los menos, devinieron refractarios a la suspensión del vínculo laboral como consecuencia de la cuarentena ordenada por el Ejecutivo Nacional, atendiendo a la naturaleza de las actividades ejecutadas:

¹⁶ Como expresó D. Antonio Manuel Morales Moreno, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, en sesión de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, “el derecho de contratos, creado para circunstancias normales, está fundado en principios de justicia conmutativa. Esos principios son insuficientes en circunstancias de carácter excepcional, como las que actualmente vivimos. El derecho excepcional de contratos debe estar inspirado en principios de justicia distributiva, asentados en el orden constitucional. El problema hoy no puede contemplarse como el de cada contrato, sino el de todo el tejido contractual y los intereses que subyacen en los diferentes tipos”. Iustel, Diario del Derecho, Coronavirus y Derecho, 21 de mayo de 2020, *apud* Carlos Eduardo Acedo, ob.cit., p. 2.

¹⁷ “...la buena fe contractual se presenta como una actitud interior, de ambas partes, trabajador y empleador, de valor espiritual, que se traduce en un determinado comportamiento: la honestidad, honradez, veracidad y lealtad en la vinculación laboral. Ello lleva implícita la plena conciencia de no engañar, ni perjudicar, ni dañar, así como también la buena disposición tendiente a que las obligaciones contractuales se cumplan normalmente”. Carlos Alberto Livellara, “La buena fe contractual en tiempos de pandemia por el covid-19 (coronavirus)”, *Revista de Derecho Laboral actualidad, suplemento digital N° 3: el impacto del coronavirus en las relaciones laborales*, José Daniel Machado y César Arese (directores), Diego Guirado (coordinador), Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2020, p. 45.

¹⁸ Gaceta Oficial N° 38.426 de 28 de abril de 2006.

- i. Susceptibles de domiciliación *ex art. 8 D4160*;
- ii. Exentas de suspensión *ex art. 9 D4160*; y
- iii. Hasta tanto no fuesen objeto de expresa suspensión *ex art. 8 D4160*, aquellas no susceptibles de interrupción por razones de interés público (por ejemplo, hoteles con huéspedes para la fecha en que fue declarada la cuarentena), técnicas (por ejemplo, actividades científicas o técnicas que ameriten intervención o control periódico), o de circunstancias eventuales (por ejemplo, trabajos necesarios para mantener temperaturas constantes o determinadas en locales o aparatos, siempre que lo exija la naturaleza de los procesos o de elaboración en la preparación de productos industriales), *ex arts. 17-19 del Reglamento Parcial DLOTTT sobre el Tiempo de Trabajo*.

VI

...era ciertamente un sentimiento de exilio aquel vacío que llevábamos dentro de nosotros.

La domiciliación del trabajo como alternativa a la suspensión del vínculo laboral¹⁹ reviste carácter imperativo, tal como se desgaja de la literalidad del art. 8 D4169 (“...*suspensión de las actividades laborales cuyo desempeño no sea posible bajo alguna modalidad a distancia...*”) y, sobre todo, en atención al valor supremo de la solidaridad (arts. 2 CRBV y 18.1 DLOTTT).

En otras palabras, la cuarentena impuesta por el Ejecutivo Nacional obró como causa de suspensión de la relación de trabajo en tanto no resultase posible la domiciliación –total o parcial– de los servicios prestados por el trabajador y su ensamblaje en la órbita de la empresa organizada por el empleador.

Si los servicios domiciliados fuesen prestados –preponderantemente– mediante tecnologías de la información y la comunicación,

¹⁹ En el supuesto de servicios domiciliados antes de las medidas preventivas frente a la covid-19 -tales como aquellos ejecutados por trabajadores a domicilio, del hogar, o residenciales- la relación de trabajo habría de proseguir sin solución de continuidad, apenas soportando los ajustes que –en ejercicio del *ius variandi*- pudiesen corresponder estrictamente para garantizar la integridad del trabajador y la satisfacción de los objetivos patronales.

estaríamos en presencia de teletrabajo, tal como se reconoce –prácticamente sin disidencias– en América Latina²⁰.

En el caso venezolano, el teletrabajo constituye una especie del género del trabajo a domicilio²¹ según cabe inferir de lo dispuesto en el art. 216, único aparte DLOTTT:

*“cuando el trabajo a domicilio sea consecuencia de nuevos sistemas operacionales derivados del progreso tecnológico, [el ministerio del poder popular con competencia en trabajo podrá] dictar uno o varios reglamentos especiales aplicables a las relaciones laborales correspondientes”*²².

Considerando la intensificación de los poderes patronales de dirección, vigilancia y disciplina mediante tecnologías de la información y la comunicación, habría convenido regular, en lo que atañe al

²⁰ Arts. 1 Resolución 1552/2012, 3 Resolución 595/2013, y 2 Proyecto (Correa-Siley) de Ley de Régimen de Trabajo a Distancia y Teletrabajo (Argentina); 3 Decreto Supremo 4.218; 75.B Consolidación de la Leyes del Trabajo (Brasil); 152.K Código del Trabajo (Chile); 2 Ley 1221 (Colombia); 3.a Ley 9.738 (Costa Rica); Disposiciones Reformatorias Primera y Tercera de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario (Ecuador); 3 Ley 600 (El Salvador); 311, primer aparte Ley Federal del Trabajo (México); 2.1 Ley 126 (Panamá); 20 Ley 6524 (Paraguay); 2 Ley 30036 (Perú); y 1 Proyecto de Ley de Promoción y Regulación del Teletrabajo (Uruguay).

La única excepción la constituye el art. 4 del Acuerdo Ministerial MDT-2020-076 de 12 de marzo de 2020, dictado en Ecuador, contentivo de directrices para la aplicación del teletrabajo emergente durante la declaratoria de emergencia sanitaria. Conforme a la referida norma, se entiende por “teletrabajo emergente” “la prestación de servicios de carácter no presencial en jornadas ordinarias o especiales de trabajo, a través de la cual la o el servidor público o la o el trabajador realiza sus actividades fuera de las instalaciones en la que habitualmente desarrolla sus actividades laborales”. Esta latitud se explica por la naturaleza coyuntural y eficacia transitoria del referido instrumento normativo, dictado con ocasión de la abrupta domiciliación del trabajo como medida preventiva ante la covid-19. En contraste, la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19 de 19 de junio de 2020, en sus Disposiciones Reformatorias Primera y Tercera –como antes fue apuntado– define al teletrabajo como “forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación...”.

²¹ En sentido análogo, art. 311, primer aparte de la Ley Federal del Trabajo de México (reforma de 30 de noviembre de 2012).

²² El régimen del trabajo a domicilio aparece desarrollado en los arts. 209 al 217 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de 30 de abril de 2012.

teletrabajo, lo referente a su reversibilidad una vez superada la pandemia de la COVID-19, así como los deberes y derechos fundamentales de los sujetos de la relación de trabajo en el contexto de dicha modalidad de prestación de servicios.

De un lado, destacan los deberes patronales de provisión de medios tecnológicos y facilidades para la ejecución de actividades; preservación de la integridad –física, psíquica y moral– del teletrabajador; capacitación tecnológica; instrucción sobre vías de interacción y telecontroles implementados; y observancia de los límites de la jornada de trabajo, garantizando el descanso del teletrabajador²³ y, más específicamente, absteniéndose de dirigirle cualquier requerimiento –explícito o implícito– fuera del horario de trabajo (*desconexión*²⁴ en sentido negativo).

Finalmente, conviene reseñar los derechos del teletrabajador a desconectarse fuera del horario del trabajo y, más trascendente aún, organizar el tiempo de trabajo —libremente o atendiendo a ciertas circunstancias particulares como cargas familiares²⁵— siempre que ello no afecte peyorativamente la fisiología empresarial (*desconexión* en sentido positivo); y a controlar los datos personales y familiares que pueden concernirle, limitando su recolección y tratamiento (licitud y necesidad a los

²³ Arts. 6.1, 6.5 y 6, parágrafo único Ley 1221, 3.2 y 10 Decreto 884 (Colombia); 7 Decreto Supremo 4.218 y 8.IV.b Resolución Ministerial 220/20 (Bolivia); 152.J Código del Trabajo (Chile); 6.b y 6.c Ley 9.738 y 5.f Decreto Ejecutivo 42083 (Costa Rica); 4.4 Ley 126 (Panamá); 6.f Resolución MTESS N° 598/2020 (Paraguay); 1.e y 3 Decreto Supremo 017-2015-TR (Perú); 7 Proyecto de Ley de promoción y regulación del teletrabajo (Uruguay).

²⁴ Arts. 5 Proyecto (Correa-Siley) de Ley de Régimen de Trabajo a Distancia y Teletrabajo (Argentina), 152.K.6 Código del Trabajo (Chile); Disposiciones Reformatorias Primera y Tercera Ley Orgánica de Apoyo Humanitario (Ecuador); y 12 Proyecto de Ley de promoción y regulación del teletrabajo (Uruguay). El alcance del derecho a la desconexión no aparece precisado en las normas referidas, razón por la cual podría extenderse más allá del derecho del trabajador al efectivo descanso mediante su desconexión fuera del horario de trabajo y del consecuente deber patronal de abstención de dirigirle –durante el mismo lapso– cualquier requerimiento.

²⁵ Por ejemplo, art. 6 Proyecto (Correa-Siley) de Ley de Régimen de Trabajo a Distancia y Teletrabajo (Argentina): “Las personas que trabajen bajo esta modalidad [-teletrabajo-] y que acrediten estar a cargo del cuidado de personas menores de 14 años, personas con discapacidad o adultos mayores dependientes, tendrán derecho a pautar horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo o solicitar hasta dos interrupciones por jornada, siempre que ello no afecte el cumplimiento de la jornada legal o convencional y de sus tareas”.

finde de trabar y ejecutar el vínculo laboral, deber patronal de resguardo y notificación en caso de fuga informativa, y garantía de información, acceso, rectificación, supresión y oposición sobre datos personales).

VII

El sufrimiento profundo que experimentaban era el de todos los prisioneros y el de todos los exiliados

Los trabajadores en ejecución de actividades no susceptibles de interrupción *ex art. 9 D4169* afrontan una sensible —e inobjetable— intensificación del riesgo de contagio de la COVID-19. De allí que, en el supuesto de concretarse dicha vicisitud, deba atribuírsele *-prima facie—* la condición de enfermedad ocupacional.

En efecto, de conformidad con el art. 70 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo:

“se entiende por enfermedad ocupacional, los estados patológicos contraídos o agravados con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que el trabajador o la trabajadora se encuentra obligado a trabajar, tales como los imputables a la acción de agentes físicos y mecánicos, condiciones disergonómicas, meteorológicas, agentes químicos, biológicos²⁶, factores psicosociales y emocionales, que

²⁶ Normativa de la Organización Internacional del Trabajo donde se alude a los riesgos biológicos en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo: “Por ejemplo, el Convenio núm. 155 dispone que las autoridades competentes deberán garantizar (habida cuenta de las condiciones y posibilidades nacionales) la introducción o desarrollo progresivo de sistemas de investigación de los agentes biológicos en lo que respecta a los riesgos que entrañaran para la salud de los trabajadores (artículo 11, f). Véanse también los artículos 5, a), y 12, b), del mencionado Convenio. Algunos instrumentos sectoriales también se refieren a medidas de protección contra los riesgos biológicos y/o las enfermedades infecciosas, entre ellos: el párrafo 76 de la Recomendación sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964 (núm. 120), los párrafos 24 y 26 de la Recomendación sobre el personal de enfermería, 1977 (núm. 157), el artículo 28 del Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, 1988 (núm. 167), el artículo 9 del Convenio sobre seguridad y salud en las minas, 1995 (núm. 176), el artículo 14 del Convenio sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001 (núm. 184), el párrafo 8 de la Recomendación sobre la seguridad y salud en la agricultura, 2001 (núm. 192) y la pauta B4.3.1 del Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, en su versión enmendada (MLC, 2006).” Organización Internacional del Trabajo, *Las normas de la OIT y la COVID-19*

se manifiesten por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mental, temporales o permanentes”.

En sentido análogo, destaca la OIT que si el COVID-19 “*se contrae por exposición en el trabajo, [...] podría considerarse como un accidente del trabajo o una enfermedad profesional*”²⁷. Asimismo, precisa que:

*“Se debería reconocer a determinados agentes biológicos como la causa de enfermedades profesionales provocadas por la exposición a tales agentes que resulte de las actividades laborales. Cuando se haya establecido, por medios científicos (o de conformidad con otros métodos nacionales) la existencia de un vínculo directo entre la exposición a agentes biológicos que resulte de las actividades laborales y una enfermedad contraída por los trabajadores, se recomienda reconocer esa enfermedad como enfermedad profesional a los efectos de la prevención, el registro, la notificación y la indemnización”*²⁸.

Corresponderá, entonces, al empleador, si pretendiese desestimar la calificación ocupacional de la enfermedad contraída, probar —entre otros aspectos debatibles— la idoneidad y suficiencia de las medidas de control de la fuente de riesgo adoptadas (reducción del tiempo de exposición, pausas más frecuentes, etc.) y de los implementos y equipos de protección personal provistos (mascarillas, guantes, etc.)²⁹.

(*coronavirus*), versión 2.1, 29 de mayo de 2020, p. 21. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_739939.pdf.

²⁷ Ibidem, p. 19.

²⁸ Ibidem, p. 22.

²⁹ La Recomendación sobre el personal de enfermería, 1977 (núm. 157) de la Organización Internacional del Trabajo prevé el deber patronal de evitar que el personal de enfermería sea expuesto a riesgos particulares. “Cuando no pueda evitarse la exposición a tales riesgos, deberían tomarse medidas para reducirla al mínimo”, tales como “el suministro y la utilización de ropa protectora, la inmunización, la reducción de la duración del trabajo, las pausas más frecuentes, un alejamiento temporal del riesgo o vacaciones anuales más largas...” (párr. 49).

VIII

...después de tan continuada alarma pareció que el corazón de todos se hubiese endurecido, y todos pasaban o vivían al lado de aquellos lamentos como si fuesen el lenguaje natural de los hombres

Surcado este “*proceloso mar de funesta desgracia*”³⁰ no nos toparemos precisamente con aguas mansas. La nueva realidad que se avecina no parece prometernos parajes utópicos habitados por danzantes querubines. Ruina, pobreza, precarización y desempleo, lucen más probables.

Según la Organización Internacional del Trabajo:

*“En el segundo trimestre [de 2020], el número de horas de trabajo en el mundo debería ser del 10,5 por ciento inferior al último trimestre anterior a la crisis. Ello equivale a 305 millones de empleos a tiempo completo...”*³¹.

*“Conjuntamente, los empleadores y los trabajadores por cuenta propia, alrededor de 436 millones de empresas de los sectores más afectados en todo el mundo enfrentan un alto riesgo de experimentar graves perturbaciones”*³².

*“Los cierres de los lugares de trabajo tienen repercusiones graves e inmediatas sobre las actividades corrientes de las empresas y de los trabajadores por cuenta propia, exponiéndolas a un riesgo elevado de insolvencia”*³³.

La Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL) advierte que la pandemia de la COVID-19 “*será la causa de la mayor crisis económica y social de la región en décadas, con efectos muy negativos en el empleo, el combate a la pobreza y la reducción de la desigualdad*”³⁴. La economía en el subcontinente sufrirá

³⁰ Esquilo, *Prometeo encadenado*.

³¹ Organización Internacional del Trabajo, *Observatorio de la OIT: el COVID-19 y el mundo del trabajo*, tercera edición, 29 de abril de 2020, p. 1. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_743154.pdf.

³² Ídem.

³³ p. 2

³⁴ CEPAL, *Informe especial COVID-19*, N° 2 (Dimensionar los efectos del COVID-19 para pensar en la reactivación), 21 de abril de 2020, p. 1. Recuperado de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45445/4/S2000286_es.pdf

durante 2020 una contracción, en promedio, de 5,2% sobre el Producto Interno Bruto; siendo Venezuela, con mucho, el caso más dramático (-18%)³⁵. En la misma esfera, la tasa de desempleo se estima alrededor del 11,5%, lo cual equivale a 37,7 millones de desempleados, es decir, 11,6 millones más si se contrasta con el nivel de 2019 (26,1 millones de desempleados)³⁶.

Para el mundo del trabajo resulta esencial que las políticas gubernamentales que se adopten frente a la devastación económica tengan por objetivo garantizar el trabajo decente, deriven de sinceros y amplios procesos de diálogo social³⁷, e incluyan entre sus prioridades la protección de la salud de los trabajadores en el lugar de trabajo, el fomento de la actividad económica y la demanda de mano de obra, y el apoyo al empleo y al mantenimiento de ingresos³⁸.

Visto lo anterior, quizá Houellebecq tenga razón: *“hoy debemos considerar la felicidad como un ensueño antiguo, pura y simplemente, no se dan las condiciones históricas”*³⁹.

Corresponderá entonces –tercamente– forjar nuevas condiciones históricas que permitan implantar la justicia social a nivel global. Quizá, crispados aún por la fragilidad de los sistemas de salud y atónitos ante irreprimible interconexión entre las naciones del globo, sea posible –ahora sí– abrazar de nuevo el espíritu de Filadelfia⁴⁰.

Caracas, junio de 2020

³⁵ Ibidem, pp. 15 y 16.

³⁶ Ibidem, p. 15.

³⁷ Entendido en los términos esbozados en la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944 (párrafo III.e), anexada a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo mediante Instrumento de Enmienda de 1946 (en vigor a partir del 20 de abril de 1948): “...fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan [...] la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas”.

³⁸ OIT, *Covid-19 y el mundo del trabajo*, Recuperado de: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_739403/lang--es/index.htm.

³⁹ *Serotonina*, Anagrama, Barcelona, 2019.

⁴⁰ Alain Supiot, *El espíritu de Filadelfia: la justicia social frente al mercado total*, Península, Barcelona, 2011.

NEOLENGUA JURÍDICA Y COVID-19*

RAMÓN ESCOVAR LEÓN**

SUMARIO

Introducción. I. El idioma y nuestra cultura. II. La Neolengua. III. La manipulación verbal. IV. Lenguaje y mentira. V. El estilo. VI. Dialectos extranjero. VII. El lenguaje Jurídico. VIII. Creación de conceptos jurídicos y neoderecho. IX. La sentencia de la Sala Constitucional No. 64 del 22 de mayo de 2020 en el caso Directv. Conclusiones

* Este trabajo es una ampliación de uno breve que publiqué en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, julio-diciembre 2019, 2019, pp. 579-589. La versión que ahora presento corresponde a una línea de investigación en desarrollo.

** Abogado *suma cum laude* (UCAB:1974). Licenciado en Letras *magna cum laude* (UCV: 2016). Doctor en Derecho (UCV: 1990). Magister en Administración de Empresas, mención finanzas, (UCAB: 1997).

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es estudiar los cambios ocurridos en el lenguaje jurídico a partir de la Constitución de 1999. Me referiré a lo que ha ocurrido en el habla común y al desarrollo de la llamada neolengua, tanto en el discurso político como en el jurídico, con especial referencia a las transformaciones producidas por el COVID-19. Asimismo, comentaré la manipulación de los vocablos para vaciarlos de contenido y darles efectos distintos a sus significados. Finalmente reflexionaré sobre la transformación de los conceptos jurídicos como modalidad que utiliza el autoritarismo judicial venezolano; para luego concluir con un elenco de conclusiones.

Las consecuencias del coronavirus en Venezuela son más pronunciadas que las experimentadas en otros países democráticos, porque nos atrapa en medio de una crisis que ha dejado al país sin servicios y sin instituciones independientes. A la carencia de agua, de electricidad y de servicios de salud se añade la falta de gasolina causada por la destrucción de Petróleos de Venezuela (Pdvsa) como consecuencia de la aplicación del populismo “*rojo rojito*”.

Esta circunstancia ha contribuido para influir negativamente en el discurso político, especialmente el lenguaje jurídico del Tribunal Supremo de Justicia al radicalizar su jurisprudencia para restringir los derechos de los venezolanos y facilitar la acción política al régimen de Nicolás Maduro. Un vocablo tergiversado afecta el derecho a la defensa y la seguridad jurídica. Se construyen conceptos que nada tienen que ver con el buen uso del idioma ni con la recta aplicación del Derecho.

Ese deterioro lingüístico se proyecta en tres niveles: la neolengua, la gramática y el rompimiento de la relación entre el significante y el significado de los conceptos jurídicos. Un buen ejemplo de ello es la

sentencia N° 64 de la Sala Constitucional del 22 de mayo de 2020 en el caso de Directv. Lo mismo ocurre con la sentencia N° 65 que declaró válida la junta directiva de la Asamblea Nacional en una operación entre el dirigente “opositor” de Primero Justicia Luis Parra y el Partido Socialista Unido de Venezuela (Psuv)¹.

La Sala Constitucional ha dejado de ejercer el control judicial para decidir asuntos políticos que benefician al autoritarismo populista que se ha impuesto en Venezuela. En ese recorrido se ha potenciado la neolengua jurídica, la mala redacción y un estilo metodológico, que se apoya en la herramienta copiar y pegar, lo que dificulta entender los fundamentos de sus decisiones.

I. EL IDIOMA Y NUESTRA CULTURA

España nos dio el idioma y nos regaló a Miguel de Cervantes y a su *Don Quijote*, lo que marca nuestra identidad. De ahí la importancia de cuidar la expresión hablada y escrita para defender lo que es nuestro patrimonio cultural. Además, el pensamiento se construye y organiza a través de la lengua; irrespetarla significa ofender la identidad y demostrar pobreza intelectual. Emplear abusivamente locuciones idiomáticas –copiadas de dialectos extranjeros– y la manipulación de las palabras se ha expandido con la *neolengua*, que es el envilecimiento del idioma. Esto ocurre tanto en el lenguaje ordinario como en el jurídico.

Sin embargo, bueno es señalar que la lengua se modifica con el correr del tiempo e incluye nuevos vocablos y giros, tanto de invención de los propios hablantes como por la incorporación de préstamos lingüísticos. No hay modo de impedir esto. Los cambios son propios de la lengua viva, lo que se debe evitar, eso sí, es su degradación, al no respetar los principios del idioma.

¹ Véase: Allan R. Brewer-Carías: *La fraudulenta y fallida “magia” del juez constitucional en Venezuela. De cómo se “transforma” una acción de amparo, que fue declarada sin lugar, en una vía para emitir declaraciones políticas, sobre hechos políticos, ignorando la justicia y el debido proceso (Sobre la sentencia de la Sala Constitucional No. 65 del 26 de mayo de 2020)*. En: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/05/Brewer.-LA-FRAUDULENTA-Y-FALLIDA-%E2%80%99CMAGIA%E2%80%99D-DEL-JUEZ-CONSTITUCIONAL-EN-VENEZUELA.-sentencia-No-65.-26-5-2020.pdf> [Disponible, 28.05.2020].

Para poner orden en el laberinto idiomático, y en la búsqueda de la unidad del lenguaje, tanto en España como en América, la Real Academia Española, el Consejo General del Poder Judicial español y la Cumbre Judicial Iberoamericana publicaron el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*². En dicho texto se compilan los términos jurídicos más usados en los países de habla hispana. El mismo “*ofrece un destacable marco de seguridad jurídica al recoger conceptos de común comprensión*”³, tal como lo afirma Carlos Lesmes Serrano en el prólogo de esta obra. Se trata de un trabajo necesario ya que los jueces juzgan con las palabras y un término mal usado o manipulado afecta la seguridad jurídica, al tiempo de que “*en el lenguaje jurídico, el concepto se viste de naturaleza normativa*”⁴.

La precisión conceptual de las palabras compete a la esencia del Derecho; de ahí la importancia de eludir la ambigüedad al momento de aplicar los conceptos jurídicos, para evitar así la arbitrariedad. Y esto es aún más importante si nos atenemos a la línea divisoria que diseñó Carl Schmitt, cuando el ciudadano “*sujeto de derechos*” puede quedar afectado por el dilema amigo-enemigo⁵, según el cual hay que exterminar al último. En un esquema como este, el lenguaje jurisprudencial debe estudiarse para ponderar si los términos jurídicos se hacen eco de la división trazada por el pensador alemán. No puede haber un concepto jurídico para el amigo y uno distinto para el enemigo⁶.

En lo que atañe a la redacción y a la gramática, contamos con dos nuevas obras. La primera es el *Libro de estilo de la Justicia*⁷ que busca que los abogados se expresen de acuerdo con las reglas y los principios del español al momento de interpretar las normas jurídicas, de redactar

² Dirigido por Santiago Muñoz Machado. Madrid, Real Academia Española, Cumbre Judicial Iberoamericana, Consejo General del Poder Judicial, 2017, Dos tomos.

³ Lesmes Serrano: *Ibid*, p.XI

⁴ Lesmes Serrano: *Ibid*, p. X

⁵ *Ibid*,

⁶ Sobre esto voy a volver cuando me refiera a la manipulación del lenguaje que se ha hecho en el Tribunal Supremo de Justicia para perseguir a enemigos políticos. Desde la construcción de un delito lingüístico para perseguir a Leopoldo López e inhabilitarlos como contendor electoral, hasta el término “desacato” para arrebatarle a la Asamblea Nacional sus facultades constitucionales.

⁷ Dirigido por Santiago Muñoz Machado. Madrid, Real Academia Española, Consejo General del Poder Judicial, 2017.

leyes o sentencias y elaborar informes. En la motivación de las decisiones judiciales deben quedar bien expresadas las razones jurídicas que sustentan los fallos, tarea en la cual la redacción juega un papel determinante. Para conocer los fundamentos de los fallos judiciales es necesaria la expresión clara, sin circunloquios, sin palabras rebuscadas. La segunda obra es el *Libro de estilo del español según la norma panhispánica*⁸, que recoge los cambios del idioma e incluye las nuevas modalidades de comunicación, como las empleadas en las redes sociales. Todo esto va dirigido a defender el idioma desde el punto de vista fonético y gramatical.

El propósito de los textos mencionados es lograr la correcta expresión del español y la homogeneidad, tanto como sea posible, entre los hispanohablantes. No se pretende impedir que el idioma experimente transformaciones, sino que estas respeten –hay que insistir– las reglas y principios de nuestra lengua. Y ello, además, porque el buen uso del lenguaje es una de las expresiones del Estado de derecho y de la seguridad jurídica: el lenguaje “*corrompido, puede convertirse en vehículo de la arbitrariedad*”⁹. Una de las virtudes de la democracia debe ser el buen uso de la lengua por parte de sus elites y de su poder judicial. Se puede, incluso, establecer una relación entre la seguridad jurídica y la expresión idiomática.

II. LA NEOLENGUA

Cuando yo empleo una palabra, significa lo que quiero que signifique... ¡ni más ni menos! ...La cuestión es saber quién manda aquí”.

Lewis Carroll¹⁰

Preservar el idioma fue una de las predicas de Andrés Bello, al proclamar sin vacilar: “*Juzgo importante la conservación de la lengua de nuestros padres en su posible pureza, como un medio providencial de comunicación y un vínculo de fraternidad entre las varias naciones*

⁸ Víctor García de la Concha (Coord). Madrid. Espasa, 2018.

⁹ Lesmes Serrano: *loc. cit.*

¹⁰ *A través del espejo*. Madrid, Cátedra, cuarta edición, tr. Ramón Buckley, 1999, pp.316-317.

de origen español derramadas sobre los dos continentes”¹¹. El mensaje es claro: hay que defender la pureza de la lengua sin que esto impida su evolución a partir de los aportes del habla popular.

En el caso venezolano, en los últimos años, se ha producido una degradación del idioma, lo que llega a su máxima expresión con la denominada *neolengua*. Es parte del proceso que busca la dominación de todos los espacios de la vida nacional¹².

La incorporación de un vocablo a la categoría de neolengua se produce por un quiebre en la relación entre significante y significado¹³. Así ocurre con la palabra “*patriota*” cuando se cambia el concepto que su imagen acústica evoca para darle otro muy distinto: no es patriota quien hace aportes significativos a Venezuela sino quien es incondicional al proyecto chavista. Por eso, un profesor universitario que disienta del modelo “*rojo rojito*”, no es patriota sino un “*traidor*”. En cambio, los integrantes de los colectivos de “*la paz*” se convierten en “*patriotas*” por el solo hecho de estar al servicio de las políticas del régimen socialista.

Para evitar que ese fenómeno de la neolengua se expande hasta niveles incontrolables, el sector académico debe estar vigilante y combativo en la defensa del idioma. En esta faena de cuidar el idioma, hemos contado con los aportes del padre Pedro Pablo Barnola y Alexis Márquez Rodríguez. El primero nos iluminaba con su sabiduría y buen humor desde las páginas del diario *El Nacional* en su columna “*Noto y anoto*”. El segundo, también desde *El Nacional*, aclaraba dudas y orientaba con sus recomendaciones en su columna “*Con la lengua*”. Todo apuntado a un objetivo: preservar el buen uso del idioma.

Además de lo anterior, los venezolanos contamos con suficientes razones para ocuparnos de que la lengua se hable bien y de que esta se deslastre de la agresividad lingüística, ya que desde las alturas del poder

¹¹ Andrés Bello: *Gramática de la lengua castellana destinada al uso de los americanos*. Santa Cruz de Tenerife, Instituto Universitario de Lingüística Andrés Bello-Cabildo Insular de Tenerife, Edición crítica de Ramón Trujillo, 1981, p. 129

¹² Carlos Leañez Aristimuño, Carlos: “Lengua para la libertad y libertad para la lengua”. En: *La Neolengua del poder en Venezuela. Dominación política y destrucción de la democracia*. Caracas, Editorial Galipán, 2015, pp. 65-112.

¹³ Ferdinand Sausurre: *Curso de lingüística general*. Buenos Aires, Editorial Losada, tr. Amado Alonso, 1945, reimpresión 2007, pp. 141-148.

se ha ido imponiendo un lenguaje que irrespeta los principios y reglas del español, según las normas recogidas en *el Diccionario panhispánico de dudas*, la Fundación del Español Urgente (Fundéu) y por la agrupación de las Academias, como el citado *Libro de estilo de la lengua española según la norma panhispánica*. La aparición de la neolengua revolucionaria es una de las mayores amenazas que atenta contra las predicas de Andrés Bello y de Ángel Rosenblat.

Veamos algunos casos de lo que está ocurriendo. En efecto, hay peculiaridades que distinguen el lenguaje político del presente, no solo la exageración de los adjetivos descalificativos, sino también el desdoblamiento gramatical desbordado o el insaciable aplebeyamiento del discurso. Esto ocurre al poner el género femenino a sustantivos no marcados. Cuando se dice “*venezolanos y venezolanas, hermanos y hermanas, abogados y abogadas*” se incurre en el innecesario desdoblamiento gramatical que atenta contra el principio de economía del lenguaje y produce un circunloquio que nada añade. Si se habla ante un auditorio, podemos dirigirnos al público con el sustantivo no marcado, que incluye ambos géneros, sin distinción. No puede hablarse de sexismo lingüístico; la lengua no es sexista, en todo caso, lo serían los hablantes.

El desdoblamiento del lenguaje es frecuente en la jerga revolucionaria, por el abuso de la duplicación de cada palabra en dos géneros como ocurre con “*camaradas y camarados*”. Aquí el error es aún más grave porque “*camarado*” no existe en español, y mal puede ser el masculino de camarada. Si se quiere precisar el género, se usa el artículo: la camarada o el camarada. Las expresiones absurdas y ridículas se multiplican: como millones y “*millonas*”; también personas y “*personos*”. Esto, desde luego, debe erradicarse¹⁴.

También ocurre que se emplee una palabra que no corresponde, pero se terminan imponiendo por el uso que de ella hacen quienes ma-

¹⁴ El asunto funciona de acuerdo con reglas. La profesora Ana Vígara Tauste lo explica así: Existen las palabras siguientes: a) *intrasex*, como vasallo vasalla, es decir, lexemas “con desinencia de género”. Esto se aplica igualmente con abogado y abogadas; b) *extrasex* como el periodista y la periodista; c) *heterosex*, constituidos por los heterónimos como el padre y la madre; d) *ortosex* que es la persona que se determina por su sexo como sacerdote y monja; e) *unisex*: son los sustantivos personales colectivos como gente, clero etc (Ana M. Vígara Tauste: “Miembra”. En: El cajetín de la lengua Universidad Complutense de Madrid, <https://webs.ucm.es/info/especulo/cajetin/miembra.html>)

nejan los medios de comunicación. Así ocurre con la palabra conversatorio, por ejemplo. El sufijo torio se refiere al lugar que señala la raíz de la palabra¹⁵. Es lo que ocurre con dormitorio, que es el lugar donde se duerme. Entonces, conversatorio en realidad es el lugar donde se lleva a cabo una conversación o una tertulia.

III. LA MANIPULACIÓN VERBAL

En el ambiente de la neolengua no se respetan las reglas de la conjugación verbal. Buen ejemplo de ello lo vemos en el modo condicional, como ocurrió con la sentencia de la Sala Constitucional N° 64 del 22 de mayo de 2020. Esta sentencia conjuga el verbo estar en forma condicional (estaría), lo que refleja que la decisión es dubitativa y no asertiva, como tienen que ser los fallos judiciales. Este razonamiento hipotético implica que la decisión especula sobre la violación de los derechos que menciona, cuando su deber es explicar sin vacilar las razones jurídicas por las cuales esos derechos fueron violados ¿Cuáles son los programas educativos cuya cesación afecta el derecho a la educación? No es posible saberlo por este lenguaje hipotético usado.

Otro error de vieja data y que se repite hasta en el lenguaje académico, es la pluralización del verbo haber. Se suele decir “*hubieron muchas personas en la fiesta*”, cuando lo correcto es “*hubo muchas personas en la fiesta*”. Haber es un verbo impersonal; es decir, carece de sujeto y solo se conjuga en tercera persona del singular, salvo cuando funciona como auxiliar. La mayoría de los verbos en español se conjugan con un sujeto. Por eso, la tendencia es a creer que haber lo necesita; pero solo requiere un complemento directo. La oración “*Hubo varias fiestas*” está compuesta por un verbo conjugado y un complemento directo. Como no hay sujeto, se fuerza la situación y se pretende convertir el complemento directo en sujeto haciéndolo coincidir con el verbo mediante la pluralización. La regla señalada permanece invariable desde que Andrés Bello la explicó así: “*El de más uso entre los*

¹⁵ Para explicar este mal uso de la palabra conversatorio y la forma adecuada de verlo, recomendando ver las explicaciones de Alex Grijelmo en : <https://www.youtube.com/watch?v=N-7t68GgAAU>.

*verbos impersonales es haber, aplicado a significar indirectamente la existencia de una cosa, que se pone en acusativo: «Hubo fiestas», «Hay animales de maravillosos instintos»; frases que no se refieren jamás a un sujeto expreso»*¹⁶. En definitiva: el verbo haber no se conjuga con un sujeto sino con un complemento directo, salvo que funcione como verbo auxiliar (hubieron bailado)¹⁷.

La *Nueva gramática de la lengua española* señala que el verbo haber se usa como impersonal tanto si se refiere a los fenómenos de la naturaleza (hay truenos), como a “*cualquier otra realidad: Había poco tiempo*”. De inmediato, explica que en el lenguaje estándar se observa la pluralización de este verbo, a lo cual no escapa el periodismo. Sin embargo, la recomendación es el “*uso no concordado del haber, tanto, Hubo dificultades, en lugar de Hubieron dificultades, Había suficientes pruebas para incriminarlos y no Habían suficientes pruebas para incriminarlos, etc.*”¹⁸. Entonces, en el lenguaje académico no es recomendable pluralizar el verbo haber en la búsqueda de un sujeto inexistente, aunque su uso sea frecuente en algunos sectores del habla popular.

IV. LENGUAJE Y MENTIRA¹⁹

*“A estas alturas, la conexión especial entre política y degradación del lenguaje se torna clara”*²⁰, afirma George Orwell en su ensayo *La*

¹⁶ Bello, Ob. cit, p. 466.

¹⁷ También ocurre que se emplee una palabra que no corresponde, pero se terminan imponiendo por el uso que de ella hacen quienes manejan los medios de comunicación. Así ocurre con la palabra conversatorio, por ejemplo. El sufijo torio se refiere al lugar que señala la raíz de la palabra. Es lo que ocurre con dormitorio, que es el lugar donde se duerme. Entonces, conversatorio en realidad es el lugar donde se lleva a cabo una conversación o una tertulia. El diccionario de la Real Academia Española acoge la palabra con tres significados: 1. “mesa redonda”. 2. “Reunión concertada para tratar un tema”; 3. “rueda de prensa”. (Diccionario de la lengua española. Madrid, Real Academia Española, vigésimo tercera edición, 2014. p. 628.

¹⁸ *Real Academia Española*. Madrid, Asociación de Academias de la Lengua Española, Sintaxis II, 2009, núm 41.6, p. 3063.

¹⁹ Véase Ramón Escovar León: “Política, lenguaje y mentira”. *El Nacional digital*, 12 de mayo de 2020: <https://www.elnacional.com/opinion/politica-lenguaje-y-mentira/>. [Disponible: 26.5.2020].

²⁰ George Orwell: La política y el lenguaje inglés. En: <http://bioinfo.uib.es/~joemiro/teach/material/escritura/Polyidres.pdf> [Disponible, 29.5.2020]

política y el lenguaje inglés. En este texto, Orwell demuestra que la manipulación del lenguaje permite defender lo indefendible “*como la continuación del dominio británico en la India, las purgas y deportaciones rusas, el lanzamiento de las bombas atómicas en Japón*”²¹. Todo esto se puede hacer por medio de “eufemismos, peticiones de principio y vaguedades oscuras” que delata falencias en el razonamiento, porque “*si el pensamiento corrompe el lenguaje, el lenguaje también puede corromper el pensamiento*”.

A lo señalado por Orwell se agrega una modalidad que hemos vivido por causa de la revolución bolivariana y que consiste en vaciar de contenido el significado de los vocablos para desconectarlos de sus significantes. “*Traidor a la patria*” no es quien atenta contra los intereses de Venezuela, sino quien marcha a contracorriente del proyecto revolucionario. A aquellos que disienten ideológicamente del castrismo se les acusa de ser de la “*derecha*”, “*agente del imperio*”, “*escuálido*” y así sucesivamente para buscar dividir a la población en dos sectores según las categorías schmittianas de *amigo-enemigo*: al primero todo; al segundo nada. El revolucionario es el dueño de la verdad, el ungido para dirigir a perpetuidad “*la patria*” hacia la “*sociedad socialista*”.

A esta orgía de vocablos manipulados no escapa la “*interpretación*” jurídica. En efecto, la manipulación del lenguaje sube de tono cuando se da en el campo de las decisiones judiciales. En la jurisprudencia constitucional se suelen vaciar de contenido las palabras, como ocurre con el término “*desacato*”, cuyo significado, según el *diccionario panhispánico del español jurídico* es: “*Incumplimiento de una orden judicial de cualquier fuero, siempre que sea escrita y esté basada en la norma vigente*”. Sin embargo, el concepto es forzado hasta extraer de él que la Asamblea Nacional cometió un pretendido “*desacato*” de manera indefinida en el tiempo futuro (algo insólito e irracional), para de esa manera despojarla de sus facultades constitucionales.

Lo mismo ocurre con la manipulación de la noción de “*pueblo*”, la cual puede tener significados distintos según sea el agente que lo constituye. *Pueblo* es un sustantivo colectivo que se refiere al “*Conjunto de habitantes de un país*”, como lo define María Moliner en su célebre

²¹ *Ibid.*

Diccionario de uso del español. El pueblo chavista es distinto al pueblo opositor, según la definición dada por la Sala Constitucional. A pesar de que en su sentencia n° 24 del 22.01.2003, esta Sala 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*”, al momento de definir los integrantes del “*pueblo*” que recibe las dádivas de la revolución, se excluye a quienes no son seguidores del proyecto chavista. Esto sucede con el “*carnet de la patria*”, un instrumento que discrimina entre los venezolanos que integran esa noción amplia de pueblo, que ha sido señalado como tal por el informe de la alta comisionada de las Naciones Unidas, Michelle Bachelet. Y, en tiempos de pandemia, el asunto es aún más grave cuando se pretende que, para obtener ciertos servicios médicos, hay que poseer este carnet discriminatorio. Lo mismo ocurre con la palabra “*paz*”: quien no está de acuerdo con el modelo socialista es un enemigo de la paz.

Pero el asunto se conecta también con la mentira en el discurso político. Al cambiarle el significado a los vocablos, se pasa a armar un discurso basado en la mentira, cuyo propósito es perseguir a los disidentes. El inventario de las mentiras ha construido un mensaje dirigido a despertar una serie de emociones negativas en los seguidores del modelo socialista, fundamentadas en el odio y el resentimiento. Sin embargo, los malos hábitos son contagiosos y este estilo se ha extendido a ciertos dirigentes opositores que usan un lenguaje vago y ambiguo para generar falsas expectativas. Ejemplo de ello fue aquella oferta de comienzos del año 2019 de que la ayuda humanitaria ingresaría a Venezuela por la frontera colombiana. Posiblemente, había cierta creencia de que este hecho podría ser posible, pero estaba basada en deseos más que en realidades políticas. Basta revisar los tuits de la época para verificar el tamaño de lo ofrecido y lo poco que se logró al imponerse la fuerza y la intolerancia.

La mentira y el lenguaje degradado ha sido muy útil para imponer un modelo que carece de respaldo popular. Este estilo no debe ser imitado por la oposición debido a que, entre otras cosas, afecta la manera de pensar. Orwell lo dijo con claridad: “*El lenguaje político –y, con variaciones, esto es verdad para todos los partidos políticos, desde los*

conservadores hasta los anarquistas— está diseñado para lograr que las mentiras parezcan verdades y el asesinato respetable, y para dar una apariencia de solidez al mero viento”.

V. EL ESTILO

La gramática es el medio de que “*se valen las lenguas para manifestar lo que pasa en el alma del hablante*”, decía Andrés Bello²², porque es la mejor manera de conocer la claridad u oscuridad intelectual de quien habla. Para saber si los jueces y magistrados padecen de algún conflicto interior (presiones políticas, falta de formación, etc) será el uso del lenguaje lo que permitirá detectarlo.

En relación con el estilo hay que tener presente la necesidad de escribir párrafos cortos, sin incisos innecesarios y evitar el modo alambicado²³. Ello debido a la mala costumbre de escribir largos y enrevesados párrafos, llenos de frases subordinadas con “*abundancia de construcciones explicativas*” que dificultan la comprensión y propician un lenguaje enmarañado. La seguridad jurídica repudia este estilo que se usa las más de las veces en las decisiones que atropellan los valores constitucionales, como la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y a ser juzgado por el juez natural. La oscuridad del lenguaje es un obstáculo para el acceso a la justicia. La frase debe ser como un dardo que se lanza hacia un objetivo, sin desviaciones.

En el caso venezolano, podemos utilizar como ejemplo la sentencia de la Sala Constitucional número 1456 del 27 de julio de 2006, sobre técnicas de inseminación artificial. Largas citas de jurisprudencia y de doctrina que nada aportan a la “*motivación*” de la decisión. Citas dentro de las citas, a veces entrecomilladas, a veces en itálicas; y de

²² Ob. cit, p. 126.

²³ Así lo expone *El Libro de estilo de la Justicia*: “En la redacción jurídica tradicional se impuso como norma, especialmente en las sentencias, que el párrafo debía estar formado por una sola oración.

El resultado eran párrafos enormes, llenos de informaciones secundarias, plagados de incisos, sembrados de referencias acumuladas, de meandros sintácticos, de coordinaciones ensartadas en diferentes niveles y de subordinaciones de todo tipo y condición. Párrafos que ni siquiera los profesionales podían seguir en una lectura atenta” (*Ibid*, p. 34).

las dos maneras a la vez, en una amalgama de reglas incompatibles e ininteligibles. Resulta difícil saber cuáles son las razones originales de la Sala en la decisión elaborada. Párrafos enrevesados con utilización del ahora muy usado “*a lo interno*”²⁴, un italianismo de uso en el periodismo dominicano. Estilo barroco y pomposo reñido con la sencillez y claridad exigida por el lenguaje jurídico²⁵.

Aquí vale la pena recordar a Jorge Luis Borges y sus preferencias por un lenguaje sencillo, la palabra de uso común y su alejamiento del estilo barroco y altisonante²⁶. Esto precisamente recomienda el Instituto Cervantes²⁷ al privilegiar la palabra corta sobre la larga; por ejemplo, entre “*aclarar*” y “*clarificar*” debe usarse la primera²⁸. Entre una expresión larga y una corta, usar la corta: “*hoy*” en lugar de “*actualmente*” o “*en el día de hoy*”²⁹. Entre sesión “*virtual*” o “*telemática*”, mejor usar la corta. Igualmente, se recomienda evitar la forma perifrástica, los rodeos superfluos, como “*avisar*”, en lugar de “*dar aviso*”.

La claridad expresiva se logra con la sencillez del lenguaje, porque los asuntos jurídicos deben estar al alcance de todos. De ahí que no puede usarse un lenguaje misterioso de difícil comprensión, sino uno sencillo como el de Justiniano, a quien, por esta razón, Dante lo privilegia con un lugar en el Paraíso.

Cada escrito debe basarse en una idea central y en torno a ella debe girar el razonamiento. Esto se logra con párrafos que expongan una idea con oraciones no superiores a treinta palabras, aproximadamente. Hay oraciones largas, pero cuando son bien escritas, transmiten el sentido.

²⁴ Sobre el que volveré *infra* en el texto.

²⁵ Si la sentencia número 1456 hubiese aplicado las reglas señaladas y se hubiese evitado las interminables citas, la misma se habría reducido a dos o tres páginas. Pero el lenguaje jurídico de la Sala Constitucional se llena de citas de jurisprudencia y de doctrina, perifrasis verbales, locuciones extranjeras y palabras manipuladas, como las que conceptúan el “desacato”. Es un estilo reñido con la necesaria claridad expresiva que debe caracterizar las decisiones de los tribunales.

²⁶ Ver la entrevista de Joaquín Soler Serrano a Jorge Luis Borges en su programa “A fondo”. En: https://www.youtube.com/watch?v=2gu9l_TqS8I&t=29s// ^[Disponible: 16.7.2019].

²⁷ *El libro del español correcto. Claves para hablar y escribir bien el español*. Madrid, Instituto Cervantes, Espasa libros, 2012, pp.25-80.

²⁸ *Ibid.*, p. 35.

²⁹ *Ibid.*

Es lo que caracteriza la prosa de Mario Vargas Llosa. Hay que ir al grano sin rodeos ni circunloquios. Pero si se leen las sentencias tipo de lo que es la neolengua se encuentra párrafos interminables con exceso de oraciones subordinadas. Tampoco se debe pretender impresionar con latinajos, frases hechas y citas en idioma extranjero. Nada debe sobreponerse a la claridad.

Una breve mención en relación con la función de la mayúscula. Esta se usa para distinguir el nombre propio del nombre común. *“También afecta a las expresiones pluriverbales denominativas que cumplen funciones análogas a las del nombre propio”*³⁰. Sin embargo, esta regla se ha relajado y se observa su uso abusivo. De esta manera, los cargos o títulos académicos se deben escribir en minúscula; en cambio, la denominación de organismos o instituciones, se escriben en mayúsculas: el académico Pedro Pérez es miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Pese a la claridad del asunto, muchas veces se escribe el tratamiento en mayúsculas por razones de respeto, pero no por ello deja de ser un adjetivo.

VI. DIALECTOS EXTRANJEROS

En el proceso de envilecimiento del lenguaje, no escapa el uso frecuente de locuciones extranjeras. Así ocurre con *“a lo interno”*, que es un circunloquio, es decir, un *“rodeo de palabras para expresar algo que podría haberse dicho de forma más breve”* (Fundéu). Esta expresión es de uso frecuente en República Dominicana y viene del italiano *all’interno de*³¹. Así, en lugar de decir *“a lo interno de la universidad”*, mejor es decir *“en la universidad”* o *“dentro de la universidad”*. Es una manera de respetar el principio de la economía del lenguaje. Pero como las malas mañas se contagian, hasta miembros del mundo académico acuden a este italianismo —por demás ridículo en español—, sin reparar en la necesidad de no imitar lo inimitable.

³⁰ *El libro de la justicia* ...cit, p. 151.

³¹ Este italianismo lo repite la inolvidable sentencia N° 156 del 29.3.2017 que le arrebató las facultades constitucionales a la AN y se las atribuyó la propia Sala. En este caso, más que imitar el dialecto dominicano, sigue la terminología marxista venezolana de los años sesenta.

Existe otra expresión en expansión igualmente reñida con el buen español: “*a la final*” por “*al final*” o “*finalmente*”. “*La final*” es sustantivo femenino y se refiere a la última competencia de un campeonato, por ejemplo: La Vinotinto llegó a la final del campeonato sudamericano. Sin embargo, se advierte copiosamente este uso inapropiado, como ejemplo de lo que ocurre actualmente con nuestro idioma.

VII. EL LENGUAJE JURÍDICO

La manipulación del lenguaje sube de tono cuando se da en el campo de las decisiones judiciales. En la jurisprudencia reciente se suelen vaciar de contenido las palabras, como ocurre con el término “*desacato*” cuyo significado, según el *diccionario panhispánico del español jurídico*, es: “*Incumplimiento de una orden judicial de cualquier fuero, siempre que sea escrita y esté basada en la norma vigente*”. Sin embargo, el significado del concepto es forzado hasta extraer de él que la Asamblea Nacional cometió un pretendido “desacato” de manera indefinida en el tiempo futuro (algo insólito e irracional), para de esa manera despojar al Parlamento de sus facultades constitucionales.

Lo mismo ocurre con la manipulación de la noción de “*pueblo*”, la cual puede tener significados distintos según sea el agente que lo constituye. El pueblo chavista es distinto al pueblo opositor, según la definición dada por la Sala Constitucional. En efecto, a pesar de que en su sentencia n° 24 del 22.01.2003, esta Sala 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*”, al momento de definir los integrantes del “*pueblo*” que recibe las dádivas de la revolución, se excluye a quienes no son seguidores del proyecto chavista. Es sucede con el “*carnet de la patria*”, un instrumento que discrimina entre los venezolanos que integran esa noción amplia de pueblo, que ha sido señalado como tal por el informe de la alta comisionada de las Naciones Unidas, Michelle Bachelet. La palabra “*paz*” es otra a las que se apela en el discurso político revolucionario: quien no está de acuerdo con el modelo socialista es un enemigo de la paz.

VIII. CREACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS Y NEODERECHO

Quien gana la batalla de las palabras puede ganar normalmente la posición política dominante, puesto que su discurso pasa a ser el discurso autorizado, o más propiamente, el que tiene autoridad.

Eduardo García de Enterría³²

En sentencia de fecha 15 de marzo de 2000 (Nº 98), la Sala Constitucional definió un nuevo tipo de hecho: *el hecho notorio comunicacional*. Con esta decisión se pretende liberar de pruebas cada vez que se alegue la existencia de un hecho de esta naturaleza. Sin embargo, se trata de una estratagema que facilita el enjuiciamiento de enemigos políticos. En efecto, el hecho notorio es aquel conocido por la generalidad de personas de cultura media en un espacio determinado. Quien invoque, por ejemplo, que la capital del estado Zulia es Maracaibo, no tiene que probarlo.

La seguridad jurídica exige que los hechos sean precisos para evitar arbitrariedades. Sin embargo, la Sala Constitucional elaboró una nueva categoría de hechos notorios: aquellos que acompaña con el adjetivo “*comunicacional*”. Esto alude a informaciones aparecidas en la prensa, pero no por ello llegan a ser de conocimiento general de la población, con lo que se le da al Poder Judicial una facultad que ha servido para dispensar de la prueba a aquellas acusaciones formuladas contra rivales políticos.

El peligro de admitir conceptos “*jurídicos*” como el señalado, sube de tono en un país donde impera la “*hegemonía comunicacional*” en manos de quien detenta el poder. Basta que una noticia falsa sea difundida como verdadera por el monopolio comunicacional para que ella goce de dispensa de prueba, en caso de que se quiera usar contra un opositor.

³² *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 29 *Ibid*

Otro ejemplo de manipulación del lenguaje lo constituye la denominada “*ponencia conjunta*”, empleadas por los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia para evadir responsabilidades ante la historia. En efecto, en los casos en que tuercen el sentido de la norma jurídica para producir efectos favorables al régimen, los magistrados se amparan en esta supuesta redacción mancomunada de una decisión. Así ha ocurrido en los casos más emblemáticos de manipulación de la Constitución, como en las sentencias de la Sala Constitucional número 155 y 156 del 28 y 29 de marzo del 2017, respectivamente.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia regula las reglas para asignar las ponencias (artículos 99 al 105), siempre individualmente a cada magistrado. En los casos que entrañan un riesgo constitucional, se ha pretendido diluir las responsabilidades históricas por medio de la llamada “*ponencia conjunta*”; pero esto es inútil porque las responsabilidades abrazan a cuantos la suscriban, independientemente de quién sea el ponente.

A través del poder que se detenta, se pueden imponer nuevas nociones jurídicas. En ese sentido, “*las palabras juegan un papel decisivo a lo largo de todo proceso revolucionario*”³³, porque permite ir moldeando nociones para someter al adversario, como está ocurriendo en Venezuela.

Si un analista imparcial y desprevenido lee las sentencias de la Sala Constitucional, concluirá que se ha desarrollado un neoderecho (así como ocurrió con la neolengua). Se trata de un esquema jurídico inédito que permite dictar decisiones ampulosas, cargadas de citas incoherentes de doctrina y jurisprudencia extranjera para justificar lo injustificable: impulsar una revolución que solo asegura el fracaso. Este neoderecho le cambia el significado a los vocablos jurídicos para ponerlos al servicio de la revolución³⁴.

³³ García De Enterría, Eduardo: *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 29.

³⁴ Véase Antonio Canova, Luis A. Herrera, Rosa Rodríguez y Giuseppe Graterol. *El TSJ al servicio de la revolución*. Caracas, Editorial Galipan, 2014, pp. 419-425.

IX. LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL NO. 64 DEL 22 DE MAYO DE 2020 EN EL CASO DIRECTV³⁵

“El fin próximo del Derecho es el orden”, proclama Hans Reichel en un trabajo canónico titulado *La ley y la sentencia*. Para consagrar ese orden jurídico, las sentencias deben ser ejecutables, claras, precisas, coherentes y razonadas en los hechos y en el derecho. Estas reglas integran el concepto de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución.

La sorpresiva suspensión del servicio de Directv en Venezuela refleja la situación de anarquía en la que hemos caído. La empresa de servicio de televisión satelital prefirió abandonar el mercado venezolano de forma intempestiva y dejar sus activos a merced del destino, antes de exponerse a unas instituciones sometidas al poder autoritario.

De acuerdo con el texto del comunicado de Directv en el que anunció el cierre de sus operaciones en nuestro país, la empresa se encontró en el medio de dos gobiernos que le imponían obligaciones excluyentes. El gobierno de Estados Unidos le impedía transmitir las señales de Globovisión y de Pdvs TV (empresas sancionadas); y la autoridad administrativa venezolana le imponía la obligación de transmitir ambos canales. La intransigencia impidió buscar una solución intermedia que no afectara a los consumidores venezolanos. A veces hay que buscar las zonas grises para resolver los conflictos. La arrogancia es la primera traba a la hora de negociar soluciones a los serios conflictos que hoy sufre el país.

La falta de tolerancia y flexibilidad llevó el problema al terreno de los hechos, que se cubren bajo el manto de una acción de amparo constitucional. Ninguno de los involucrados pensó en los derechos de los consumidores: Directv decidió sobre la base de los riesgos legales a los que se exponía en los Estados Unidos; y las autoridades administrativas, sobre la base de sus dogmatismos políticos e ideológicos. En este contexto salta la sentencia No. 64 de la Sala Constitucional del

³⁵ Véase, Ramón Escovar León: “Una sentencia inejecutable”. El Nacional digital, 26 de mayo de 2020: <https://www.elnacional.com/opinion/una-sentencia-inejecutable/> [Disponible 26.5.20202].

pasado 22 de mayo, que dictó unas medidas cautelares innominadas, entre las cuales está la orden dirigida a Galaxy Entertainment de Venezuela S.C.A (Directv) de *“continuar, de manera inmediata, con la prestación de servicio de televisión por suscripción”*. Y aquí surge la pregunta: ¿puede hacerse cumplir forzosamente esta disposición de la sentencia? Parece que no, en vista de que es la empresa condenada la que tiene el control del satélite que envía la señal. Se podría obtener otra señal, pero no a la que se refiere la decisión. Por esta razón, el fallo constitucional es inejecutable. Los asuntos tecnológicos son complejos, como se evidencia de la propia situación del Tribunal Supremo de Justicia, el cual tuvo caída su página web durante los últimos meses.

La decisión de la Sala Constitucional merece algunos comentarios adicionales. Se trata de un fallo con extensos párrafos que se incorporan al texto bajo la modalidad *“copiar y pegar”*. De esa manera, el cuadro fáctico es engorroso y alejado de la necesaria precisión que debe inspirar los fallos judiciales. En la parte motiva, en lugar de extraer las máximas jurisprudenciales que invocan como antecedentes, copian largos pasajes de decisiones anteriores. A esto se añade el manejo ambiguo de las comas y el uso inconveniente del hipérbaton que rompe el denominado orden natural de la oración: sujeto, verbo y predicado. El uso exagerado de incisos hace de la sentencia un texto farragoso. Da la impresión de que no hubo serenidad para poder elaborar una decisión clara, explícita, ordenada y coherente, como lo exige el lenguaje jurídico.

La decisión se dicta igualmente bajo la modalidad de *“ponencia conjunta”*, que no está prevista en nuestra ley. Se trata de un término de la neolengua jurídica, puesto que las decisiones de los tribunales colegiados las redacta un ponente, quien presenta su proyecto para la discusión con sus colegas. Esta ponencia elaborada por siete personas es algo reciente que carece de respaldo legal. ¿Cómo es posible que se redacte una sentencia entre siete personas y que todos tengan el mismo estilo de redacción?

Adicionalmente, la sentencia afirma que la suspensión de los servicios de Directv *“estaría lesionando a un número determinado de ciudadanos su derechos a una información oportuna, veraz e imparcial, sin censura (artículo 58 constitucional), el derecho a la protección de*

la niñez y adolescencia (artículo 78 constitucional), el derecho a la educación (artículo 103 constitucional) y el derecho a la recreación (artículo 11 constitucional)”, pero sin razonar sobre cuáles son las razones jurídicas por las que se afectan estos derechos. Esto se explica porque la sentencia tiene veintinueve páginas y dedica a la justificación del núcleo a decidir solo dos páginas.

Tal como se señaló antes (número III) la sentencia conjuga el verbo estar en forma condicional (estaría), para especular y manipular las supuestas infracciones que opina se cometieron. En lugar de especular la sala tiene el deber de señalar las razones en las que fundamenta su decisión y decidir en forma asertiva. Esta manera de decidir afecta la decisión del vicio de petición de principio que consiste “*en efectuar una pretensión y argumentar en su favor avanzando ‘razones’ cuyo significado es sencillamente equivalente a la pretensión original*”³⁶. Se trata de un defecto en la argumentación, lo cual suele ir acompañado de fórmulas vagas, ambiguas e inocuas³⁷.

Hay otro pronunciamiento de la sentencia que merece ser comentado. En el dispositivo se dictan medidas cautelares “*a todas aquellas operadoras de televisión por suscripción que, de manera intempestiva, suspendan la prestación de servicios*”. Es algo inédito: una medida cautelar condicional e indefinida hacia el futuro. Las medidas cautelares se dictan con ocasión a un juicio presente y no a uno eventual. De la misma manera, se debe respetar el derecho a la defensa de los destinatarios de las medidas cautelares y no decretarlas sin oír sus alegatos. En un amparo, la prudencia enseña que no se pueden dictar medidas preventivas como solución anticipada de la controversia, tal como lo predica el artículo 27 de la Constitución. Para eso son las audiencias constitucionales en materia de amparo: para escuchar a las partes y no resolver anticipadamente un asunto que tiene sus reglas. (La situación es distinta en materia civil donde sí se decretan cautelares sin conocimiento del afectado).

³⁶ Manuel Atienza: *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales., 1997, p.118.

³⁷ Ramón Escovar León: *Estudios sobre Casación Civil*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección de Estudios Jurídicos, 2da edición, 2003, p. 248.

Asimismo, la sentencia reconoce la importancia de Directv como factor de entretenimiento y educación, por lo que cabe preguntar: si este servicio de televisión satelital era una influencia positiva en Venezuela, ¿por qué no cedieron y permitir que continuara su actividad? ¿Es que acaso una revolución no negocia ni admite transigir en nada?

Todo lo anterior demuestra que habría sido mejor para los intereses de los consumidores de Directv enfrentar el problema causado por la cesación del servicio por la vía de un procedimiento administrativo. Dictar una sentencia inejecutable afecta el orden jurídico y patrocina la anarquía institucional.

CONCLUSIONES

Sobre la base de las reflexiones anteriores, presento el elenco de conclusiones siguientes:

1. Desde la aprobación de la Constitución venezolana de 1999 se ha iniciado un indetenible proceso de envilecimiento del idioma, al que no escapa el lenguaje jurídico. Desde la pandemia del COVID-19 este proceso se ha potenciado con la manipulación cotidiana del significado de las palabras. Es lo que ocurre en el discurso político, pero también en los vocablos que se usan en el Derecho. Esto se evidencia en la sentencia de la Sala Constitucional No. 64 del 22 de mayo de 2020 que decidió el caso de Directv. En dicha decisión se emitió una orden inejecutable al amparo de la distorsión del lenguaje.
2. En la sentencia No. 64 de la Sala Constitucional se advierte el uso verbal en modo condicional para especular y decidir sin respaldo de razones jurídicas y de pruebas. Dictaminar que se violan derechos, como el de la educación de los niños y adolescentes, de manera especulativa permite decidir como se quiera. Las decisiones tienen que ser asertivas y no dubitativas como lo permite la conjugación de los verbos en modo condicional.
3. El lenguaje jurídico debe ser preciso, claro y apoyado en el uso común de las palabras. Los párrafos extensos y cargados de

incisos están reñidos con la precisión que debe caracterizar el lenguaje jurídico. Esto es especialmente necesario en la redacción de las decisiones judiciales, las cuales deben apoyarse en una motivación que exprese de manera comprensible para todos, lejos del estilo alambicado, los fundamentos jurídicos que le sirven de sustento.

4. En una democracia no hay espacio para la manipulación de las normas jurídicas, porque las palabras no pueden tener un significado distinto al que les asignan los diccionarios. Los procesos para desnaturalizar el sentido de los vocablos con fines discriminatorios, por razones políticas, es rasgo de los sistemas dictatoriales. La palabra jurídica debe tener un significado unívoco y sin ambages (en la literatura no se requiere de esta precisión; pero en las ciencias sí).
5. Una de las virtudes de la vida republicana debe ser el buen uso de la lengua por parte de sus elites gobernantes y de su poder judicial. Se puede, incluso, establecer una relación entre la seguridad jurídica y la expresión idiomática
6. El sentido de las palabras no depende, ni puede depender, de una decisión autoritaria, sino de lo que expresen los diccionarios y entiendan los hablantes.
7. El uso del lenguaje está estrechamente vinculado con la libertad. Y ello porque en una democracia la palabra debe responder a su verdadero y nítido significado, más allá de los intereses de quien ejerce el poder.

**ALGUNOS ASPECTOS PENALES
EN TIEMPOS DEL COVID-19
ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ***

* Individuo de Número de la Corporación; Profesor Emérito de la UCV.

El derecho penal, rama del ordenamiento jurídico que contempla los delitos y sus sanciones o penas, consecuencia de la cual toma su nombre, una vez más sale a relucir con motivo de la pandemia del COVID-19, como instrumento de control e intimidación de la ciudadanía. Por ello se imponen algunas consideraciones generales sobre la materia, con referencia específica a la situación de la cuarentena decretada para atender la seria amenaza que se cierne sobre la salud y la propia vida de los ciudadanos ante el peligro grave de amenaza del contagio por el coronavirus.

1. Sin duda, como lo ha expresado la doctrina, el derecho penal es un recurso extremo (*ultima ratio*) en manos del Estado, a los fines de formular advertencias punitivas que se justifican ante las violaciones más graves al status ético-jurídico, como diría el maestro Chiossone, cuando no existe otro remedio eficaz ante ataques contra valores fundamentales para la convivencia humana y que implican afectar el bien máspreciado después de la vida, como es la libertad. El abuso de la normativa penal produce, sin más, una grave situación de “*terror penal*” que nos convierte a todos en posibles “*delincuentes*”.

Por esta razón, la doctrina se ha esmerado en blindar la aplicación de la normativa penal con rigurosos principios o exigencias que persiguen limitar la “*amarga necesidad*” de su existencia.

En el plano del derecho penal sustantivo, contra el peligro de la arbitrariedad y el manejo abusivo del poder del Estado en perjuicio del ciudadano, resulta imprescindible el respeto a los principios de legalidad, del hecho, del bien jurídico, de la culpabilidad y de la pena humanitaria.

El principio de legalidad exige que los delitos y las penas se encuentren descritos en una ley formal previa, emanada, por tanto, de la

Asamblea Nacional, con contornos precisos y sin posibilidad de recurrir a la analogía para crear hechos delictivos o aplicar sanciones, todo ello de forma tal que el ciudadano tenga la plena certeza sobre los hechos por los cuales puede ser castigado.

El principio del hecho implica que el delito se manifieste en un hecho concreto, en un comportamiento externo determinado o individualizado que se constituye en un episodio de la vida de un ciudadano, no siendo punible por su personalidad, modo de ser, condiciones o tendencias, de libre apreciación y sujetas al arbitrio de quien juzga.

El principio del bien jurídico supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico o valor cuya existencia se considera imprescindible para la vida social.

El principio de culpabilidad, por su parte, hace necesaria la pertenencia del hecho a su autor que lo ha llevado a cabo, como expresión de una voluntad culpable, a título de dolo o de culpa, expresión de un juicio de reprochabilidad personal, sin que tenga cabida una mera responsabilidad objetiva.

Y, por último, el principio de la pena humanitaria impone la ausencia de todo signo de crueldad, incompatible con la dignidad del ser humano.

Por supuesto, estos principios se complementan con las garantías procesales que se traducen en el debido proceso y el respeto absoluto al derecho a la defensa, a la presunción de inocencia y, en consecuencia, al derecho a ser juzgado en libertad.

2. Entre nosotros, estos principios y exigencias han sido marginados para darle entrada a un derecho penal sin garantías, omnicompreensivo, con normas emanadas del Poder Ejecutivo, por las cuales se pretende sancionar no por hechos concretos, sino por actitudes, sospechas o, simplemente, por una supuesta “*peligrosidad*” que se infiere de la condición apreciada de ser “*disidente*”, todo esto echando mano a tipos penales abiertos, de expresión, de evidente y calificada naturaleza política (delitos de desacato o de ofensas a funcionarios públicos, conspiración, instigación al odio, resistencia a la autoridad) o recurriendo a la invocación del delito de “*Asociación*”, acuñado a todo perseguido político, en descabellada referencia al artículo 37 de la Ley contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo.

Este es el cuadro muy apurado de las armas del derecho penal del enemigo o derecho penal de guerra, según el cual, la persecución penal se justifica por el simple hecho de hacerla valer contra quien disiente del régimen o expresa posiciones críticas que no son del agrado del poder.

En este marco del derecho penal de guerra cabe hacer referencia a la “*permanente*” mención a un supuesto “*delito flagrante*” que se asume como una categoría delictiva y no como la circunstancia de la constatación y observación por parte de una persona de un hecho punible que se está cometiendo o acaba de cometerse, con las señales percibidas de un delito; y la reiterada practica de enjuiciar civiles ante los tribunales militares que solo pueden conocer de delitos cometidos por militares activos o de naturaleza militar, que la tienen, por lo tanto, en la medida en que se produzca la infracción de los deberes de obediencia, subordinación y disciplina. Hay que decirlo de manera tajante: ningún civil, en ningún caso, puede ser juzgado por tribunales militares.

3. Con motivo de esta pandemia del COVID-19, precisamente, se ha manifestado, tomado cuerpo o consolidado este derecho penal de guerra o del enemigo.

En síntesis:

- 3.1. Se amenaza con prisión a quienes disienten, o formulan observaciones críticas a los voceros oficiales en torno al manejo de la crisis, a los datos suministrados, a su progresión y a las carencias del sistema de salud. Todo esto, sin tomar en cuenta que, sencillamente, ejercer un derecho no es delito: qui suo iure utitur neminem laedit. Sin más, se trata de la libertad de expresión y quien ejerce un derecho no delinque.
- 3.2. Se detiene arbitrariamente a quienes incumplen las normas sobre la cuarentena y se les somete a tratos humillantes y vejatorios.
- 3.3. Con el pretexto del incumplimiento de las medidas de cuarentena se han iniciado procesos penales que, al enfrentarse a carencias normativas, han tomado el camino de investigaciones por tráfico de drogas o resistencia a la autoridad.

Lo expresado no pretende negar la posibilidad de la comisión de hechos punibles por parte de quienes han asumido el encargo de velar por el cuidado de personas vulnerables e incumplen con sus obligaciones; la eventual responsabilidad penal de empleadores que no tomen las previsiones que demanda la seguridad y salud de los trabajadores en el desempeño de sus labores; o la posibilidad de responder por la falta prevista en el artículo 483 del Código Penal, que sanciona la desobediencia a la autoridad por inobservancia de medidas dictadas en interés de la seguridad o salubridad pública, sin que ello implique la imposición de medidas cautelares de privación de libertad.

Sin embargo, lo más importante y digno de resaltarse es el sesgo oficial, que parece indicar que el contagiado es un “*sujeto peligroso*”, así como se impone formular una seria crítica al tratamiento policial y militar de la pandemia que, en la práctica, relega el tratamiento sanitario y el papel protagónico que corresponde al personal de salud, verdaderos héroes en estos trágicos acontecimientos. Sin duda, más que alcabalas policiales, deberíamos tener en la calle alcabalas sanitarias y, en lugar de armas y uniformes de funcionarios de seguridad, equipos humanos de batas blancas, integrados por quienes tienen la encomienda de salvar vidas y advertir sobre los riesgos del contagio por el terrible virus que pone en peligro la vida de los ciudadanos.

4. Finalmente, no puedo concluir estas sencillas reflexiones sin una referencia a nuestros presos, comunes y políticos, quienes padecen condiciones de reclusión francamente deplorables, tantas veces denunciadas, hacinados en establecimientos penitenciarios, dependencias policiales o en cárceles militares, debiendo apuntarse que más del 60% son procesados “*en prisión preventiva sine die*” y más del 40% se encuentran en retenes de la policía, con especial mención y recordatorio de nuestros presos políticos o encarcelados por motivaciones políticas, muchos de estos sometidos a la jurisdicción militar.

Nuestras cárceles son el fiel retrato de nuestra “*justicia penal*”, en cuarentena permanente, penetrada por el virus de la política y del caos institucional, que se ha extendido por el país y que golpea a los más vulnerables. Por ello, cabe recordar, una vez más las expresiones de Nelson Mandela, quien vivió y sufrió las consecuencias de la prisión

y sostenía que una sociedad no se juzga por el trato que dispensa a sus más ilustres ciudadanos, sino por la forma en que trata a sus presos. Igualmente, en plena pandemia, en la Semana Mayor, en el vía crucis del Viernes Santo, el Papa Francisco escogió como motivación a las prisiones, a los presos y a sus custodios y clamó, en días más recientes, con motivo de una celebración cercana a todos, por una justicia “*con rostro de misericordia*”. ¡El mensaje no puede ser más claro!

**VIDEOCONFERENCIA LA APLICACIÓN
DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN
POR CAUSA DEL COVID-19
04 DE JUNIO DE 2020**

**PALABRAS
DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES
PARA LA PRESENTACIÓN DEL FORO VIRTUAL
"LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA
DE LA IMPREVISIÓN
POR CAUSA DEL COVID-19"
(HOMENAJE PÓSTUMO A LA MEMORIA
DEL DR. LUIS FELIPE URBANEJA BLANCO)
CELEBRADO EN FECHA 4 DE JUNIO DE 2020,
VÍA TELEMÁTICA BAJO EL AUSPICIO
TECNOLÓGICO DE FUNDACIÓN UNIVERSITAS**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales se complace en auspiciar esta video conferencia sobre el impacto jurídico del COVID-19 en el cumplimiento de los contratos, bajo el patrocinio tecnológico de la ***Fundación Universitas***.

La pandemia mundial causada por el COVID-19 tomó a la humanidad por sorpresa. Nadie estaba preparado para hacerle frente. Ni los científicos, ni los médicos, ni los sistemas de salud. Ni siquiera los gobiernos e instituciones internacionales. Tampoco los trabajadores o los empresarios.

El derecho en particular fue desbordado por la emergencia o por el abuso de medidas exorbitante empleadas para atenderla. Todas sus instituciones están a prueba. Desde el derecho público pasando por el derecho privado, son exigidos por los desafíos de la impredecibilidad y la anormalidad de estas circunstancias fuera del control de los afectados. La pandemia y las cuarentenas perturban a todo tipo de acreedores y de deudores, sea de obligaciones legales o contractuales.

Las estrictas medidas sanitarias en aplicación son imprescindibles para contener el avance del virus, pero están empujando a nuestras economías hacia una parálisis sin precedentes de la que no se saldrá de forma fácil ni automática. Las restricciones pueden imposibilitar el cumplimiento de obligaciones, o pueden complicar su cumplimiento, debido a una mayor dificultad, retrasos u onerosidad. Esto aplicará tanto para obligaciones legales como las de tipo tributario, así como a las estrictamente contractuales, sean laborales, comerciales o civiles. Esta perturbación se extenderá mientras dure la excepción de la pandemia y posiblemente con más intensidad repercuta para la etapa de la post pandemia.

Desde un punto de vista del derecho privado las medidas de urgencia se enfocan en evitar la vulnerabilidad económica y procurar que las

restricciones sanitarias impliquen los menores daños al tráfico jurídico mientras dure la anormalidad, tomando en cuenta no solo los intereses de deudores y acreedores, sino los del mercado y la sociedad en general. Por eso en la mayoría de las legislaciones de emergencia se concretan en medidas de urgencia que suponen, entre otras, creación de moratorias legales (deudores hipotecarios, arrendamientos, tributos), la flexibilización de financiamientos, las reestructuraciones corporativas, la facilitación de procedimientos para evitar insolvencias, entre otros. El tema de esta video conferencia se refiere a las respuestas del derecho privado venezolano a la posibilidad de la modificación de las obligaciones contractuales en caso de circunstancias imprevisibles e inevitables, que impliquen una excesiva onerosidad de la prestación debida, esto es, la aplicación de la cláusula conocida con el brocardo latino ***rebus sic stantibus***, por causa de la pandemia del COVID-19 y las restricciones del estado de excepción creado para atender la emergencia sanitaria que trajo consigo.

Este es un debate todavía abierto en nuestro medio académico ***ius privatista***, no resuelto por la jurisprudencia civil, asumido expresamente en otras ramas del derecho venezolano y consagrado en otras legislaciones del derecho comparado, incluso en los principios de la contratación comercial internacional UNIDROIT¹ y de la Cámara Internacional de Comercio (ICC).

Entre nuestros civilistas es de larga data la discusión según la cual la cláusula ***rebus sic stantibus*** no tiene aplicación por carecer de base legal expresa en el Código Civil y porque colide con el imperativo del principio de la intangibilidad del contrato conocido como ***pacta sunt servanda***. Ya desde hace algún tiempo viene asomándose la postura según la cual la cláusula debe ser admitida implícitamente en atención al juego del principio de buena fe y la prohibición de abuso de derecho. Sus proponentes postulan que debe aplicarse con cautela en la ejecución de los contratos para flexibilizar el principio ***pacta sunt servanda*** con efectos modificativos y, excepcionalmente, resolutivos del contrato cuando se frustre su finalidad.

¹ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC).

La imprevisibilidad y la anormalidad de la pandemia del COVID-19 han vuelto a poner el asunto en la primera fila del interés práctico sobre el cumplimiento de los contratos.

En el enfoque tradicional del derecho común venezolano se distingue, con carácter general, los supuestos de (i) imposibilidad absoluta sobrevenida, de aquellas situaciones que implican la (ii) alteración de las circunstancias de contratación. En el primer caso, nos referimos a las causas extrañas no imputables al deudor que provocan la extinción de la obligación, siempre que sean definitivas. Esta son las situaciones reguladas en los artículos 1264, 1271 y 1272 del CC. En el segundo caso, nuestro Código Civil carece de un principio general frente a la alteración sobrevenida de las circunstancias que implique un ajuste a un desequilibrio grave de las prestaciones originalmente prometidas, del tipo de la cláusula *rebus sic stantibus*, que oriente el tratamiento de estas situaciones. Sin embargo, la solución de la cláusula en comentarios si está prevista en nuestros derechos administrativo y marítimo. En estos casos, el Juez, en ausencia de acuerdo de las partes, puede acordar la modificación o extinción del contrato originario.

Los civilistas justifican la intangibilidad del contrato argumentando que este se concreta con un propósito determinado y que el acreedor no lo habría celebrado de saber que su fin puede ser frustrado, pues salvo el caso de error, las personas siempre contratan teniendo en cuenta las condiciones materiales y jurídicas existentes al momento de su celebración.

La crítica tradicional de los civilistas a la admisión de la cláusula *rebus sic stantibus*, estriba en que, si las partes hubieran querido la posible revisión del contrato, lo habrían regulado expresamente en caso de cambio o advenimiento de nuevas circunstancias. Esta es una práctica extendida que ocurre en muchos contratos mercantiles, de seguros, marítimos, etc, en los que se pacta, expresamente, qué ocurrirá si varían las circunstancias y la prestación se hace más onerosa para alguna de ellas. Lamentablemente las tesis tradicionales no admiten dar por incluida esta solución en el contrato en forma tácita.

Este tema adquiere un importante interés práctico en estos momentos, pues como consecuencia de la declaratoria de la pandemia del

COVID-19 puede suceder que, debido a las medidas sanitarias dictadas por muchos países, entre ellos el nuestro, afronten una o ambas partes, dificultades para cumplir con sus obligaciones, las cuales pueden devenir en cumplimientos parciales, tardíos o defectuosos. Sin embargo, podría ocurrir, en algunos casos, que los mismos no lleguen a configurar causales de resolución de dichos contratos por causa extraña no imputable conforme a nuestro Código Civil, cuestión común en todos aquellos ordenamientos pertenecientes al sistema de *derecho civil continental*, inspirados en el Código Civil francés de 1808.

Para darnos repuestas a esta interrogante hemos reunido a un grupo de académicos especialistas en derecho civil, administrativo y marítimo, con amplia obra sobre el particular.

La primera intervención estará a cargo del académico Luciano Lupini Bianchi, ex Profesor de Derecho Civil Contratos en la Universidad Central de Venezuela, quien nos expondrá la evolución histórica de la teoría de la imprevisión en el derecho venezolano.

Seguidamente, el académico Enrique Urdaneta Fontiveros, profesor de derecho civil contratos en la Universidad Católica Andrés Bello, nos dará una explicación sobre las condiciones y efectos de la recepción de la teoría de la imprevisión en el derecho comparado, particularmente en la reciente reforma del Código Civil Frances de 2016.

En tercer lugar, expondrá el académico James Otis Rodner, ex profesor de derecho civil obligaciones de la Universidad Católica Andrés Bello. Su intervención versará sobre los procedimientos disponibles para hacer los ajustes a los contratos en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Haremos una referencia a los ámbitos sectoriales de nuestro ordenamiento que incluyen un tratamiento específico de la teoría de la imprevisión.

Para el derecho de los contratos administrativos, intervendrá el académico Rafael Badell Madrid, Profesor titular de derecho administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, refiriéndose a la tradicional jurisprudencia francesa que dio origen a la institución y su recepción jurisprudencial, legal y doctrinal en Venezuela.

Para el derecho marítimo, expondrá el académico Luis Cova Arria, Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela, quien se referirá a la recepción de la cláusula *res sic stantibus* en la ley de comercio marítimo venezolana.

Para finalizar tenemos el honor de contar con el profesor José Antonio Pejovés, Catedrático de Derecho Marítimo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, quien nos expondrá la teoría de la imprevisión en el Código Civil de la hermana república del Perú.

Con este foro virtual rendimos un homenaje póstumo a la memoria del Dr. Luis Felipe Urbaneja Blanco, llamado afectuosamente “*El Fraile*”. El Dr Urbaneja fue un conspicuo individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Ocupó el sillón No. 3. Su discurso de incorporación versó precisamente sobre el tema de esta video conferencia, intitulado “*Conceptos sobre la teoría de la imprevisión en los contratos de Derecho Privado*”, que fundamentó implícitamente en los principios de buena fe y en la prohibición del abuso de derecho, que amparan los artículos 1160 y 1185 del Código Civil, respectivamente².

Serán muchas las lecciones a aprender de esta crisis, de este penosa y lamentable pandemia y desde ya, destaca la importancia de la transparencia en la difusión y manejo de información confiable y oportuna, la relevancia de contar con profesionales y centros de investigación e innovación capaces de enfrentar el problema, el urgente requerimiento de revisar el desempeño de nuestras instituciones jurídicas, así como la necesidad de la coordinación y la cooperación internacional.

Hoy y siempre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales está al servicio del país y servir a Venezuela es un honor.

En nombre de las Academia de Ciencias Políticas y Sociales sean todos bienvenidos a esta video conferencia. Mis mejores deseos de provecho y éxito en las exposiciones que siguen.

² El Dr Urbaneja justificó la aplicación de la teoría de la imprevisión en base a los principios de buena fe y a la prohibición del abuso de derecho, con el fin practico de fundamentar la resolución por excesiva onerosidad de la prestación o por frustración del fin del contrato.

CONSIDERACIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN VIRTUD DEL COVID-19 RAFAEL BADELL MADRID*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Teoría de la imprevisión. 3. Supuestos de procedencia
4. Características. 5. Principios que gobiernan la indemnización. 6. ¿Quiénes pueden invocar la teoría de la imprevisión? 7. Diferencia con la teoría del hecho del príncipe.
8. Bibliografía.

* Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor Titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau. Ocupó la Cátedra Andrés Bello en la Universidad de Oxford. Senior Associate Member de la Universidad de Oxford.

1. INTRODUCCIÓN

El interés público, piedra angular del derecho administrativo, ha tenido un impacto enorme en diversas instituciones del derecho. Fundamentado en él al lado de la teoría del acto jurídico se construyó la del acto administrativo. Reglas especiales regulan la responsabilidad extracontractual del Estado con explicaciones distintas a las de la responsabilidad civil, con base, precisamente, en la figura del interés público. Ese mismo interés público permitió que al lado de la teoría general de los contratos, se haya moldeado una categoría especial de contratos regulados por el derecho administrativo.

Estos contratos administrativos son los que celebra directa o indirectamente la administración pública con otro sujeto de derecho para satisfacer una finalidad pública y están regidos fundamentalmente por normas de derecho público, tanto en la etapa previa a su formación -licitación, concurso, subasta, aprobación, autorización-, como en la fase de ejecución -cláusulas exorbitantes-, y también en la fase de revisión, la cual corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa¹.

De modo que no es en nada extraño que en el derecho administrativo se apliquen reglas diferentes a instituciones originalmente reguladas por el derecho privado. En la ejecución del contrato administrativo se ve con claridad que son normas especiales distintas a las del derecho civil las que gobiernan a los contratos administrativos.

De forma que, para asegurar la ejecución del contrato, así como para satisfacer el interés público que lo justifica, se reconoce que la administración tiene derechos y prerrogativas exorbitantes del derecho

¹ Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*. Editorial Torino, Caracas, 2001.

civil, tales como, la de controlar el contrato, modificarlo unilateralmente, interpretar sus cláusulas o extinguirlo anticipadamente.

Eso mismo justifica también que además del derecho del contratista -común en los contratos administrativos y privados- a obtener el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la otra parte existan una serie de principios y garantías aplicables en los contratos administrativos que aseguran el mantenimiento del equilibrio económico del contrato y que matizan el principio de riesgo y ventura.

Durante la vida del contrato puede suceder que acontecimientos independientes de la voluntad del contratante, anormales e imprevisibles, acaezcan sin hacer imposible la ejecución -a diferencia de la fuerza mayor- aumentando al menos en proporciones muy importantes las cargas del contratante y alterando así profundamente la economía del contrato.

La teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad es el medio que el derecho administrativo proporciona para que el contratista, ante estas circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles -posteriores a la celebración del contrato- pero temporales y transitorias, que alteran la ecuación económica financiera del contrato en perjuicio del contratante pueda requerir la ayuda económica del Estado para combatir esa crítica situación y poder así seguir cumpliendo el contrato.

2. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

2.1. Origen

La teoría de la imprevisión -que defiende la vida del contrato, a diferencia de la fuerza mayor o el caso fortuito que producen su extinción- es una creación de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, como forma de excluir el principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos. El tema es explicado por Gastón Jèze, quien expresa que *“Si a pesar de las circunstancias excepcionales, imprevisibles o independientes de la voluntad de las partes, que trastornan la economía del contrato, el contratante no interrumpe su colaboración con el servicio público y hace lo posible para proseguir dicha colaboración en las condiciones previstas en el contrato, tiene derecho a*

*exigir, de la Administración, cierta participación en las pérdidas de la explotación”*².

La teoría de la imprevisión nació como consecuencia del proceso inflacionario que surge al finalizar la Primera Guerra Mundial. El problema -como bien lo señalan García de Enterría y Fernández- se planteó *“con toda su agudeza en plena guerra Europea con relación al servicio público de alumbrado y distribución de gas de Burdeos. La sociedad concesionaria de dicho servicio estaba ligada al municipio Burdeos por un pacto formal que, si bien preveía una correlación entre el precio del gas y el del carbón como materia prima, fijaba, sin embargo, un tope máximo que el precio del gas no podía rebasar en ningún caso. La guerra de 1914 -1918 implicó un alza enorme en el precio del carbón por encima de todo cálculo, hasta el punto de que la compañía concesionaria se vio obligada a declarar que no podría seguir asegurando el servicio en tales condiciones, si el municipio no venía en su ayuda. Llevando el asunto al Consejo de Estado Francés, éste no sólo no condenó a la compañía concesionaria a continuar el suministro de gas al precio máximo establecido en la concesión, sino que tampoco admitió que el municipio pudiera rescindir el contrato. En lugar de ello, el Consejo de Estado declaró en la célebre decisión antes citada, del 30 de marzo de 1916, que el municipio de Burdeos estaba en el deber de seguir soportando a la compañía concesionaria y, más aún, el de abonarle una indemnización capaz de compensarle en el aumento de precio del carbón, a menos que ambas partes no prefieren celebrar un convenio acordando la elevación del precio de suministro de gas a pagar por los usuarios”*³.

Luego de la construcción jurisprudencial francesa, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la administración debe compartir con el contratista las pérdidas o el déficit producto de situaciones anormales e imprevisibles acaecidas durante la ejecución del contrato, y si en algún momento la teoría de la imprevisión apareció como una doctrina novedosa, hoy constituye un lugar común en su aplicación tanto en el

² Gastón Jéze, *Principios generales de Derecho administrativo*, Tomo IV, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949. p. 236

³ Eduardo García de Enterría; Tomás R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, 1995.

derecho público como en el privado y se presenta -como señalan García de Enterría y Fernández- como un último paso en la línea evolutiva de la ejecución de los contratos y sus técnicas para el mantenimiento del equilibrio financiero⁴.

La teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad ha sido consagrada en el derecho civil. Los Códigos Civiles de Italia (1942), Holanda (1992), Alemania (2002), Grecia (1946), Portugal (1967), Argentina (1968), Bolivia (1975), Perú (1984), Paraguay (1985), Brasil (2002) y Francia (2016), además del Código de Comercio de Colombia (1971), la incluyen⁵. Esas legislaciones regulan en primer término las condiciones que deben reunirse para que proceda la aplicación de esta teoría en los contratos privados y cuáles son los remedios o soluciones en caso de que proceda. Sin embargo, la teoría de la imprevisión no está consagrada en el derecho civil venezolano, como sí ocurre para el caso de los contratos marítimos y de los contratos administrativos.

Entre las condiciones que deben cumplirse para la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos privados se precisa que entre la celebración del contrato y su ejecución el cumplimiento se torne excesivamente oneroso, es decir, que se rompa el equilibrio patrimonial contractual; que esa circunstancia de excesiva onerosidad se deba a hechos extraordinarios e imprevisibles ajenos a la culpa del deudor; que se trate de un contrato de larga duración de tracto sucesivo o de ejecución continuada; y que no proceda en caso de mora del deudor.

Las soluciones que han propuesto tanto la legislación como la jurisprudencia para el caso de que sea aplicable la teoría de la imprevisión son básicamente dos: la terminación del contrato, esto es, la resciliación del contrato que implica la liberación del deudor en el cumplimiento de las obligaciones contractuales por la excesiva onerosidad sobrevenida; y la revisión del contrato, con el fin de restablecer su equilibrio patrimonial.

En el derecho privado la teoría de la imprevisión parte de una interpretación doctrinaria del conflicto -que se predica- entre el principio

⁴ Ibidem.

⁵ Rodrigo Momberg Uribe, “Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, diciembre 2010, pp. 29-64, disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000200002#n17

de la intangibilidad de los contratos, consagrado en el artículo 1159 del Código Civil⁶, y el principio general del derecho previsto en el artículo 1160 *eiusdem*, según el cual los contratos deben ser ejecutados de buena fe, y se admite que no sólo las obligaciones expresamente establecidas en los contratos vinculan a las partes, sino que existe otro tipo de deberes presentes para el cumplimiento del contrato, como es el deber de los contratantes de encontrar una solución en caso de producirse un sustancial y notable desequilibrio económico en virtud de la imprevisión.

Ante la excesiva onerosidad sobrevenida en la ejecución de los contratos civiles, la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad que tienen las partes de invocar la teoría de la imprevisión. Así lo recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 241 del 30 de abril de 2002, caso “Arturo Pacheco Iglesia y Otros contra Inversiones Pancho Villas, C.A.”, por medio de la cual la Sala de Casación Civil, estableció que *“Independientemente de la falta de reconocimiento expreso positivo que tutele la teoría de la imprevisión en nuestro Código Civil, aquél que pretenda la resolución de un contrato como consecuencia de la excesiva onerosidad que comporte su ejecución, deberá invocar tal causal como excepción, cuando le sea demandada la ejecución de tal obligación, o bien demandarla por vía principal o reconvencional, debiendo señalarse que tanto como excepción o como reconvención, el demandado sólo podrá hacerla valer en el acto de la contestación de la demanda, tal como lo señala el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil...”*.

2.2. Noción

En derecho administrativo la teoría de la imprevisión supone la presencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles que, siendo sobrevinientes al momento del nacimiento de la relación contractual, afectan gravemente la economía del contrato sin que impidan su ejecución, pero que obliga al contratante que las sufre a ejecutarlo con grave pérdida patrimonial para él, obligando a su contraparte a restablecer el equilibrio económico, con la finalidad de conservar la conmutatividad de las prestaciones pactadas.

⁶ Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.

Su finalidad es retornar al equilibrio prestacional del contrato trastocado por circunstancias sobrevinientes a su nacimiento, extraordinarias imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes y -como señala García de Enterría- es un último paso en la línea evolutiva de la ejecución de los contratos y sus técnicas para el mantenimiento del equilibrio financiero.

La teoría de la imprevisión persigue que las cosas vuelvan a su estado inicial cuando las bases económicas del contrato se afecten por hechos posteriores que revistan las características anotadas y sean de tal magnitud que ocasionen una ruptura grave de la simetría o igualdad de los derechos y obligaciones existentes al tiempo de su celebración, y aunque no impiden su cumplimiento, hacen excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes y, correlativamente, generan una ventaja indebida o en exceso para la otra⁷.

Durante la ejecución, puede suceder que acontecimientos independientes de la voluntad del cocontratante, anormales e imprevisibles, acaezcan sin hacer imposible la ejecución -diferencia con fuerza mayor- aumentando, al menos en proporciones masivas, las cargas del cocontratante y perturbando así profundamente la economía del contrato.

De manera que podemos señalar que la teoría de la imprevisión o riesgo imprevisible o lesión sobreviviente es el medio que el derecho administrativo proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles -posteriores a la celebración del contrato- pero temporales y transitorias, que alteran la ecuación económica financiera del contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del cocontratante, éste pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato. Obviamente, tales circunstancias han de ser ajenas a la voluntad del cocontratante.

En principio, nada obligaría a compensar al contratista, en razón de tales hechos que causan un desequilibrio contractual y que son absolutamente ajenos e independientes de la actividad administrativa. Nada se opondría a la aplicación del taxativo riguroso principio de la *lex contractus* y, en consecuencia, a la resolución del contrato, en el caso de que el contratista se vea obligado al incumplimiento de lo pactado.

⁷ Ibidem.

Sucede, sin embargo, que esta solución en nada beneficia al interés público, que contrariamente, quedaría vulnerado si se interrumpiera bruscamente la gestión del servicio público, pero cuando se demuestra la ocurrencia del hecho imprevisible, posterior a la celebración del contrato, determinante del rompimiento anormal y extraordinario de la economía del contrato, surge el deber de compensar al cocontratante afectado el desmedro sufrido.

La lógica del *contractus lex*, que impulsa la resolución por incumplimiento, se enfrenta así a la de servicio público, que aboga en pro de una solución que garantice la continuidad de este. De ese conflicto, precisamente, nace la teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible, conforme a la cual la administración debe, en estos casos, acudir también en ayuda del contratista, compartiendo con él los riesgos que de forma imprevista hayan podido surgir a modo de evitar el colapso total del servicio concedido.

Tenemos presente que la teoría de la fuerza mayor también lleva de la mano los acontecimientos de la naturaleza para explicar su fundamentación, sin embargo, producida la fuerza mayor, la rescisión del contrato libera al cocontratante de toda responsabilidad por incumplimiento del plazo.

Se trata de un evento de tal entidad que impide la ejecución del contrato en tanto que la circunstancia material imprevista sólo hace más oneroso el cumplimiento del contrato sin que esté vedada su ejecución.

Otro asunto que es necesario precisar es el atinente a si continuamos dentro de los límites de la teoría de la imprevisión cuando el quebrantamiento de la ecuación económica financiera que afecta al cocontratante proviene de una actividad del Estado.

Para que sea procedente la teoría de la imprevisión el acontecimiento causante del desequilibrio no debe ser atribuible específicamente a la esfera u orden jurídico correspondiente a la autoridad que intervino en la celebración del contrato. Poder Nacional, Poder Estatal y Poder Municipal, pues si se inserta dentro de la misma esfera jurídica que corresponde a la autoridad que celebró el contrato no existiría el hecho imprevisible como tal, por el contrario, emerge aplicable la teoría del hecho del príncipe.

2.3. Fundamentación

El contrato administrativo persigue un fin de interés público y el contratante particular llega a él en busca de un interés propio, privado, pero se convierte, pese a su particular interés, en un colaborador de la administración pública en el logro de aquel fin.

Ese colaborador ha aceptado la relación contractual teniendo en cuenta una relación económico-financiera- tangible en el momento en que se inicia la relación contractual y si ella llegase a quebrantarse, creándose un desequilibrio, no sería justo que el cocontratante cargara con sus efectos, cuando él está colaborando con el logro de un fin de interés general; de ello se sigue que la administración debe concurrir en su ayuda, para restablecer el alea normal del contrato, tanto más cuanto que el cocontratante ha sido ajeno a aquella situación que lo perjudica.

De modo que el fundamento de la teoría de la imprevisión es el interés público, que tanta importancia ha tenido siempre en el derecho administrativo. Una vez más, la idea de interés público justifica y da basamento a una institución o estructura del derecho administrativo, que no encuentra tan adecuado asidero en el derecho privado, donde es preciso atenerse a principios más complejos.

El Consejo de Estado de Colombia, en el 2004, explicó que la teoría de la imprevisión tiene su fundamento *“en el hecho de que teniendo en cuenta los fines de interés público que dan lugar a la contratación administrativa, y el rol que en ella tiene aquél al constituirse en un colaborador activo para el logro de dichos fines, resulta justo que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable, de modo que el particular no sea indebidamente sacrificado en aras de una finalidad cuya atención corresponde prioritariamente a la administración pública”*⁸.

La fundamentación de esta teoría de la imprevisión puede encontrarse también en la conocida cláusula *“rebus sic stantibus”* o, si se

⁸ Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. [Internet] Sentencia núm. 25000-23-26-000-1991-07391-01(14043) de 26 de febrero de 2004 [Consultado el 31 de mayo de 2020]. Disponible en: http://www.tesauro.com.co/EQUILIBRIO/TEOIMPRE-Va_1.htm

quiere, y más generalmente, en los principios generales de la buena fe y de la equidad aplicados a la contratación administrativa.

Lo cierto, sin embargo, es que su admisión vendrá motivada por el propio interés de la administración ya que, de otra forma, no podría encontrar particulares dispuestos a hacer frente a contratos de larga duración en el tiempo como es el caso del contrato de concesión⁹. Véase en este sentido el artículo 16 del Decreto Ley Sobre Promoción de las Inversión Privada bajo el Régimen de concesiones. Decreto-Ley 318. 17 septiembre 1999¹⁰ (en adelante Ley de Concesiones), el cual prevé que la duración máxima de los contratos es de 50 años contados a partir del perfeccionamiento del contrato y podrá ser objeto de renovación, previa evaluación del desempeño de concesionario, en los siguientes términos:

“La duración máxima de los contratos de concesión será de cincuenta años contados a partir del perfeccionamiento del contrato. Dichos contratos podrán ser objeto de renovación, previa evaluación objetiva del desempeño del concesionario, la cual deberá realizarse por lo menos un (1) año antes de la fecha de terminación del contrato. A los efectos de considerar la renovación, el ente concedente podrá consultar la opinión de las comunidades organizadas o de los usuarios de la obra o servicio.”

Autores como Marienhoff encuentran la fundamentación de la aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho positivo, es decir, en las disposiciones que consagran la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas y en las concernientes al derecho de propiedad. En efecto, Marienhoff señala que no sería concebible que, en beneficio público, el cocontratante vea menoscabado su patrimonio sin el correspondiente acto indemnizatorio. Ciertamente, exigirle al particular cocontratante el cumplimiento de un contrato administrativo en detrimento de su patrimonio, produciría la injusta circunstancia en que solo este se vea afectado por las consecuencias de la variación de la

⁹ Véase sobre el tema Rafael Badell Madrid, *Régimen de las Concesiones en Venezuela*. Editorial Torino, Caracas, 2002.

¹⁰ Gaceta Oficial N° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999.

coyuntura económica, cuando el resultado de su actividad en realidad beneficia el interés público, no a su propio interés particular¹¹.

Téngase en cuenta los artículos 115 y 133 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 que consagran los derechos de propiedad y la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas respectivamente, de la siguiente forma:

Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.
Artículo 133. Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley.

De otra parte, nótese que los artículos 132, 133 y 134 de la Ley de Contrataciones Públicas del 19 de noviembre de 2014¹² (en adelante Ley de Contrataciones Públicas), desarrollan los elementos de la variación de presupuesto, de precios y los mecanismos de ajustes de contrato y el artículo 42 Ley de Concesiones establece las previsiones que debe tomar el ente concedente para evitar el incremento de costos y evitar el encarecimiento de las obras ejecutadas en virtud de esa Ley.

En primer lugar, el artículo 132 de la Ley de Contrataciones Públicas establece que se debe entender por variación del presupuesto, las fundamentadas por el contratista, por hechos posteriores imprevisibles a la fecha de presentación de la oferta, debidamente aprobadas por el contratante; y, en el caso de contratos de ejecución de obras, se consideren variaciones de presupuesto, los aumentos o disminuciones de las cantidades originalmente contratadas, así como las obras adicionales.

Sobre la variación de precios dispone el artículo 133 de la Ley de Contrataciones Públicas que son aquellas que afectan el valor de los

¹¹ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.

¹² Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.

bienes y servicios suministrados u obra contratada, debidamente aprobadas por el contratante. El mencionado artículo establece, además, que dichas variaciones de precios se reconocerán y pagarán al contratista de acuerdo a los mecanismos establecidos en los contratos, aplicables según su naturaleza y fines, entre los cuales se señalan el calculado con base en las variaciones de índices incluidos en fórmulas escalatorias o el de comprobación directa.

De otra parte, la Ley de Contrataciones Públicas en su artículo 134 establece la posibilidad de incorporar en las condiciones de la contratación mecanismos de ajustes que permitan reducir o minimizar los elementos de incertidumbre o riesgo, generados por la variabilidad de los factores que condicionan la ejecución del contrato con impacto impredecible en las ofertas de los contratistas, en los casos de contrataciones con ejecución superior a un año.

Por su parte, el artículo 42 de la Ley de Concesiones, establece las previsiones para evitar el incremento de costos y el encarecimiento de las obras ejecutadas en virtud de dicha ley, tales como corregir en el menor tiempo posible los desajustes que pudieran presentarse; gestionar o asignar oportunamente los recursos a cuyo aporte se hubiere comprometido la República; y utilizar los mecanismos o procedimientos más eficaces para precaver o solucionar los conflictos o diferencias que puedan afectar la ejecución de los contratos.

Tampoco sería concebible que, en beneficio público, el contratante de la administración vea menoscabado su patrimonio sin el correspondiente acto indemnizatorio, es decir, en beneficio de la colectividad se lesionaría el patrimonio del cocontratante. Esto está regulado en Venezuela a través del artículo 44 de la Ley de Concesiones, sobre la responsabilidad de la administración y cómo la República podrá concurrir junto al concesionario para el pago de daños y perjuicios.

En efecto, dispone este artículo 44 que la República, por órgano del ministerio o entidad competente, será responsable por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones que le sean imputables y que causen perjuicios al concesionario, y que en tales casos deberá indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el concesionario. Asimismo, establece el artículo 44 que la República

podrá concurrir junto al concesionario al pago de los daños y perjuicios producto de caso fortuito o fuerza mayor, si así lo estableciere el pliego de condiciones o el contrato.

No obstante lo anterior, el concedente tampoco está obligado a cubrir el déficit de la explotación del concesionario derivado de una circunstancia imprevista hasta la finalización del plazo de la concesión. En efecto, el concedente dispone en todo momento de la prerrogativa de poner fin anticipadamente al contrato, si estima que del servicio concedido no se deriva ningún beneficio para la colectividad. Evidentemente, en caso de ser ejercida esta prerrogativa nacerá su obligación de indemnizar íntegramente al concesionario por las pérdidas que este sufra.

3. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Para que la teoría de la imprevisión se aplique a un caso concreto, deben concurrir simultáneamente diversos requisitos, éstos son:

3.1. Debe tratarse de un contrato administrativo. Entendemos que los contratos administrativos son aquellos que celebra, directa o indirectamente, la administración pública, en cualquiera de sus manifestaciones -central o descentralizada, territorial o funcional- con otro sujeto de derecho -público o privado- para satisfacer una finalidad pública y están regidos fundamentalmente por normas de derecho público, tanto en la etapa previa a su formación -licitación, concurso, subasta, aprobación, autorización-; como en la fase de ejecución -cláusulas exorbitantes-; y también en la fase de revisión, la cual corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. Los contratos de derecho privado de la administración quedan al margen de la teoría de la imprevisión. La razón es simple y ostensible, es en los contratos administrativos “*strictu sensu*”, donde aparece el interés general o público que hace evidente la teoría de la imprevisión.

3.2. El cocontratante no debe haber suspendido la ejecución del servicio desde que la teoría de la imprevisión tiende, precisamente, a ayudar económicamente al cocontratante, evitando que éste suspenda la ejecución del contrato y facilitando el cumplimiento de este. Nótese al respecto que el artículo 36 de la Ley de Concesiones establece la obligación del contratista o concesionario de “*d) Prestar el servicio con la*

continuidad convenida”, a modo de garantizar a los usuarios el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas en las leyes reguladoras del servicio público o en el reglamento del servicio de que se trate; y “f) *Prestar el servicio ininterrumpidamente*”, salvo -dispone la ley- situaciones excepcionales debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por el ente concedente, acordando las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio.

3.3. El acontecimiento que causa el deterioro económico del contrato, debe ser extraño o ajeno a la voluntad de las partes. Va de suyo que la teoría de la imprevisión no tiene por objeto cubrir los quebrantos que resulten de la mala administración que efectúe el cocontratante o que sean hechos imputables al mismo. Téngase en cuenta el artículo 45 literal a) de la Ley de Concesiones que regula las causas que suspenden el contrato temporalmente y que son ajenas a las partes como guerras, conmoción interior entre otros, cumpliéndose el elemento de ajenidad de las partes. En el artículo 135 de Ley de Contrataciones Públicas expone en su numeral 2 que se suspenderá temporalmente el contrato por situaciones imprevistas debidamente comprobables a tenor de que el hecho debe ser extraño o ajeno a las partes como propugna la teoría.

3.4. El acontecimiento que provoca el trastorno debe ser temporal o transitorio y en modo alguno definitivo. Véase al respecto el artículo 45 literal a) de la Ley de Concesiones y el artículo 135 numeral 2) de la Ley de Contrataciones Públicas, los cuales se refieren a la transitoriedad del acontecimiento que ocasiona la suspensión temporal de los contratos y concesiones y que establece que los mismos se reanudarán luego de que terminen los hechos que obligaron a la suspensión.

3.5. Debe tratarse de un contrato que ya está en curso. El acontecimiento perturbador debe surgir y producir efectos después de la celebración del contrato, hallándose este pendiente de ejecución o cumplimiento. Del mismo modo el contrato no debe estar concluido o terminado antes de que surja el acontecimiento perturbador.

3.6. La ecuación económico-financiera del contrato debe haber sufrido un trastorno o quebranto con motivo del hecho o acto. Entre el acto y el trastorno debe existir una íntima correlación, la prueba de ello debe ser aportada por el cocontratante. Este requisito de procedencia

de la teoría de la imprevisión está desarrollado, en Venezuela, en el artículo 132 de la Ley de Contrataciones Públicas cuando indica que las variaciones del presupuesto son causadas por hechos posteriores e imprevisibles al perfeccionamiento del contrato, lo que quiere decir que las modificaciones económicas del presupuesto original tienen que tener una estrecha relación entre sí y que debe ser el contratista quien debe fundamentar esta correspondencia entre el hecho y las variaciones del presupuesto.

3.7. El quebranto o trastorno ocasionado debe superar las previsiones normales, sólo el anormal da lugar al resarcimiento, es decir, aquél que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron haber hecho en el momento de formalizar al contrato. Las variaciones de precios provenientes de fluctuaciones económicas corrientes constituyen aleas ordinarias; en cambio pueden convertirse en extraordinarias cuando son de tal entidad que nunca pudieron estar previstas: guerras, depreciaciones monetarias, crisis económicas.

En cuanto al régimen de las concesiones en Venezuela, la Ley de Concesiones regula en los artículos 42, 44 y 45 las previsiones que debe tomar el ente concedente para evitar el incremento de costos e impedir el encarecimiento de las obras ejecutadas en virtud de esa Ley; el supuesto de responsabilidad de la administración por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones que le sean imputables y que causen perjuicios al concesionario; y los supuestos de suspensión temporal de la concesión por circunstancias que exceden el estado de normalidad, tales como el caso de guerra, conmoción interior o fuerza mayor.

De la misma forma, los artículos 132, 133 y 134 de la Ley de Contrataciones Públicas señalan los hechos que pueden desequilibrar el objeto económico de la contratación, los cuales constituyen acontecimientos imprevisibles que hacen variar los precios y presupuestos originales de la contratación.

3.8. El hecho que da lugar a la imprevisión debe ser un acontecimiento razonablemente imprevisible, bastando a este objeto que la imprevisibilidad sea aplicable a las consecuencias del acto, y no a éste en sí mismo.

3.9. Por lo general la teoría de la imprevisión es aplicable a los contratos administrativos de cierta duración, que dan lugar a prestacio-

nes sucesivas o múltiples u obligaciones a término, pero ello no impide que también pueda aplicárseles a contratos de cumplimiento inmediato, si las circunstancias hicieren equitativa su vigencia. Este requisito de procedencia nos lleva a tomar en cuenta el artículo 16 de la Ley de Concesiones, destacando que las concesiones tienen una duración de 50 años, con opción a ser prorrogable, es por ello que a la teoría de la imprevisión es tan importante para este tipo de contratos administrativos, ya que, con una duración tan prolongada del mismo, siempre habrá acontecimientos no previstos que dañen el equilibrio económico de la concesión.

4. CARACTERÍSTICAS

La teoría de la imprevisión es de orden público, pues no representa únicamente una ventaja económica para el contratante, sino ante todo, es un medio de asegurar, en beneficio del interés público o general, los contratos administrativos. De allí surgen las siguientes características:

1) Existe como principio general. Su aplicación responde a un principio general del derecho administrativo,

2) Es implícita. No requiere estar pactada por las partes. Se aplica de pleno derecho. es decir, que en el contexto del COVID-19, la aplicación de la imprevisión para que el Estado asuma la indemnización generada por el desequilibrio anormal generado por este hecho imprevisible aplicaría de pleno derecho, sin necesidad de que sea pactado en el pliego de concesión o en el contrato celebrado por la administración, con el objetivo de mantener la continuidad del servicio u obra pública.

Mientras que en los contratos civiles para que haya una cláusula que contemple modificar un contrato sin el mutuo consentimiento de las partes, en razón de una mayor dificultad u onerosidad, tiene que ser expresa; no puede ser tácita, pues no puede haber una voluntad implícita contractual que sea contraria, lo que quiere decir que en la situación de la pandemia, si no se contempló una cláusula de renegociación explícitamente aceptada por ambas partes no es posible realizar una renegociación obligatoria, sólo la buena fe podría imponer la renegociación en base al artículo 1160 del código civil de Venezuela que establece el principio de la buena fe contractual y extiende los efectos del contrato

a las consecuencias razonables no expresadas en el mismo. Si la renegociación es exitosa, se aplica el contrato modificatorio, que aliviará la situación del deudor.

En cambio, si la renegociación no es exitosa, es posible que una sola de las partes haya intentado llegar a un nuevo acuerdo de buena fe, y la otra haya asumido, de mala fe, una actitud intransigente, no abierta a ninguna posible solución contractual. Si una parte no negoció de buena fe, ella es responsable de los daños causados a la otra parte, conforme al artículo 1160 del Código Civil, antes citado, y a la segunda parte del artículo 1264 del mismo código, que expresa: *“El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención”*.

3) No requiere de norma expresa que la consagre. Siendo que al no ser consagrada por ninguna norma puede ser aplicada aunque no esté explícitamente aceptada. En los contratos administrativos se busca la continuidad de la ejecución de una obra o servicio público, es por ello que la administración contribuye con la carga del contratista para que se defienda la *“vida”* del contrato y cumplir con el objetivo del mismo, ante situaciones excepcionales, esta característica de orden público le da al contratista la capacidad de defender su derecho al restablecimiento del equilibrio económico.

4) No puede ser objeto de renuncia por las partes. En virtud de interés general, la administración no puede renunciar a ayudar al contratista que ve en riesgo el cumplimiento de un servicio u obra pública que le fue concedida, por el contrario, para garantizar la continuidad de lo pactado, en razón de mantener el interés general, la República está en la obligación de equilibrar las cargas por consecuencia del hecho imprevisto, como el COVID-19 y así garantizar la continuidad convenida y prestar el servicio ininterrumpidamente, así, el contratista tampoco puede renunciar a el derecho del restablecimiento del equilibrio económico, debido a que soportar las grandes cargas de proporcionar un servicio a la población podrían llevarlo a la quiebra al soportar eventos anormales que desbalancen gravemente el contrato celebrado.

5) No supone una reparación integral, es una mera ayuda del Estado para que se restablezca el equilibrio financiero. Para los contratos administrativos la vía es más simple y expedita, en caso de que situaciones como las acaecidas por el coronavirus dificulten la prestación

de un servicio o lo incrementen sustancialmente su onerosidad, la Administración indemnizará parcialmente al contratista, hasta la medida que se restablezca el equilibrio económico que le permita al contratista soportar las cargas para que se siga con la prestación del servicio, con la teoría de la imprevisión no se busca cubrir las ganancias pérdidas o reintegrar completamente los daños sufridos, sino que tiene por objetivo el restablecimiento de las cargas en el equilibrio económico.

En el caso de los contratos civiles si no se establece explícitamente la liberación de la responsabilidad de deudor, no hay lugar a la exoneración del mismo, sino que se insta a las partes a renegociar el contrato, para tratar de restablecer el equilibrio contractual roto; y, si la renegociación no tiene éxito, la solución dependerá de si ellas (las partes) actuaron o no de buena fe. Si el acreedor se negó a tratar de renegociar el contrato o tuvo una actitud negativa y obstruccionista durante las negociaciones, incurre en culpa y debe reparar los daños causados al deudor en dificultades. En cambio, si el acreedor actuó de buena fe y de todas maneras no se logró acordar una modificación contractual satisfactoria para ambas partes, el deudor debe cumplir el contrato tal cual lo pactó al celebrarlo.

5. PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LA INDEMNIZACIÓN

La teoría de la imprevisión como ya quedó dicho no se traduce en una compensación completa, integral, sino la que sea necesario otorgarle para asegurar la ejecución del contrato. Con ello queremos decir que la imprevisión no cubre ninguna ganancia, ni siquiera tendría que cubrir todas las pérdidas sufridas por el cocontratante sino tan sólo la que sea menester cubrir para que el alea del contrato pase de un límite extraordinario o anormal a un límite normal.

La teoría de la imprevisión surge como el medio arbitrado por el derecho administrativo para que, cuando circunstancias anormales extraordinarias e imprevisibles, como por ejemplo, aquellos imponderables de carácter interno o internacional (como el COVID-19), las partes puedan invocar a su favor -dependiendo del sentido del desequilibrio económico producido por los eventos extraordinarios acaecidos- la ayuda pecuniaria de la otra parte para solventar esa situación.

Según expresa la doctrina -Marienhoff, García de Enterría y Fernández, Escola, Escobar Gil, Cassagne, Parada, Villar Palasí, Ruocco, entre otros- la indemnización del particular afectado por imprevisión debe ser parcial, y el monto de la misma debe ser fijado por las partes y, a falta de acuerdo entre ellas, corresponderá la fijación de ésta a la autoridad judicial competente¹³.

Para determinar el monto de la indemnización sólo deben tenerse en cuenta las pérdidas sufridas por el cocontratante, por lo que las ganancias dejadas de percibir no se tienen en consideración a estos efectos.

Ello es así, desde que la indemnización en los supuestos de imprevisión sólo tiene carácter de ayuda para que el contratista supere el momento crítico en el que se encuentra y pueda seguir ejecutando el contrato. De ahí que pueda afirmarse que la indemnización no es integral, pues no tiene alcance de reparación. En este sentido, puede decirse que una pérdida muy pequeña no es indemnizable en virtud de la teoría de la imprevisión, así como tampoco lo son las pérdidas derivadas de la mala administración que realice el propio particular, ya que un menoscabo de esa naturaleza es parte integrante del alea normal y, por lo tanto, se entiende que el contratista debe soportarla.

Afirmar que el contratista “*tiene derecho al resarcimiento total de las pérdidas sufridas durante la ejecución del contrato, pues de lo contrario estaríamos en presencia de un enriquecimiento sin causa de la Administración contratante*” contradice el fundamento mismo de la teoría de la imprevisión, pues ésta surge como una ayuda que la administración otorga a su contratante y no como un seguro que cubra todos los riesgos y posibles pérdidas de la empresa trasladándolos íntegros a la administración contratante.

¹³ Marienhoff, Ob. Cit.; García de Enterría y Fernández, ob. Cit.; Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de Contratos Administrativos*, Depalma, Volumen II, Buenos Aires, 1979; Rodrigo Escobar Gil, *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 1999; Juan Carlos Cassagne, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994; Ramón Parada, *Derecho administrativo*, Tomo I - Parte General, Octava Edición, Marcial Pons, Madrid, 1996; José Luis Villar Palasí y, José Luis Villar Ezcurra, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, El principio de riesgo y ventura*, Civitas, Madrid, 1996; y G. Ruocco, “Ejecución de los Contratos” en *Contratación Administrativa*, Ediciones de la Fundación de Cultura Universitaria del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, Montevideo, 1989.

La experiencia de vivir en un país con economía inestable, marcada con constante inflación, ha hecho que la administración pública y su contratista, puedan prever tales cambios económicos y, consecuentemente, puedan incorporar en el contrato cláusulas de valor destinadas, precisamente, a establecer mecanismos de ajustes de precios para contrarrestar el desequilibrio económico que podrían originarse en tal eventualidad.

En este sentido, en sentencia del 30 de abril de 1998, la Sala Político-Administrativa señaló que la teoría de la imprevisión no puede utilizarse para reclamar indemnización alguna, sino en casos de extremo desequilibrio contractual en materia de inflación. Sostuvo, en efecto, el Máximo Tribunal que la inflación no es *“un acontecimiento absolutamente imprevisible y [...] solo se podría decir que tiene tal condición un salto brusco del índice inflacionario, pero una alteración de los precios que se mantenga en el promedio de los últimos 10 años no puede ser considerado imprevisible en forma alguna”*.

Asimismo, aclaró la Corte en el fallo citado que la teoría de la imprevisión es inaplicable cuando el contrato celebrado contiene cláusulas de valor, mediante las cuales las partes regulan anticipadamente los mecanismos destinados a restablecer la ecuación económica, en casos de aumentos o variaciones de los costos y gastos del contratista. En este sentido, se sostuvo:

“...la imprevisión no es aplicable en aquellos casos, donde el contrato con la Administración Pública, esté sujeto a la Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras [...].

No se trata de la consagración en un texto legal de la imprevisión, sino por el contrario la consagración de cláusulas de valor. Los ajustes se hacen de acuerdo con términos contenidos en las propias Condiciones Generales de Contratación (artículo 62). [...]

En vista de que las variaciones en los precios están expresamente contenidas dentro de las Condiciones Generales, cuando se celebran contratos con la administración pública, que están sujetos a las normas establecidas en estas condiciones, ya no se puede hablar en el contrato de la teoría de la imprevisión del derecho administrativo, dado que las variaciones producidas por efecto de la inflación están expresamente previstas.”

6. ¿QUIÉNES PUEDEN INVOCAR LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN?

El tema de la legitimación para la invocar la teoría de la imprevisión ha sido abordado por la doctrina desde dos puntos de vista. Así, un sector minoritario de la doctrina coincide en afirmar que la teoría de la imprevisión sólo puede ser invocada por los contratistas de la administración, siempre y cuando concurren los requisitos antes señalados.

Los defensores de la unilateralidad de la teoría de la imprevisión, a favor del contratista, argumentan que dicha teoría constituye un contrapeso a las potestades exorbitantes de la administración en la contratación y que actúa como un factor de equilibrio para compensar la desigualdad entre las partes. De esa forma, las potestades de la administración para imponer modificaciones a las condiciones de ejecución, de interpretar unilateralmente el contrato, de control y dirección del contrato y de extinguir el vínculo contractual a su sola voluntad, se ven compensadas con el derecho inquebrantable del particular al mantenimiento de la ecuación financiera.

Asimismo, se indica que la administración contratante no puede invocar a su favor dicha teoría ni sostener que ha sufrido una lesión por razones de interés público o general, cuando ese interés público y la misma administración se identifican. En ese sentido, señala Marienhoff que *“con el objeto de que todo esto funcione o resulte así y el Estado pueda desenvolver su actividad, el deber privado de los administrados consiste en satisfacer las cargas impositivas que el Estado les imponga. Va de suyo entonces, que la administración pública (“Estado”) no puede invocar a su favor la teoría de la imprevisión, ya que “todo lo atinente a la satisfacción del interés público o general está por principio a cargo de ella”*¹⁴.

Marienhoff advierte además que siendo el Estado la contraparte en los contratos administrativos, si éste pudiese reclamar una indemnización sobre la base de la teoría de la imprevisión y la misma le fuere otorgada, sería un contrasentido, pues el Estado se estaría indemnizando así mismo. En ese orden de ideas señala: *“Los administrados, sean o*

¹⁴ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. Cit.

*no contratantes de la administración pública, nada tienen que indemnizarle al Estado para que el mismo se reintegre los quebrantos que haya experimentado al satisfacer las exigencias del interés público, pues los administrados –incluso los cocontratantes– cumplen al respecto su deber jurídico con el pago de sus impuestos”*¹⁵.

No obstante, un amplio sector -García de Enterría y Fernández, Cassagne, Escobar Gil- se inclina por considerar que la imprevisión puede ser invocada tanto por la administración como por el particular. En tal sentido, los maestros españoles García de Enterría y Fernández, han señalado que la administración y el contratista son “*colaboradores estrechos en una común tarea de satisfacer las necesidades públicas y partícipes, en común, de sus resultados cuando éstos rebasen el alea ordinario previsto en el contrato (...) la Administración y el contratista asumen parcialmente el riesgo y la ventura de la contratación, es decir, las consecuencias que puedan derivar de los eventos inicialmente excluidos de la concesión en cuanto ajenos a la construcción de la ecuación inherente a la misma.*”¹⁶.

En este sentido, los referidos autores señalan que el juego de la teoría de la imprevisión es doble y puede actuar tanto a favor de la administración como a favor del contratista, según sea el sentido del desequilibrio económico producido por los eventos extraordinarios acaecidos, e indica además que, la doctrina de la imprevisión, no se traduce en una compensación integral de los perjuicios sufridos por el concesionario a lo largo de su gestión, como ocurre en el caso del *ius variandi*, sino en un reparto entre el ente contratante y el contratista de los perjuicios y beneficios imprevisibles y extraordinarios, cuyos términos habrán de determinarse caso por caso por ellos mismos mediante el correspondiente acuerdo, y en defecto de éste, por el Juez en base a circunstancias del momento y al contrato mismo¹⁷.

En el mismo orden de ideas, Cassagne en Argentina, coincide con García de Enterría y Fernández, señala que la teoría de la imprevisión puede ser invocada tanto por la administración como por sus

¹⁵ Ídem. P. 535

¹⁶ Cf. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Ob. cit., Tomo I, p. 716

¹⁷ Ídem, p. 717

contratistas, dependiendo del sentido del desequilibrio económico producido por los eventos extraordinarios acaecidos. En concreto, Cassagne señala que, por ejemplo, por lo que se refiere a los contratos administrativos de concesión de servicios públicos las leyes 12.910 y 15.285 argentinas, establecen la posibilidad de que la administración pueda modificar las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, sin más requisitos que la concurrencia de una razón de interés público, lo cual puede ser suficiente a los efectos de proceder a la restauración de la economía concesional alterada por circunstancias imprevisibles y posteriores al establecimiento del servicio¹⁸.

La misma orientación ha tenido la doctrina colombiana. Escobar Gil señala que *“la teoría de la imprevisión puede ser alegada por ambas partes para obtener el restablecimiento de la equivalencia económica del contrato, tanto por los contratistas cuando se reúnan los elementos constitutivos de esta técnica jurídica, como por la administración pública cuando se presenten fenómenos extraordinarios que perturben en su contra la ecuación económica de la relación jurídica.”*¹⁹.

En ese sentido, la legislación colombiana sobre contratos administrativos (artículo 4.3 de la Ley 80 de 1993), dispone que la administración puede solicitar el restablecimiento de la equivalencia económica del contrato, cuando se presenten aleas económicas que alteren en su contra la igualdad entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de celebrar el contrato²⁰. Escobar señala al respecto que las tesis que niegan la posibilidad de que la administración pueda invocar la teoría de la imprevisión en su favor están equivocadas, pues los principios que constituyen el fundamento y la ratio juris de esta teoría, como lo son la garantía del patrimonio de los administrados, la buena fe y la reciprocidad de prestaciones, justifican que la técnica jurídica

¹⁸ Juan Carlos Cassagne, ob. Cit. pp. 196-197

¹⁹ Cf. R. Escobar Gil, Ob. cit., pp. 570-571.

²⁰ En ese sentido, el referido artículo 4.3 señala que las entidades estatales tendrán derecho a solicitar la actualización o la revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato; así mismo, el artículo 27 de la referida Ley prevé que si la equivalencia económica surgida al momento de contratar se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

opere no sólo a favor del cocontratante sino también de la administración pública²¹.

En Venezuela no existe una previsión legal que establezca quiénes son los sujetos legitimados para invocar la teoría de la imprevisión. La jurisprudencia no se ha pronunciado en relación con este aspecto, sin embargo, ha reconocido que los particulares pueden alegar dicha teoría para el restablecimiento de desequilibrios económicos surgidos en el curso de la ejecución del contrato, guardando silencio respecto de la posibilidad de que dicho alegato pueda ser esgrimido por la administración.

No obstante lo anterior, estimamos que la ausencia de una previsión legal expresa, no obsta para que la administración invoque a su favor la teoría de la imprevisión, dadas las razones expuestas por la doctrina mayoritaria que coincide en afirmar que la teoría de la imprevisión puede ser invocada tanto por la administración como por su contratista, pues los principios que constituyen el fundamento de esta teoría, justifican que la técnica jurídica opere no sólo a favor del cocontratante sino también de la administración pública. Afirmar lo contrario es a todas luces contradictorio, dado que tanto la administración como su cocontratante asumen parcialmente el riesgo y ventura de la contratación, repartiéndose entre ellos no sólo los perjuicios imprevisibles que pudiesen originarse en el transcurso de la ejecución del contrato, sino también los beneficios extraordinarios que pudiesen surgir.

7. DIFERENCIA CON LA TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE

Otro asunto que es necesario precisar es el atinente a si continuamos dentro de los límites de la Teoría de la Imprevisión, cuando el quebrantamiento de la ecuación económica financiera que afecta al cocontratante proviene de la actividad del Estado.

Con la expresión “*hecho del príncipe*” se alude a la intervención de los órganos del poder público que hacen más onerosa la prestación a la que se obliga el contratante de la administración, en virtud de los

²¹ R. Escobar Gil, Ob. cit., p. 571.

cuales surge para aquel el derecho a ser reparado íntegramente del daño sufrido.

En efecto, en cuanto a sus consecuencias, la diferencia esencial entre la “teoría de la imprevisión” y el “hecho del príncipe” radica en la extensión del resarcimiento que recibe el cocontratante. Cuando se aplica la teoría de la imprevisión el cocontratante sólo tendrá derecho a resarcimiento parcial -ayuda estatal- en tanto que cuando lo que procede es el hecho del príncipe el cocontratante se hace acreedor de una indemnización integral; por ello resulta de fundamental importancia distinguir debidamente entre una y otro figura.

El Consejo de Estado de Colombia en el 2004 ha explicado ampliamente la diferencia entre las dos teorías: “*A diferencia de lo que ocurre en la teoría del príncipe, esta indemnización no es nunca igual a la totalidad de las pérdidas sufridas, o carga extracontractual.*”; para Bercaitz el contratista afectado tiene derecho a reclamar “*sólo un aumento de su contraprestación*” y, para Jeze, “*La teoría de la imprevisión tiene por finalidad hacer participar a la Administración, en cierta medida y temporariamente, en las pérdidas experimentadas por el contratante. No tiende a reparar un daño. Nunca conduce a mantener el beneficio del contratante, ni aún a preservarlo de cualquier pérdida*”²².

En el mismo sentido, “*El hecho del príncipe, en cambio, tiene por resultado, cuando influye sobre la situación económica del contratante, otorgar a éste el derecho de exigir la reparación definitiva del perjuicio causado por la Administración, en forma de un suplemento de precio; la equidad exige que el contratante no sufra una pérdida, ni aún una disminución de sus beneficios, a raíz del hecho de la Administración*”²³.

Recapitulación

Detrás del contrato administrativo hay un fin de interés público, sin embargo, el contratante particular llega a él en busca de un interés

²² Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. [Internet] Sentencia núm. 25000-23-26-000-1991-07391-01(14043) de 26 de febrero de 2004 [Consultado el 31 de mayo de 2020]. Disponible en: http://www.tesauro.com.co/EQUILIBRIO/TEOIMPRE-Va_1.htm

²³ Ídem.

propio, privado. Este contratante se convierte, pese a su particular interés, en un colaborador de la administración pública en el logro de aquel fin.

Durante la vida del contrato puede suceder que acontecimientos independientes de la voluntad del contratante, anormales e imprevisibles, acaezcan sin hacer imposible la ejecución -a diferencia de la fuerza mayor- aumentando al menos en proporciones muy importantes las cargas del contratante y alterando así profundamente la economía del contrato.

La teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad es el medio que el derecho administrativo arbitra para que el contratista, ante estas circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles -posteriores a la celebración del contrato- pero temporales y transitorias, que alteran la ecuación económica financiera del contrato en perjuicio del contratante pueda requerir la ayuda económica del Estado para combatir esa crítica situación y poder así seguir cumpliendo el contrato.

La teoría de la imprevisión es de orden público, pues no representa únicamente una ventaja económica para el contratante, sino ante todo, es un medio de asegurar, en beneficio del interés público o general, los contratos administrativos. Existe como principio general del derecho administrativo. Es implícita y no requiere estar pactada por las partes. Se aplica de pleno derecho, no precisa de norma expresa que la consagre. No puede ser objeto de renuncia por las partes. No supone una reparación integral, es una mera ayuda del Estado para que se restablezca el equilibrio financiero.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*. Editorial Torino, Caracas, 2001.
- , *Régimen de las Concesiones en Venezuela*. Editorial Torino, Caracas, 2002.
- CASSAGNE, Juan, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 1999.

- ESCOLA, Héctor J., *Tratado integral de Contratos Administrativos*, Depalma, Volumen II, Buenos Aires, 1979;
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, 1995.
- JÉZE, Gastón *Principios generales de Derecho administrativo*, Tomo IV, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949.
- MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo, “Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, diciembre 2010, pp. 29-64, disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000200002#n17
- PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*, Tomo I - Parte General, Octava Edición, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- RUOCCO, G., “Ejecución de los Contratos” en *Contratación Administrativa*, Ediciones de la Fundación de Cultura Universitaria del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, Montevideo, 1989.
- VILLAR PALASÍ, José L. y, VILLAR EZCURRA, José L., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, El principio de riesgo y ventura*, Civitas, Madrid, 1996.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONTRACTUALES EN EL DERECHO COMPARADO^{*} ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS^{**}

SUMARIO

I. Introducción. II. La imprevisión contractual en el *common law*. A. Derecho inglés. B. Derecho norteamericano. C. Cláusulas de *hardship*. III. La teoría de la imprevisión en los países de derecho civil. A. Noción. B. Recepción legislativa C. Requisitos para su aplicación 1. Excesiva onerosidad. 2. Onerosidad sobrevenida. 3. Evento extraordinario e imprevisible. 4. Contrato de tracto sucesivo o de ejecución diferida. 5. Contrato conmutativo y no aleatorio. 6. No se aplica al álea propio del contrato. 7. Falta de dolo o culpa por parte del perjudicado. 8. No procede en caso de mora. D. Efectos. 1. Terminación del contrato. 2. Revisión del contrato. 2.1 Derecho comparado. 2.2 Reforma de 2016 del Código Civil francés. 2.3 *Soft law*. IV. Comentario final.

^{*} Versión escrita de la exposición del profesor Enrique Urdaneta Fontiveros el 4 de junio de 2020 en el Foro sobre la Teoría de la Imprevisión a la llegada del COVID-19 organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

^{**} Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

I. INTRODUCCION

Puede ocurrir que el COVID-19, o las medidas gubernamentales adoptadas para contener y evitar el contagio de la enfermedad, no determinen una imposibilidad absoluta de cumplir el contrato, sino que tornen su ejecución excesivamente onerosa. Por ejemplo, el deudor de un contrato de suministro que para poder atender los pedidos de sus clientes, ante el cierre parcial de las fronteras o una medida de cuarentena, tenga que adquirir los productos en otros países a precios muy superiores con lo cual se encarece desmedidamente el costo de su prestación; o una empresa que se haya comprometido a construir una planta industrial en un país cuyas autoridades hayan adoptado nuevas reglas de seguridad o sanitarias para evitar el contagio de la enfermedad. Las nuevas reglas imponen el rediseño de las instalaciones u obligan al constructor a adquirir nuevos equipos, maquinarias o componentes adicionales para satisfacer las exigencias gubernamentales, con lo cual su prestación se vuelve excesivamente onerosa. En esta exposición me referiré - en forma sumaria - a las soluciones que ofrece el Derecho comparado para enfrentar situaciones como las antes descritas en la contratación civil y mercantil.

II. LA IMPREVISIÓN CONTRACTUAL EN EL *COMMON LAW*

El *common law* no consagra un régimen legal favorable a la resolución del contrato con la consiguiente liberación del deudor, o a la revisión de las cláusulas contractuales, en caso de cambio de circunstancias, excesiva onerosidad o *hardship*.

A. Derecho inglés

En el Derecho inglés, como principio de carácter general, el hecho de que la ejecución del contrato se vuelva más onerosa, incluso notablemente más onerosa, no libera al deudor de responsabilidad por incumplimiento. Por tanto, aun cuando sobrevengan hechos imprevistos que le impongan sacrificios mucho mayores, en razón de la aplicación estricta del principio *pacta sunt servanda* o *sanctity of the contract*, el deudor tiene que cumplir el contrato.

La regla *absolute contracts* que se mantuvo inalterada durante mucho tiempo tuvo su máxima expresión en la decisión dictada por el *King's Bench* el 26 de marzo de 1647 en el célebre caso *Paradine v. Jane*¹. Los hechos que dieron lugar a esta decisión hacen referencia a un contrato por el cual Paradine había dado en arrendamiento unas tierras a Jane y le reclamaba el pago de los cánones atrasados. El arrendatario demandado alegó que las tierras habían sido invadidas por el príncipe Rupert de Alemania durante la Guerra Civil, lo que le había impedido aprovecharlas. En su decisión, el Alto Tribunal obligó al arrendatario a cumplir no obstante haberse hecho imposible el cumplimiento por un hecho absolutamente fuera del control del deudor. Como esta situación no había sido contemplada en el contrato como un riesgo asumido por el arrendatario, el tribunal lo condenó a pagar los cánones adeudados. En su decisión el *King's Bench* dejó establecido que “*la parte que mediante su propio contrato crea una obligación o carga sobre sí, está obligada a cumplirla si puede, a pesar de cualquier accidente de inevitable necesidad, porque pudo haber proveído contra él en el contrato*”.

Para atemperar la rigidez de la regla *absolute contracts*, la jurisprudencia desarrolló la doctrina de la frustración del contrato². Los

¹ *Paradine v. Jane*, King's Bench, 82 Eng. Rep. 897 (1647).

² Bajo el concepto de *frustration of contract*, el Derecho inglés engloba al menos tres situaciones diferentes: 1) el caso en el cual el cumplimiento se hace imposible; 2) el caso en el cual el cumplimiento se ha tornado extremadamente oneroso o dificultoso; y 3) el caso en el que la contraprestación ha perdido su valor para el acreedor (*frustration of purpose*). Estos tres supuestos tienen como denominador común la circunstancia de que el vínculo inicial tal como fue negociado (*bargain*) se ha alterado sobrevenidamente por razones que escapan al control de los contratantes. Para un análisis completo de la exoneración de la responsabilidad contractual por incumplimiento y de la doctrina de la frustración del contrato en el

tribunales ingleses reconocieron que la frustración absoluta del fin del contrato constituye base suficiente para dar por terminado el contrato. Existe frustración del fin del contrato (*frustration of purpose*), se afirma, cuando sobrevienen eventos extraordinarios e impredecibles que hacen imposible el cumplimiento del contrato en la forma como se había pretendido, es decir, cuando en razón de determinados acontecimientos se produce una alternación radical de las circunstancias existentes al tiempo del *contrato* que impide que las partes puedan lograr el propósito u objetivo principal que ellas habían contemplado al contratar.

Se suele citar que la doctrina de la frustración del contrato tuvo su origen en el célebre caso *Taylor v. Caldwell* decidido por el *Queen's Bench* el 6 de mayo de 1863³. Los hechos se refieren a una sala de conciertos perteneciente a Caldwell que Taylor había contratado para un espectáculo musical que no pudo llevarse a cabo porque unos días antes la sala fue destruida por un incendio. Taylor demandó a Caldwell exigiendo el pago de los daños y perjuicios causados, incluyendo el lucro cesante. Invocó como fundamento de su reclamación el precedente sentado en el caso *Paradine v. Jane*. El juez se apartó de la regla establecida en ese caso y decidió que el incendio había sido un evento imprevisto e impredecible, fuera del control de las partes y no imputable a Caldwell que produjo una imposibilidad de cumplir con el contrato por desaparición de su objeto. El juez en su decisión declaró que “*si la ejecución del contrato depende de la existencia continuada de una persona o de un objeto, y esa persona u objeto deja de existir, el deudor queda eximido de cumplir por imposibilidad de cumplimiento*”. La existencia del objeto era, por tanto, una condición implícita (*implied term*) del contrato; por lo cual, su desaparición o ausencia sobrevenida producía la frustración del contrato con la consiguiente liberación del deudor.

En el desarrollo de la doctrina de la frustración del contrato tuvieron gran relevancia los célebres casos de la coronación (*coronation cases*) resueltos por los tribunales ingleses en 1903. Fueron estos un

Derecho inglés, puede consultarse con provecho la obra de Guenter H. Treitel, *Frustration and Force Majeure*, 2ª edición, Thomson/Sweet/Maxwell, Londres, 2004.

³ Taylor v. Caldwell, Queen's Bench, 122 Eng. Rep. 309 (1863).

conjunto de casos que tuvieron su origen en los fastos organizados en Londres con motivo de la coronación del Rey Eduardo VII los días 26 y 27 de junio de 1902, tras haber fallecido la Reina Victoria el 22 de enero de 1901. Los festejos y actos públicos incluían una procesión con desfiles militares, carrozas y un recorrido desde la Abadía de Westminster hasta el Palacio de Buckingham. Muchas personas habían alquilado habitaciones, balcones, terrazas y hasta embarcaciones con el único propósito de observar el desfile y la revista naval. Súbitamente el rey se enfermó y la procesión fue cancelada. En el caso *Krell v. Henry*⁴, que fue uno de los más sonados casos de la coronación, la Corte de Apelación sentenció que se habían producido circunstancias externas ajenas al control y responsabilidad de las partes que habían hecho imposible el cumplimiento del contrato tal y como lo habían pretendido las partes; por lo cual, declaró resuelto el contrato. En cierto sentido, el arrendamiento de las habitaciones, balcones, etc. era aún posible, pero no lo era para asistir a una procesión que ya no iba a celebrarse. En su decisión, la Corte se refirió a la pérdida total de *consideration*, entendida como propósito principal si no único que llevó a las partes a contratar. Según la Corte de Apelación, a pesar de no estar expresamente contemplado en el contrato, era evidente y las partes no podían desconocerlo, que el contrato se había celebrado con una finalidad muy concreta como era presenciar el desfile de la coronación. Desaparecido ese estado de cosas, resultaba absolutamente claro que el propósito u objetivo (*purpose*) no podía ya lograrse.

La gran dificultad en estos casos estriba en determinar cuándo existe una auténtica frustración del objeto o de la causa del contrato y no una mera insatisfacción de los motivos de una de las partes. Para que se configure un supuesto de frustración o ausencia sobrevenida de causa se requiere: 1) que la causa o finalidad cuya frustración se alega haya sido compartida o asumida por ambas partes al celebrarse el contrato; 2) que la frustración de la finalidad del contrato sea completa y no meramente parcial o tangencial; y 3) que el contrato se encuentre aún pendiente de ejecución, aunque sea parcialmente.

⁴ *Krell v. Henry*, Court of Appeal, 2 K.B. 740 (1903).

Para atemperar la exigencia de la necesaria desaparición total de causa (*total failure of consideration*) y consagrar su insuficiencia parcial como fundamento para invocar la frustración del contrato, el parlamento inglés sancionó en 1943 una reforma de la denominada *Frustrated Contracts Act*.⁵ La reforma de la ley extendió los supuestos de frustración a los casos en los cuales se había producido una *partial failure of consideration* y a los supuestos en los cuales la parte perjudicada había comenzado a cumplir su prestación cuando se produjo el evento frustrante del contrato, a fin de que pudiera reclamar su equivalente pecuniario.

La frustración opera procesalmente como una *exceptio (discharge)* que produce la terminación del *contrato* liberando a las partes de continuar cumpliéndolo y de toda responsabilidad por incumplimiento.

Sin embargo, la doctrina de la frustración del contrato sigue siendo de aplicación muy excepcional en el Derecho inglés. Por un lado, los tribunales tienden a reducir al máximo el elenco de eventos que se consideran sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles que dan lugar a la frustración del contrato; y, por el otro, como no se contempla como remedio la adaptación del contrato, ante la alternativa de dar por terminado el contrato (*total discharge*) o mantener su plena eficacia (*full force*), los tribunales suelen inclinarse por esta última solución⁶.

B. Derecho norteamericano

El Derecho norteamericano parte asimismo de la doctrina denominada *absolute contracts rule* como un principio fundamental de la contratación, aunque es menos rígido que en el Derecho inglés. Al lado de las teorías de la imposibilidad (*impossibility*) y de la frustración de la finalidad del contrato (*frustration of purpose*), en algunos estados los tribunales han desarrollado la doctrina de la impracticabilidad (*commercial impracticability*) de acuerdo con la cual se excusa al deudor del

⁵ Law Reform (Frustrated Contracts) Act de 1943. Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/section/1>, consultado en fecha 1 de junio de 2020.

⁶ Para una visión panorámica del origen y evolución de la doctrina de la frustración del contrato en el Derecho inglés, véase: Janet O'Sullivan/Jonathan Hilliard, *The Law of Contract*, 5ª edición, Oxford University Press, 2012. pp. 332-354.

cumplimiento del contrato cuando su ejecución, a pesar de ser posible, se vuelve impracticable. Sería el caso de una empresa que se comprometa a remover toda la piedra molida de una determinada localidad y luego resulta que gran parte de la piedra se encuentra sumergida bajo el agua, con lo cual su prestación excede, por ejemplo, en más de 20 veces el costo inicial estimado. El juez, para lograr la solución más justa, podría llegar a la conclusión de que, en el caso concreto, si bien la obligación todavía puede ser materialmente cumplida, el costo de su ejecución es tan desmesurado que rompe la justicia contractual⁷. Existe *impracticability*, se afirma, cuando una circunstancia sobrevenida altera el equilibrio económico del contrato de forma absoluta o dramática, en el bien entendido de que no basta un mero encarecimiento de la prestación, sino que es necesaria una disfunción absoluta de la economía del contrato que supere, sin lugar a dudas el álea razonablemente exigible⁸.

El Código de Comercio Unifome de los Estados Unidos (UCC)⁹ contiene disposiciones que regulan el supuesto de *impracticability* o dificultad sobrevenida por alteración de circunstancias contractuales. La *impracticability* está prevista en las secciones 2-614 y 2-615 del UCC.

En la sección 2-615 (a) se consagra expresamente el concepto de impracticabilidad para el supuesto de compraventas mercantiles en las que el vendedor no puede entregar la mercancía o no puede entregarla puntualmente debido a que la ejecución de la obligación tal y como fue contraída (*performance as agreed*) se ha vuelto impracticable, por el acaecimiento de una contingencia cuya ausencia fue una premisa básica (*basic assumption*) de las partes al celebrar el contrato, o por el cumplimiento de buena fe de una disposición legal o reglamentaria.

En la sección 2-615 (b) se regula el supuesto de impracticabilidad parcial: se permite excusar al vendedor del cumplimiento de la parte

⁷ Para un examen de las teorías de la imposibilidad, impracticabilidad y frustración del propósito del contrato en el Derecho norteamericano, véase: Lon L. Fuller/Melvin A. Eisenberg/Mark P. Gergen, *Basic Contract Law*, 9ª edición, West, 2013. pp. 897 – 938.

⁸ Sixto Sánchez Lorenzo, “La Frustración del Contrato”, en *Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Tomo II, 3ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2016. pp. 711-712.

⁹ Uniform Commercial Code. Disponible en <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/>, consultado en fecha 30 de mayo de 2020.

impracticable de la prestación, pero se le impone la obligación de re-colocar la mercancía entre otros compradores habituales cuando esa entrega sea posible, para mitigar el daño y reducir la pérdida económica.

La sección 2-614 del UCC menciona también la impracticabilidad haciendo referencia a supuestos de transporte, almacenamiento y medios de pago, pero va más allá, obligando al deudor afectado a ejecutar una prestación sustitutiva.

Por otra parte, el § 261 del *Restatement Second of Contracts* (Restatement Second)¹⁰ también recoge la regla de la *impracticability* cuando prevé que si después de celebrado el contrato, la prestación de una de las partes se vuelve impracticable sin su culpa por el acaecimiento de un evento sobrevenido cuya ausencia fue una premisa básica de las partes al celebrarlo, dicha parte quedará excusada del cumplimiento de su obligación, a menos que del tenor literal del contrato o de las circunstancias se desprenda lo contrario.

No obstante, el loable propósito del UCC y del Restatement Second de flexibilizar y atemperar la noción tradicional de *impracticability* del *common law* para incluir los supuestos de excesiva e irrazonable dificultad en la ejecución, la mayoría de los tribunales norteamericanos solo aplican la teoría de la *impracticability* en casos extremos¹¹.

Un caso importante en la jurisprudencia norteamericana en el cual se decretó la modificación del contrato por *impracticability* fue el caso *Aluminium Company of America (Alcoa) v. Essex Group, Inc.*; decidido por la Corte Federal del Distrito Oeste de Pennsylvania en 1980¹². Los hechos que dieron lugar a la decisión guardan relación con un contrato celebrado entre Alcoa y Essex mediante el cual Alcoa se obligó a transformar aluminio para Essex durante 16 años. Las partes habían incluido

¹⁰ 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.

¹¹ Al respecto, véase: Sheldon W. Halpern, "Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for 'The Wisdom of Solomon'", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 135, 1987. p. 1134.

¹² *Aluminum Company of America v. Essex Group, Inc.*, United States District Court for the Western District of Pennsylvania, 499 F.Supp. 53 (1980).

en el contrato una compleja cláusula de precio variable calculado mediante un sistema de indexación, basado en tres índices distintos. Este mecanismo funcionó bien al principio y los precios se mantuvieron en un rango de desviación aceptable, pero luego debido a la crisis energética del año 1973 los costos de electricidad aumentaron sustancialmente, elevando los costos de producción de Alcoa más allá de los límites de lo previsible, sin que esa elevación se trasladara también al precio, pues la fórmula no contemplaba el costo de la electricidad.

La Corte falló a favor de Alcoa. En la decisión se expresa que había existido error (*mistake*) en la elección del índice de reajuste y, además, *commercial impracticability*, esto es, excesiva onerosidad sobrevenida. La Corte decretó la modificación del contrato por medio de la sustitución del índice de reajustabilidad pactado por uno nuevo establecido por el tribunal, con el objeto de redistribuir entre las partes los riesgos y pérdidas generados por las nuevas circunstancias y de esta manera reducir los costos de Alcoa a cantidades tolerables por la empresa. En su decisión, el juez destacó como requisito esencial para su intervención en el contrato, la necesidad de que las negociaciones previas entre las partes para modificarlo hubiesen fracasado, de manera que la revisión judicial del contrato era el último recurso y la única manera de preservar los fines y expectativas de las partes al celebrar el contrato, siendo la única solución que podía restituir la justicia contractual.

Sin embargo, la sentencia dictada en el caso Alcoa constituye una decisión aislada que no ha sido seguida como precedente en la mayoría de los casos posteriores. Ni siquiera después de sucesos como la Guerra de Irak de 1991, los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, el paso del huracán Katrina en 2005 o la crisis financiera de 2008, los tribunales aplicaron la doctrina de la *impracticability*. Con ocasión de la crisis financiera de 2008, solo en contadas ocasiones algunos tribunales acordaron la suspensión (no la exoneración) de la obligación contractual cuya ejecución se había vuelto impracticable por la extrema dificultad de obtener financiamiento¹³.

¹³ Manuel García Caracuel, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014. pp. 135-136.

En conclusión, en el Derecho norteamericano los tribunales se muestran reacios a aplicar la doctrina de la impracticabilidad, limitando al extremo las condiciones requeridas para su procedencia.

C. Cláusulas de *hardship*

Precisamente como el *common law* no consagra un régimen legal favorable a la terminación del contrato y a la liberación de responsabilidad en supuestos de cambio de circunstancias, excesiva onerosidad o *hardship*, para obtener una protección frente a esas eventualidades, es usual incluir en el contrato las llamadas cláusulas de excesiva onerosidad (*hardship clauses*).

Mediante este tipo de cláusulas las partes establecen las reglas destinadas a proteger al contratante desfavorecido en caso de que las circunstancias determinen que el cumplimiento se torne más oneroso de lo que razonablemente se podía haber anticipado al tiempo de la celebración del contrato.

Lo que se busca con estas cláusulas es que las partes de antemano contemplen los hechos o circunstancias que puedan perturbar gravemente el equilibrio inicial de las prestaciones surgidas del contrato y afectar su ejecución. Se pretende entonces que exista una adaptación que restablezca el equilibrio contractual afectado por tales eventos. Es decir, se diseña un mecanismo con el fin de mantener la relación contractual estable y equilibrada, independientemente del cambio o de la alteración de las circunstancias a lo largo de su ejecución. Las cláusulas de *hardship* no pretenden poner fin al contrato exonerando al deudor, sino que las partes se pongan de acuerdo en la renegociación de las condiciones contractuales, para así evitar un eventual incumplimiento¹⁴.

En la mayoría de los casos, la adaptación del contrato queda, en principio, en manos de los contratantes. Por lo general, las cláusulas de *hardship* tienen criterios objetivos y subjetivos para la adaptación del contrato.

¹⁴ Para una visión panorámica de la función de las cláusulas de *hardship*, sus características y utilización en los contratos internacionales, véase: Ana María Castro/Ana Cecilia Zapata, “El *hardship* en los contratos internacionales” en *Revista Mercatoria*, Vol. IV, No. 2, 2005, pp. 1-26. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3625749>, consultado en fecha 1 de junio de 2020.

En algunas cláusulas, si las partes no llegan a un acuerdo, se contempla como solución la suspensión o la terminación del contrato, aunque ese no sea su objetivo fundamental. Otras veces se establece que un tercero (árbitro, mediador o experto en la industria y el comercio) sea quien decida la cuestión con efecto vinculante. Primeramente ese tercero debe estudiar el evento alegado por una de las partes, para ver si cumple con las condiciones establecidas en la cláusula de *hardship*. De no ser ese el caso, el contrato sigue su ejecución. Si efectivamente cumple las condiciones, ese tercero fija los parámetros para revisar el contrato y restablecer el equilibrio económico.

Algunas veces las cláusulas de *hardship* se refieren en términos generales a circunstancias económicas, políticas o técnicas impredecibles para las partes y fuera de su control, que hagan que el cumplimiento de sus obligaciones contractuales se torne excesivamente oneroso, siempre y cuando la parte afectada no haya podido evitar tales hechos, o sus consecuencias. Otras veces las cláusulas contemplan una lista más o menos cerrada de eventos de *hardship* o una lista que excluye ciertos eventos porque, por ejemplo, alguna de las partes asume el riesgo de su ocurrencia.

En contratos más sofisticados de larga duración concluidos por partes de diversos países, se incluyen cláusulas denominadas de efectos materiales adversos en función de determinados eventos que podrían producir un impacto económico sustancialmente adverso en el negocio o sus perspectivas. En dichas cláusulas se prevén reglas de distribución de riesgos o mecanismos (que incluyen fórmulas complejas) para restablecer el equilibrio contractual y permitir que la parte afectada continúe recibiendo el beneficio económico que hubiera recibido de no haberse producido el evento en cuestión.

Desde luego muy difícilmente las partes habrán previsto que la pandemia causada por el COVID-19 sea uno de esos eventos porque de él no se tuvieron noticias hasta finales de 2019 y fue solo el 12 de marzo de 2020 cuando la Organización Mundial de la Salud declaró la existencia de una situación grave de pandemia formulando una serie de recomendaciones a los Estados y a las personas sobre las medidas a adoptarse para proteger la salud y evitar la propagación de la enfermedad. Pero es posible que sí lo sean las circunstancias fácticas derivadas

de la pandemia, o las medidas gubernamentales dictadas para contenerla y evitar el contagio de la enfermedad.

En todo caso, habrá que atenerse a los términos de la cláusula respectiva para determinar su alcance y los eventos que desencadenen su aplicación, de acuerdo con las reglas que rigen la interpretación de los contratos según el ordenamiento aplicable.

En fin, como los países del *common law*, en términos generales, no consagran un régimen legal favorable a la terminación del contrato o al reajuste de las prestaciones en caso de cambio de circunstancias que perturben gravemente el equilibrio económico del contrato, las partes suelen regular esta situación introduciendo en sus contratos las llamadas cláusulas de *hardship*.

III. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS PAÍSES DE DERECHO CIVIL

A. Noción

En términos generales, en los países llamados de *Derecho civil*, la tendencia de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia es a aceptar la llamada Teoría de la Imprevisión en el ámbito contractual para regular la situación que se presenta cuando, en el período comprendido entre la celebración de contrato y su ejecución, se produce un cambio de circunstancias que torna excesivamente onerosa dicha ejecución en razón de acontecimientos sobrevenidos, de carácter extraordinario e imprevisible, que no son imputables al deudor y que escapan a su control.

La Teoría de la Imprevisión tiene por objeto determinar, en primer término, los requisitos necesarios para que tal cambio de circunstancias sea considerado como relevante por el ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, estudiar los efectos que esta situación produce en el contrato celebrado por las partes.

B. Recepción legislativa

Tras la segunda Guerra Mundial se produjo una recepción legislativa de la Teoría de la Imprevisión en los códigos civiles de algunos países europeos cuyos ordenamientos se afilian al sistema romano

germánico. Así, regularon la excesiva onerosidad sobrevenida en el cumplimiento de las obligaciones surgidas de un contrato, entre otros, el Código Civil italiano de 1942 (arts. 1.467 y 1468), el Código Civil griego de 1946 (art. 388), el Código Civil polaco de 1964 (art. 357-1) y el Código Civil portugués de 1967 (art. 437).

En la actualidad, la Teoría de la Imprevisión se encuentra recogida en otros textos: Francia (CC, art. 1.195); Alemania (BGB, § 313); Holanda (BW, art. 6:258); Polonia (CC, art. 269); Hungría (CC, § 241); República Checa (CC, § 212); Rumania (CC arts. 969-970); Rusia (art. 450); Egipto (CC, art. 147 (2)); Etiopía (CC, art. 3.183); Argelia (CC, art. 107, que anula cualquier pacto en contrario); Brasil (CC, arts. 478-480), entre otros países.

En Latinoamérica consagran expresamente la Teoría de la Imprevisión, entre otros, los Códigos Civiles de Guatemala (art. 1.330), Argentina (art. 1.091), Bolivia (art. 581-583), Paraguay (art. 672) y Perú (arts. 1.440-1446), así como el Código de Comercio de Colombia (art. 868). En México, la imprevisión contractual se encuentra regulada en el Código Civil del Distrito Federal (actualmente Ciudad de México) y en los Códigos Civiles de Jalisco, Quintana Roo, Guanajuato, Aguascalientes, Estado de México, Morelos, Sinaloa, Veracruz, Chihuahua, Coahuila y Tamaulipas; no así en las codificaciones de los demás estados de México ni en el Código Civil Federal.

En otros ordenamientos donde la imprevisión contractual no ha sido consagrada legislativamente, la doctrina y la jurisprudencia, con diversa fundamentación, han acogido favorablemente ese instituto. Entre otros países, es el caso de Suiza y España.

En el Código suizo de las obligaciones, aunque no existe una disposición general que regule el problema de la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales, sí se encuentran normas específicas que regulan esta situación en materia de contrato de trabajo (art. 337) y contrato de obra (art. 373). A partir de estas disposiciones, los tribunales suizos han desarrollado y aplicado la doctrina sobre la alteración de las circunstancias contractuales.

En España, el Código Civil tampoco recogió la doctrina sobre la alteración de circunstancias. Pero la doctrina se mostró favorable a su admisión y el Tribunal Supremo español en las últimas décadas, cuando

se ha enfrentado a un supuesto de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, repite constantemente el siguiente pasaje:

- “A) que la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida;
- B) que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los tribunales;
- C) que es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente;
- D) que su admisión requiere como premisas fundamentales:
 - a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración;
 - b) una desproporción exorbitante fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y
 - c) que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente impredecibles.
- E) en cuanto a sus efectos, hasta el presente, se le han negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole solamente los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones”¹⁵.

Por último, los modernos instrumentos de unificación del Derecho de los contratos, como los Principios de *Unidroit* (arts. 6.2.1 - 6.2.3), los Principios de Derecho Contractual Europeo (art. 6:111), el Borrador del Marco Común de Referencia (art. III.1:110) y los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (art. 84) regulan también de manera amplia y expresa la imprevisión contractual.

C. Requisitos para su aplicación

Los requisitos que deben concurrir para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión son los siguientes: 1) que la obligación se convierta en excesivamente onerosa para el deudor; 2) que dicha onerosidad obedezca a un evento posterior a la celebración del contrato; 3) que dicho

¹⁵ Manuel García Caracuel, ob. cit., pp. 324-325 y 346-348, especialmente la nota 325 y las sentencias del Tribunal Supremo español ahí citadas.

evento sea imprevisible y extraordinario; 4) que se trate de un contrato de tracto sucesivo o de prestaciones de ejecución diferida; 5) que se trate de un contrato conmutativo y no aleatorio; 6) que la onerosidad no esté vinculada al riesgo propio del contrato; 7) que no medie dolo o culpa por parte del deudor; y 8) que el deudor no se encuentre en mora¹⁶.

Pasamos a referirnos brevemente a cada uno de estos requisitos:

1. Excesiva onerosidad

En el período comprendido entre el momento de la celebración del contrato y el de su ejecución, el cumplimiento de la obligación debe tornarse excesivamente oneroso o dificultoso para el deudor. No es suficiente con que el cambio de circunstancias signifique solamente un mayor esfuerzo de cumplimiento para el deudor. No cualquier dificultad de cumplimiento o aumento del costo de la prestación implica la posibilidad de revisar el contrato. Se requiere que la ejecución del contrato se haya tornado extremadamente gravosa al punto de que se haya roto significativamente el equilibrio económico del contrato, es decir, que se haya producido un desequilibrio esencial del contrato.

Desde luego, la dificultad estriba en establecer en qué momento una mayor onerosidad debe considerarse excesiva. Según algunos autores, la onerosidad excesiva puede establecerse a través de criterios porcentuales. Se estima, en tal sentido, que es necesario un aumento del costo o alteración del valor de, al menos, un 50%. A esta posición se le critica, por una parte, que no se entiende por qué no es excesivo un incremento en la onerosidad, por ejemplo, del 49%. Además, no se considera apropiado aplicar el mismo porcentaje para todo tipo de contratos (suministro, arrendamiento, sociedad, transferencia de tecnología, etc.), e independientemente del sector de actividad económica al cual el contrato se refiera (Petrolero, agroalimentario, automotor, textil, etc.)¹⁷. Como las situaciones posibles son tan variadas y los sectores respectivos ofrecen igualmente una gama muy amplia de posibilidades, establecer criterios absolutos para todos los casos puede resultar en situaciones contrarias a la equidad.

¹⁶ La doctrina es concorde sobre el particular.

¹⁷ En tal sentido, D. Maskow y A. Prado citados por Sixto Sánchez Lorenzo, ob. cit., Tomo II. pp. 735-736.

Los supuestos de excesiva onerosidad no generan una imposibilidad absoluta de cumplimiento, sino un desequilibrio económico del contrato que se traduce en cargas irrazonables para una de las partes. Si se presenta una situación que haga imposible el cumplimiento de la obligación, podría configurarse un supuesto de causa extraña no imputable con sus efectos liberatorios (definitivos o temporales) y restitutorios correspondientes. Esto no impide, por supuesto, que un evento que determine una imposibilidad temporal de cumplimiento, una vez que se reanude la ejecución del contrato por haber cesado el impedimento, haga que dicha ejecución se vuelva excesivamente onerosa, en cuyo caso se aplicarán las soluciones que aporta la Teoría de la Imprevisión¹⁸.

Aun cuando algunos códigos, al consagrar la Teoría de la Imprevisión exigen que *el cumplimiento de la obligación de quien pida la revisión del contrato* se haya vuelto excesivamente oneroso (CC francés, art. 1.195; CC italiano, art. 1.467; CC paraguayo, art. 80; CC peruano, art. 1.440; CdC colombiano, art. 868), el concepto de excesiva onerosidad ha evolucionado en el sentido de comprender tanto el aumento notable del costo de la prestación del deudor como la disminución significativa del valor de la contraprestación de la otra parte. Así se establece expresamente en los Principios de *Unidroit* (art. 6.2.2) y en los Principios de Derecho Contractual Europeo (art. 6:111). En la misma dirección, los Códigos Civiles más modernos como el Código Civil holandés (art. 6:258) y el alemán (§ 313) se refieren en general a un cambio sobrevenido de circunstancias que, de haber sido previsto por los contratantes, hubiese tenido como consecuencia que no hubiesen celebrado el contrato o lo hubiesen hecho en términos sustancialmente diferentes. El supuesto contemplado en tales disposiciones es lo suficientemente amplio para incluir las dos situaciones antes descritas¹⁹.

¹⁸ James Otis Rodner, “La teoría de la imprevisión (dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad)”, en *El Código Civil venezolano a inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, coordinado por Irene de Valera, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005. pp. 406-407.

¹⁹ Rodrigo Momberg Uribe, “Teoría de la Imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* No. 15. pp. 29-64 (diciembre 2010). Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/3708/370838876002.pdf>, consultado en fecha 30 de mayo de 2020.

Por último, la excesiva onerosidad solo es relevante respecto de prestaciones que todavía no han sido cumplidas. Así lo reconocen los Principios de *Unidroit*²⁰.

2. Onerosidad sobrevenida

La excesiva onerosidad de ejecución debe ser sobrevenida, es decir, debe ocurrir después que la obligación se ha contraído. El hecho desencadenante de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión es el advenimiento posterior a la celebración del contrato de nuevas circunstancias que vuelvan extremadamente onerosa su ejecución. Es necesario que el evento o las circunstancias que determinen la dificultad excesiva no estuvieran ya presentes al tiempo de la celebración del contrato. Así lo consagran expresamente, entre otros, los Códigos Civiles italiano, argentino, boliviano y paraguayo, así como los Principios de Derecho Contractual Europeo.

Si se diere el caso de que las circunstancias que hacen excesivamente oneroso al contrato existían ya en el momento de su celebración, pero una parte las desconocía, serán de aplicación las normas sobre el error²¹. En tal caso, solo cuando el desconocimiento en el momento de la celebración del contrato de la extrema dificultad inicial de cumplimiento haya provocado un error jurídicamente relevante que invalide el consentimiento de la parte afectada por dicha excesiva onerosidad, podrá la víctima del error invocar esta situación para obtener en el ámbito del error la anulación del contrato. Pero no para reclamar la revisión del contrato (o su terminación) por onerosidad excesiva.

Cabe hacer notar, sin embargo, que algunos códigos modernos como el Código Civil alemán (BGB) (§ 313 (2)), así como los Principios de *Unidroit* (art. 6.2.2 (a)), en algunos casos, le dan relevancia a la excesiva dificultad de ejecución del contrato existente al tiempo de su celebración pero desconocida por la parte perjudicada, para hacer valer las soluciones aportadas por la Teoría de la Imprevisión.

²⁰ Principios de *Unidroit* sobre los contratos comerciales internacionales, Comentario oficial No. 4 al artículo 6.2.2. Disponible en <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, consultado en fecha 1 de junio de 2020.

²¹ Al respecto, véase: Ole Lando/Hugh Beale, *Principios de Derecho Contractual Europeo (Partes I y II)*, Edición española a cargo de Pilar Barres/José Miguel Embid/Fernando Martínez, Colegio Notariales de España, Madrid, 2003. p. 473.

3. Evento extraordinario e imprevisible

Para que el evento sea relevante debe ser extraordinario e imprevisible.

El carácter extraordinario de los acontecimientos (excepcional, dice el artículo 147 del CC egipcio) se determina en función de la muy remota probabilidad de su ocurrencia en términos estadísticos. Lo extraordinario es lo que no es frecuente ni se repite con regularidad.

La imprevisibilidad hace referencia a la imposibilidad de representarse razonablemente el acontecimiento y sus consecuencias como verificables²². Según algunos, la imprevisibilidad se debe interpretar de una manera amplia, ya que hace referencia a la imposibilidad de las partes de predecir o suponer que determinado evento sucederá, cuándo ocurrirá y la naturaleza de sus consecuencias (concepción subjetiva de la imprevisibilidad)²³. Según otros, la imprevisibilidad se configura cuando en el caso concreto un hombre prudente y diligente, colocado en las mismas circunstancias externas en que se encontraba el deudor al momento del contrato, no haya podido razonablemente tener en cuenta o anticipar el evento y sus consecuencias (concepción objetiva de la imprevisibilidad)²⁴. Los Principios de Derecho Contractual Europeo incluyen el siguiente ejemplo: en una época en el que tráfico de una determinada región se interrumpe con frecuencia por bloqueos de los camioneros, un hombre razonable no elegiría una ruta que atravesase esa región con la esperanza de que ese día, en concreto, la carretera se encuentre libre, sino que tendría que escoger otra ruta.

En el fondo, el sentido común del juez y su sentido de equidad contribuirán a determinar si el evento era o no previsible, en función de las circunstancias de los contratantes, el tipo de negocio, sus plazos de celebración y de ejecución, la cantidad de información a la que tienen

²² Manuel Albaladejo, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, II, 2ª edición, Edisofer, Madrid, 2004. p. 468.

²³ Al respecto, véase: Lily R. Flah/Miriam Smayevsky, *Teoría de la Imprevisión. Aplicación y Alcances. Doctrina. Jurisprudencia* 2ª edición., LexisNexis/Depalma, Buenos Aires, 2003. pp. 38 – 39.

²⁴ Al respecto, véase: Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, traducción de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952. pp. 375-376.

acceso los contratantes, el medio donde se desarrolló la convención etc. La imprevisibilidad está, además, muy ligada a la distribución de los riesgos. Se requiere que quien la invoque no haya asumido expresa o implícitamente el riesgo, es decir, que no lo haya previsto de ningún modo²⁵.

Conviene tener en cuenta que la imprevisibilidad de un hecho no siempre se puede demostrar y muchas veces la jurisprudencia arbitral internacional se muestra reacia a darle aplicación a la imprevisión contractual por considerar que, en el caso concreto, no se trata de hechos imprevisibles. Así, un Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional en septiembre de 1996, concluyó que ni la caída de los precios de los productos, ni la devaluación de la moneda constituían circunstancias imprevistas y, por tanto, no justificaban la terminación del contrato. Estas circunstancias, según el Tribunal arbitral, forman parte del riesgo que asumen las partes al contratar²⁶.

En muchos códigos, la imprevisibilidad y extraordinariedad se presentan unidas, se citan juntas, se exigen acumulativamente y, en ocasiones, se confunden por la jurisprudencia. Curiosamente, el nuevo Código Civil y Comercial argentino (art. 1.091) no se refiere al carácter imprevisible del evento.

4. Contrato de tracto sucesivo o de ejecución diferida

La Teoría de la Imprevisión solo tiene sentido en los contratos de tracto sucesivo, es decir, de ejecución periódica o continuada en el tiempo. A estos contratos los códigos equiparan los contratos de ejecución diferida. La razón estriba en la necesidad de que transcurra un periodo de tiempo más o menos largo entre el momento del contrato y su posterior ejecución, sea continuada o diferida, de modo que pueda presentarse el cambio de circunstancias no previstas al inicio que altere notablemente el equilibrio del contrato. De ahí que la imprevisión solo es aplicable en los contratos cuya ejecución deba extenderse a lo largo

²⁵ Francesco Galgano, *Il Contratto*, Cedam, Padua, 2007, p. 523.

²⁶ Al respecto, véase: Laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional dictado en septiembre de 1996 (Caso No. 8486), transcritos en Michael Joachim Bonell (editor), *The Unidroit Principles in Practice*, 2ª edición, Transnational Publishers Inc., 2006. pp. 633-635.

del tiempo, o al menos separarse del momento de la celebración del contrato (*distantia temporis*)²⁷. Los Códigos de Italia (art. 1.447), Argentina (art. 1.091), Bolivia (art. 581), Perú (art.1.440), Paraguay (art. 672) y el Código de Comercio de Colombia (art. 868), consagran explícitamente esta exigencia. El nuevo artículo 1.195 del Código Civil francés no especifica que debe tratarse de un contrato de larga duración, pero la doctrina francesa reconoce la necesidad de la concurrencia de este requisito²⁸.

5. Contrato conmutativo y no aleatorio

Tradicionalmente, la Teoría de la Imprevisión se ha aplicado a los contratos conmutativos (de larga duración) puesto que en este tipo de contratos las partes conocen perfectamente la extensión y cuantía de sus respectivas prestaciones²⁹. Existe certidumbre sobre la ventaja o el sacrificio que corresponde a cada parte, lo que permite apreciar la existencia del desequilibrio patrimonial sobrevenido entre las prestaciones recíprocas de los contratantes.

Pero se admite que la Teoría de la Imprevisión no se limita a los contratos bilaterales y puede aplicarse a los contratos unilaterales onerosos como el préstamo con intereses, lo que consagran expresamente, entre otros, los Códigos Civiles italiano (art. 1.468), peruano (art. 1.442), paraguayo (art. 672) y boliviano (art. 582).

Como principio de carácter general, la Teoría de la Imprevisión no se aplica a los contratos aleatorios ya que estos contratos, por su propia naturaleza, llevan implícita una asunción de riesgo por una de las partes. Como en los contratos aleatorios, para una de las partes o para ambas, la ventaja depende de un hecho casual, las partes —o una de ellas— han asumido el riesgo propio de una ganancia o pérdida. Su

²⁷ Al respecto, véase: José Mélich Orsini, “La revisión del contrato por onerosidad excesiva”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, No. 54, Caracas, 1999. p. 75.

²⁸ Gaël Chantepie/Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, 2016. p. 444.

²⁹ Manuel de la Puente y Lavalle, *El Contrato en General*, Tomo II, Palestra Editores, Lima, 2011. p. 595; Guillermo A. Borda, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008. p. 140.

propia naturaleza implica que, en su mayoría, los contratos aleatorios se excluyan del campo de aplicación de la Teoría de la Imprevisión³⁰.

Sin embargo, aun tratándose de un contrato aleatorio, puede admitirse la imprevisión contractual cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. Así lo consagra expresamente, el artículo 1.441 (2) del Código Civil peruano. En la misma dirección, el artículo 1.091 del Código Civil y Comercial argentino permite la aplicación de la imprevisión contractual “al contrato aleatorio, si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propio”. Asimismo, en Francia la legislación especial contempla la revisión de la prima fijada en contratos de seguro, en la eventualidad de una agravación o disminución de los riesgos que no se tuvieron en cuenta al momento de fijarla. Una regla similar está consagrada en los artículos 1.897 y 1.898 del Código Civil italiano.

6. No se aplica al *álea* propio del contrato

No puede la parte en desventaja hacer valer la imprevisión contractual si la onerosidad sobrevenida entra en el álea normal del contrato, lo que consagran expresamente, entre otros, los Códigos italiano, portugués, boliviano, guatemalteco y paraguayo. Se entiende por tal el riesgo implícito en el contrato que, por supuesto, varía en función del tipo contractual de que se trate, y se intensifica o se amplía según la duración del contrato. Un sector de la doctrina italiana lo conceptúa como el riesgo que el contrato comporta a causa de su peculiaridad, no previsible ni expresamente asumido, que las partes implícitamente asumen al contratar. La Casación italiana ha sostenido que la reducción en la facturación consustancial al mercado está incluida en el álea propio o normal del contrato, salvo que se demuestre que la misma se deba a un cambio totalmente anómalo del mercado³¹.

En fin, si se le puede exigir a la parte en desventaja que soporte el riesgo propio del contrato, por tratarse, por ejemplo, de un contrato

³⁰ Rodrigo Momberg Uribe, ob. cit., p. 59.

³¹ Al respecto, véase: Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 42ª edición, Cedam, Padua, 2005, p. 705; Francesco Galgano, ob. cit., p. 523, especialmente la nota 207 y la jurisprudencia de la Casación italiana ahí citada.

especulativo (compra venta en mercados a futuros), cuando la excesiva onerosidad derive del riesgo propio del contrato, o por haber asumido expresamente dicha parte en desventaja esos riesgos, no podría ella invocar la imprevisión como fundamento para alterar la relación contractual³².

7. Falta de dolo o culpa por parte del perjudicado

La ausencia total de dolo o culpa de la parte afectada es un requisito que debe concurrir para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión. El evento desencadenante de la alteración de las circunstancias contractuales y sus consecuencias deben ser totalmente ajenos a la voluntad o la culpa del deudor. Más aún, deben quedar fuera de su esfera de control. El contratante en desventaja y sus actuaciones no podrán, por tanto, tener ningún grado de injerencia en el evento que produzca la excesiva onerosidad sobrevenida. El fundamento de este requisito reside en una evidente exigencia del principio de buena fe: no se compadece con la buena fe en sentido objetivo (*correttezza*) que preside la ejecución de los contratos que la dificultad sobrevenida que torne excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato sea imputable a la persona que reclama un ajuste de las prestaciones surgidas del contrato, o su terminación³³.

8. No procede en caso de mora

Precisamente porque la mora o retardo en el cumplimiento es un hecho culposo plenamente imputable al deudor, tampoco procede la imprevisión contractual si la parte afectada por el cambio de circunstancias se encuentra en mora cuando la ejecución del contrato se vuelve excesivamente onerosa³⁴. Se condiciona pues la aplicación de la Teoría de la Imprevisión a la inexistencia de mora de la parte afectada por la excesiva onerosidad. Los Códigos Civiles de Portugal (art. 438),

³² Así se indica el comentario oficial al artículo 6.111 de los Principios de Derecho Contractual Europeo. Al respecto, véase: Ole Lando/Hugh Bale, ob. cit., p. 471.

³³ Manuel de la Puente y Lavalle, ob. cit., Tomo II. p. 646; Guillermo A. Borda, ob. cit., Tomo I. p. 143.

³⁴ Francesco Messineo, ob. cit., Tomo II. p. 384.

Bolivia (art. 581-II), Paraguay (art. 672) y Perú (art. 1.443) sancionan que la imprevisión no tendrá aplicación cuando el deudor ya hubiera caído en estado de mora al presentarse la excesiva onerosidad. Cabe hacer notar, sin embargo, que el artículo 1.091 del nuevo Código Civil y Comercial argentino eliminó el requisito de la necesaria ausencia de mora de la parte perjudicada que consagraba el artículo 1.198 del Código Civil argentino de 1968. Y un sector de la doctrina argentina sostiene que el deudor moroso puede invocar la imprevisión contractual cuando su mora ha sido irrelevante para la excesiva onerosidad³⁵.

D. Efectos

En los ordenamientos que admiten la Teoría de la Imprevisión, la concurrencia de los requisitos que permiten su aplicación autoriza a la parte afectada por la excesiva onerosidad a pedir la resolución (*rectius*: resiliación) del contrato o su revisión para adaptarlo a las nuevas circunstancias. La solución que se considera más apropiada en el Derecho comparado es la adaptación del contrato cuando ello sea posible, respetando al máximo el principio de la conservación del contrato, en correspondencia con la voluntad originaria de las partes que era darle cumplimiento al contrato³⁶.

1. Terminación del contrato.

La extinción del contrato libera al deudor del cumplimiento y de toda responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. La resiliación produce la ineficacia del contrato hacia el futuro (*ex nunc*). En efecto, como la terminación del contrato no depende del incumplimiento de una de las partes, es necesario respetar las prestaciones cumplidas hasta el momento en que se produce dicha terminación.

³⁵ Al respecto véase: Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los Contratos. Parte General*, 2ª edición, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2010. p. 540; Lily R. Flah/Miriam Smayevsky, ob. cit., p. 40.

³⁶ Como afirman Flah y Smayevsky “La resolución (*rectius* resiliación) quedará reservada para aquellos casos que no admiten revisión, o cuando el reajuste conduce a soluciones no factibles o perjudiciales”. Lily R. Flah/Miriam Smayevsky, ob. cit., p. 43.

2. Revisión del contrato

La excesiva onerosidad en vez de producir la terminación anticipada del contrato puede dar lugar a su revisión con el objeto de modificarlo y adaptarlo al cambio de circunstancias. La revisión contractual puede consistir en la disminución de la prestación del deudor cuyo cumplimiento se hizo excesivamente oneroso para reducirla a términos justos y equitativos, o en el aumento de la correlativa prestación de su contraparte para llevarla a términos razonables y equitativos, con el objeto de restaurar el equilibrio económico del contrato.

2.1. Derecho comparado

El Derecho comparado ofrece diversas opciones respecto a cómo debe producirse el reajuste de las prestaciones y la modificación del contrato, ya sea *ipso iure*, mediante negociaciones de las partes, o mediante la revisión del contrato por el juez, lo que a su vez admite una amplia gama de posibilidades. Así en los Códigos Civiles de Italia (art. 1.467), Portugal (art. 437), Brasil (art. 479) y Paraguay (art. 672), en caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte afectada podrá solicitar la resolución (*rectius*: resiliación) del contrato, pero el acreedor puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato. En principio, el juez carece de facultades para intervenir o revisarlo más allá de la apreciación de la equidad de la propuesta modificatoria ofrecida por el acreedor. El juez solo podrá decidir por la terminación del contrato o su modificación según la propuesta del acreedor³⁷. En el Código Civil y Comercial argentino de 2014 se establece que el sujeto afectado por un grave desequilibrio contractual sobrevenido puede plantear extrajudicialmente o pedir ante un juez, por vía de acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato o su adecuación (art. 1091). En España cuya legislación civil no recoge en forma expresa la cláusula *rebus sic stantibus*, la jurisprudencia ha reconocido que, frente a una alteración sustancial de las condiciones existentes al tiempo del contrato, los tribunales están autorizados para

³⁷ Rodrigo Momberg Uribe, “El sistema de remedios para el caso de imprevisión o cambio de circunstancias”, en *Incumplimiento Contractual Nuevas Perspectivas*, coordinado por Iñigo de la Maza Gazmuri, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2011. p. 85.

proceder a modificar el contrato, pero no para resolverlo o extinguirlo, lo que ha sido criticado por un sector de la doctrina³⁸. En el Código Civil alemán (BGB) se establece como solución preferente la renegociación de contrato y si no se consigue el objetivo deseado puede exigirse la adaptación o la resolución del contrato (§ 313). La adaptación del contrato es una solución que recoge igualmente el Código Civil holandés (BW, art. 6:258). En el Perú, el artículo 1.440 del Código Civil prevé expresamente que la resolución del contrato únicamente procede cuando la adaptación del contrato solicitada por la parte perjudicada resulte imposible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si así lo solicitara el demandado. Consagran, igualmente, en caso de excesiva onerosidad, la resolución como remedio subsidiario aplicable únicamente en caso de que el juez estime no ser posible el reajuste del contrato, el Código Civil de Guatemala (art. 1.330) y el Código de Comercio de Colombia (art. 868). Los Códigos Civiles egipcio (art. 107.3) y argelino (art. 147), en cambio, consagran que la adaptación del contrato por el juez es imperativa, siendo nulo cualquier pacto en contrario. Por consiguiente, la parte en desventaja por el cambio de circunstancias no puede pedir la resolución del contrato sino su revisión la cual es realizada exclusivamente por el juez.

2.2. Reforma de 2016 del Código Civil francés

La reciente reforma del Código Napoleón³⁹ rompió con la jurisprudencia tradicionalmente hostil a la revisión judicial de los contratos

³⁸ Al respecto, véase: Luis Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las Relaciones Obligatorias*, Vol. II, 6ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2008. pp. 1080-1081.

³⁹ La Ordenanza (Ordonnance) N° 2016-131 de reforma del derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones de fecha 10 de febrero de 2016 entró en vigencia el 1º de octubre de 2016. Al respecto, véase: Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr>, consultado en fecha 30 de mayo de 2020. La Ordenanza N° 2016-131 fue ratificada, con algunas modificaciones, el 20 de abril de 2018 mediante Ley N° 2018-287. Al respecto, véase: Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000036825602&dateTexte&categorieLien=id>, consultado en fecha 30 de mayo de 2020.

civiles y mercantiles en caso de cambio de circunstancias⁴⁰ y consagró un procedimiento complicado que confiere al juez el poder de revisar o terminar el contrato a solicitud de cualquiera de las partes.

El nuevo artículo 1.195 de la reforma de 2016 del Código Civil francés dice textualmente lo siguiente:

“Si un cambio de circunstancia imprevisible luego de la conclusión del contrato hace que el cumplimiento sea excesivamente oneroso para una parte que no había aceptado asumir ese riesgo, ésta puede pedir una renegociación del contrato a la otra parte. Quien haga tal pedimento deberá continuar ejecutando sus obligaciones durante la renegociación. En caso de rechazo o fracaso de la renegociación, las partes pueden convenir la resolución del contrato con la fecha y con las condiciones que estas determinen, o pedir al Juez, de común acuerdo, que proceda a su adaptación. A falta de un acuerdo en un plazo razonable, el Juez puede, a solicitud de una parte, revisar el contrato o darlo por terminado, a la fecha y con las condiciones que él fije.”

⁴⁰ La negativa tradicional de la jurisprudencia francesa a la revisión del contrato se asienta en la decisión de la *Cour de Cassation* del 6 de enero de 1876 en el célebre caso conocido como *Canal de Craponne* en la cual el Alto Tribunal rechazó la teoría de la imprevisión en la contratación civil. El caso hace referencia a una de las grandes obras de ingeniería hidráulica europea; el canal del Ingeniero Adam de Craponne quien en 1560 había construido a su costa el canal que bordeaba una parte de la provincia francesa, pudiendo los dueños de los predios atravesados por el canal beneficiarse de derechos de irrigación a cambio de un canon periódico y fijo por área irrigada pagadero al dueño del canal y a sus herederos. En razón de la depreciación natural de la moneda durante tres siglos y de la guerra franco-prusiana de 1870, el canon original acabó siendo irrisorio y no alcanzaba ni siquiera para cubrir los gastos de mantenimiento del canal. Esto llevó a los herederos del propietario del canal a demandar la revisión del contrato a fin de que fuera aumentado el canon. El Tribunal de Apelación de Aix dio la razón a los herederos argumentando que en los contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada o periódica, las prestaciones se cumplen a lo largo del tiempo y que las circunstancias originales pueden variar, perdiéndose el equilibrio de las prestaciones; por lo cual, el juez debe ajustar el contrato. Este fallo innovador fue recurrido y la *Cour de Cassation* lo revocó invocando el principio de la intangibilidad de los contratos consagrado en el artículo 1.134 del *Code Napoléon*. En su fallo la *Cour de Cassation* dejó establecido que “en ningún caso corresponde a los tribunales, por más equitativa que pueda parecerles su decisión, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones de las partes y sustituir por nuevas cláusulas aquellas que han sido libremente aceptadas por los contratantes”. Al respecto, véase: Henri Capitant/François Terré/Yves Lequette/François Chénédé, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Obligations. Contrats Spéciaux. Sûretés*, Tomo 2, 13ª edición, Dalloz, París, 2015. pp. 172-176.

Esta disposición recoge, con muchas precauciones, la imprevisión en el ámbito contractual mediante un proceso de renegociación que se desarrolla en las siguientes fases: 1) la parte perjudicada por la excesiva onerosidad puede solicitar a la otra parte la renegociación del contrato; 2) en caso de rechazo de la renegociación por esta última o en caso de fracaso de la renegociación iniciada, las partes pueden ponerle fin al contrato; 3) en caso de que no lo hicieren, las partes conjuntamente pueden pedirle al juez que proceda a adaptar el contrato conforme a lo que ellas convengan; y 4) a falta de un acuerdo a un plazo razonable el juez puede, a solicitud de cualquiera de las partes, revisar el contrato o ponerle fin en la fecha y en las condiciones que determine. En fin, cualquiera de las partes puede ocurrir ante la autoridad judicial solo *in extremis*, pero en tal caso el juez está investido de amplios poderes para ponerle fin al contrato o modificar su contenido en las condiciones y términos que él determine. La posibilidad que contempla el nuevo artículo 1.195 de que el juez pueda intervenir en última instancia en el contrato de la manera más amplia, se afirma, trata de animar a las partes a renegociar el contrato y llegar a un acuerdo, con carácter previo o *a posteriori*⁴¹.

Al respecto caben las siguientes consideraciones de carácter general: 1) las tres primeras fases antes descritas no significan concesión alguna a la Teoría de la Imprevisión. Solo reafirman el principio general según el cual las partes, como dueñas que son de los contratos que han celebrado, pueden perfectamente convenir en la suerte del contrato en la eventualidad de que sobrevengan eventos imprevisibles y extraordinarios que perturben significativamente el equilibrio contractual. Consagrar legislativamente esta posibilidad es, por tanto, absolutamente innecesario, inútil y redundante; 2) el nuevo texto legal establece como una regla absoluta que en el interin, es decir, durante el periodo de renegociación, la parte afectada por el cambio de circunstancias tiene que seguir cumpliendo el contrato, lo cual puede en algunos casos llevarla a la ruina. Desde luego, el principio general es que la parte perjudicada

⁴¹ Christian Larroumet/Sarah Bros, *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat*, Tomo 3, Paris, Ed. Economica, Paris, 2016. pp. 414-415; Erick Savaux, “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIX, Fascículo III, julio-septiembre 2016, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 2016. p. 732.

tiene que continuar ejecutando el contrato. Pero no hay que olvidar que existen circunstancias extraordinarias en las cuales una suspensión del contrato se justifica y debería admitirse. Sin embargo, esa posibilidad no la contempla el nuevo texto legal que no autoriza dicha suspensión ni siquiera cuando la ejecución del contrato cause perjuicios irreparables a la parte afectada⁴²; 3) como el nuevo artículo 1.195 no consagra explícitamente el deber de los contratantes de renegociar el contrato en caso de excesiva onerosidad, esta disposición constituye un retroceso respecto de la más reciente orientación de los tribunales franceses que habían fallado que, en tal caso, el contratante que en contra de las exigencias de la buena fe se niega a renegociar los términos del contrato durante la etapa de cumplimiento del mismo, es responsable de los daños y perjuicios que tal negativa produzca a su contraparte⁴³; y 4) tal y como lo indica el codificador en el Informe que acompaña a la Reforma del Código Civil francés (*Rapport au President de la Republique*)⁴⁴, el

⁴² En los Principios de *Unidroit*, en cambio, se reconoce que en circunstancias extraordinarias la parte en desventaja podrá suspender el cumplimiento de su prestación hasta tanto no se convenga en la readaptación del contrato. Al respecto, véase: Principios de *Unidroit* sobre los contratos internacionales, Comentario oficial No. 4 al art. 6.2.3. Disponible en <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, consultado en fecha 1 de junio de 2020.

⁴³ En tal sentido, la Sala Comercial de la Corte de Casación francesa en sentencia del 3 de noviembre de 1992 (sentencia Huard) condenó a una de las partes a pagar daños y perjuicios a su contraparte por haberse negado a una revisión del contrato que le condujo a la ruina. Aun cuando la sentencia no le reconoció explícitamente al juez un poder de revisar el contrato, sancionó una responsabilidad extracontractual de la parte remisa sobre la base del principio de la buena fe que preside la ejecución de los contratos *ex. art. 1134 (in fine)* del *Code Napoléon* (hoy art. 1104). Por su parte, la Sala Civil de la Corte de Casación francesa mediante sentencia del 16 de marzo de 2004 pareció sugerir que el deber de lealtad y de ejecutar de buena fe el contrato implicaba un deber de renegociar un contrato desequilibrado por la sobreveniencia imprevista de circunstancias económicas; sin embargo, la doctrina no era conteste respecto de la interpretación de esta decisión. Al respecto, véase: Remy Cabrillac, *Droit des Obligations*, 9ª edición, Dalloz, París, 2010. p. 106, especialmente, las notas 2 y 3 y las decisiones de la Casación francesa ahí citadas.

⁴⁴ La Ordenanza (Ordonnance) N° 2016-131 de reforma del derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones de fecha 10 de febrero de 2016 fue acompañada de una Relación (Rapport) elaborada para el presidente de la República francesa que hace las veces de una Exposición de Motivos. Al respecto, véase: *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr>, consultado el 1 de junio de 2020.

nuevo artículo 1.195 reviste carácter dispositivo. Por lo cual, las partes pueden perfectamente descartar su aplicación. De ahí que no será infrecuente que los contratantes incluyan cláusulas al respecto que rechacen la revisión judicial del contrato.

Quizás por estas razones algún autor haya concluido que: “*en materia de incorporación de la Teoría de la Imprevisión, la reforma del 2016 del Código Civil francés de 1804 es decepcionante*”⁴⁵.

2.3. *Soft law*

En el campo internacional los efectos de la imprevisión contractual han sido explícitamente recogidos en los principales instrumentos internacionales sobre unificación del Derecho contractual.

Los Principios de *Unidroit*⁴⁶ confieren amplios poderes al juez en caso de presentarse una situación de excesiva onerosidad por eventos que no pudieron haber sido razonablemente tenidos en cuenta al tiempo de la celebración del contrato. Según el artículo 6.2.3 la parte afectada por esta situación puede solicitar la renegociación del contrato, indicando las razones que fundamentan su solicitud⁴⁷. La solicitud debe realizarse sin demora. El reclamo de renegociación no autoriza a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, a menos que medien circunstancias extraordinarias. Las partes deben negociar de buena fe. En caso de falta de acuerdo procede la intervención de un Tribunal que tiene la opción de adaptar el contrato para restablecer el equilibrio contractual o darlo por terminado en una

⁴⁵ Alfredo Morles Hernández, “La reforma de 2016 del Código civil francés: la incorporación de la teoría de la imprevisión”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 157 (enero-diciembre 2018), Caracas. p. 629. Disponible en <https://www.acienpol.org.ve/libros/boletin-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-no-157-ano-2018>, consultado en fecha 1 de junio de 2020.

⁴⁶ Los Principios de *Unidroit* sobre los contratos comerciales internacionales preparados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (versión 2016) se encuentran disponibles en <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, consultado en fecha 1 de junio de 2020.

⁴⁷ Los laudos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional han reconocido la existencia de un deber de renegociar el contrato, según lo dispuesto en los artículos 6.2 y 6.2.3 de los Principios de *Unidroit*. Al respecto, véase: Laudos de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional dictados en el 2000 (Caso No. 10021) y en diciembre de 2001 (Caso No. 9994), transcritos en Michael Joachim Bonell (editor), ob. cit., pp. 337, 817 y 985.

fecha determinada y con los efectos que el propio Tribunal determine. Sin embargo, si el Tribunal considera irrazonable la solicitud, puede ordenar que el contrato sea cumplido o instar a las partes a una renegociación. Esta última posibilidad no deja de causar sorpresa, ya que en el primer caso estaríamos, al menos en principio, ante una situación de reconocida excesiva onerosidad de un contrato cuyo cumplimiento se le impone al deudor. Y en el segundo, las partes tendrían que entablar nuevas negociaciones que probablemente conduzcan a un segundo fracaso.

La regulación de los efectos de la excesiva onerosidad contenida en los Principios de Derecho Contractual Europeo⁴⁸ ha sido considerada técnicamente más acabada que la de los Principios de *Unidroit*. Por una parte, el artículo 6:111(2) establece la obligación de las partes de entablar negociaciones para adaptar el contrato o ponerle fin. Según el artículo 6:111(3), si las partes no llegan a un acuerdo en un plazo razonable el juez podrá ponerle fin al contrato en las condiciones y términos que considere adecuados, o adaptarlo de manera que las pérdidas y ganancias resultantes del cambio de circunstancias se distribuyan de manera justa y equitativa entre las partes.

Por último, los Principios de Derecho Contractual Europeo consagran la responsabilidad (extracontractual) de la parte que se negó a renegociar o rompió las negociaciones de forma contraria a la buena fe. En cuanto al monto de la indemnización que corresponde a la parte perjudicada por este concepto, una decisión de la Corte de Casación belga de fecha 19 de junio de 2009 indica que los daños y perjuicios deben determinarse sobre la base del eventual éxito de las negociaciones, si ellas se hubieren desarrollado de buena fe por ambas partes, aun cuando en la práctica deba recurrirse a la equidad para la determinación concreta del monto a indemnizar debido a la incertidumbre respecto de los términos efectivos de modificación del negocio que hubiesen resultado de una renegociación exitosa⁴⁹.

⁴⁸ El texto de los Principios de Derecho Contractual Europeo se encuentra disponible en <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.pdf>, consultado en fecha 1 de junio de 2020. Los comentarios al artículo 6:111 (cambio de circunstancias) pueden consultarse en Ole Lando/Hugh Beale, ob. cit., pp. 470-476.

⁴⁹ Corte de Casación belga, sentencia No. C.07.0289 de fecha 19 de junio de 2009, caso Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S. Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>, consultado en fecha 01 de junio de 2020.

Los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos⁵⁰ (art. 84) establecen que en caso de excesiva onerosidad, la parte afectada que no haya asumido el riesgo del cambio de circunstancias puede solicitar a la otra parte la renegociación del contrato. Dicha renegociación autoriza la suspensión de la ejecución del contrato cuando esta última cause perjuicios irreparables a la parte afectada. Por último, se establece que si después de un plazo razonable las partes no han adaptado el contrato, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que lo adapte o resuelva, quien para hacerlo debe tener en cuenta la distribución de los riesgos y costos que habían asumido las partes.

IV. COMENTARIO FINAL

Como es bien sabido, la denominada Teoría de la Imprevisión no está expresamente regulada en el Código Civil venezolano. Tal y como lo han señalado otros expositores en este evento, en la doctrina nacional eminentes juristas, con diversa fundamentación, son partidarios de su aplicación en el Derecho venezolano⁵¹. Otras voces muy autorizadas, con base en sólidos argumentos, se han pronunciado en sentido contrario⁵². La jurisprudencia de nuestros tribunales, por su parte, se ha referido de modo tangencial sin siquiera declarar explícitamente aplicable la

⁵⁰ Al respecto, véase: *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, coordinación a cargo de Iñigo de la Maza/Carlos Pizzaro/Álvaro Vidal, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017. p. 94, disponible en https://boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2017-44, consultado en fecha 1 de junio de 2020.

⁵¹ Son partidarios de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en el Derecho venezolano, entre otros, los académicos Luis Felipe Urbaneja, *Discurso de Incorporación como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, 1972. pp. 21, 29-30; James Otis Rodner, ob. cit., pp. 443, 447-449; Luciano Lupini Bianchi, “La teoría de la imprevisión en Venezuela”, en *Estudios de Derecho Privado*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010. pp. 332-351; Alfredo Morles Hernández, “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, Caracas, 2015. pp. 2411-2416, 2430-2431.

⁵² Se pronuncian en contra de su aplicación en el Derecho venezolano, también con diversa fundamentación, entre otros, los académicos José Mélich Orsini, ob. cit., pp. 57-59 y 92-94, y Emilio Pittier Sucre en Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2013. pp. 818-820.

Teoría de la Imprevisión en la contratación civil en el Derecho venezolano, ni mucho menos indicar cuáles son sus supuestos de procedencia y consecuencias jurídicas⁵³.

Por nuestra parte, nos pronunciamos por la necesidad y conveniencia de su regulación en el Código Civil mediante una disposición que contemple el campo de aplicación, así como los requisitos y efectos del fenómeno. En nuestro concepto, resulta altamente perjudicial para la seguridad jurídica que algunos jueces, recurriendo a principios generales como la buena fe, la equidad y otros similares, acojan la teoría y otros que decidan casos muy similares rechacen su aplicación; o que algunos fallos resuelvan que la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias es la solución que debe aplicarse y otros, en cambio, declaren que la terminación del contrato es la única alternativa.

Cada vez son menos los países que no regulan expresamente en su legislación civil el fenómeno. La experiencia del Derecho comparado nos enseña que la consagración legal de la denominada Teoría de la Imprevisión, como instituto de carácter excepcional, no ha tenido los efectos desastrosos que se anticipaban y se ha traducido más bien en una mayor predictibilidad de las decisiones judiciales sobre la materia.

La adopción de un texto legal que regule debidamente la imprevisión contractual como una calificada excepción al principio general de la intangibilidad de los contratos permitirá resolver los múltiples problemas o alternativas que plantea ese instituto con lo cual se disminuye el riesgo de una jurisprudencia vacilante y contradictoria sobre la materia.

⁵³ Al respecto, véase: Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. RC00058 del 18 de febrero de 2008. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-00058-180208-07713.HTM> , consultado en fecha 1 de junio de 2020; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No 241 del 30 de abril del 2002. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/RC-0241-300402-00376-00164.HTM>, consultado en fecha 1 de junio de 2020.

**LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN
Y SU TRATAMIENTO
EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO
JOSÉ ANTONIO PEJOVÉS MACEDO**

I

Mis primeras palabras son de agradecimiento a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela por la gentil invitación para participar en este conversatorio virtual. Me siento muy honrado, y las disculpas del caso si reitero alguna cuestión ya tratada con autoridad por los académicos que me han precedido.

Mi presentación tratará sobre la Teoría de la Imprevisión y su tratamiento en el Código Civil peruano.

II

La pandemia COVID-19 nos plantea desafíos que los operadores jurídicos debemos afrontar con mucha *“imaginación creadora”*, con las reglas que el Derecho común nos brinda y atendiendo a cada conflicto particular, en donde gravitan circunstancias e intereses diversos.

Hace pocos días en un documento breve, pero con cierta profundidad, un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, intentamos aproximarnos a los diversos problemas legales que se pueden generar por la COVID-19: en el ámbito de la protección al consumidor, en el ámbito del derecho de la libre competencia, en industrias como la del turismo, hotelería y hostelería; en la provisión de servicios como el transporte marítimo o el transporte aéreo, entre otras.

Entre las cuestiones que surgen, algunas están cercanamente vinculadas con los contratos que en estos momentos se están ejecutando, por ejemplo: ¿Qué ocurre cuando los deudores no pueden cumplir con las contraprestaciones a sus acreedores, por causas ajenas a su voluntad?, o ¿Qué sucede cuando las circunstancias originarias en el momento de celebración del contrato, cambian sustancialmente, generando que la prestación se torne excesivamente onerosa y perjudicial para el deudor?

Es factible que por razones atribuibles a la pandemia, la prestación de una de las partes se torne difícil de ejecutar. Ante esta situación, la parte perjudicada por los hechos imprevistos, puede solicitar al juez o al árbitro el aumento o reducción de su prestación o también que resuelva el contrato.

Esa solicitud de intervención de la relación jurídica, se debe al trastocamiento de las circunstancias que acompañaron la celebración del contrato, lo cual vuelve excesivamente onerosa la prestación de una de las partes, y este tipo de fenómenos son a los que se refiere la teoría de la imprevisión contractual *–rebus si stantiibus–*.

Cabe preguntarse si se conserva la supremacía del principio *pacta sunt servanda* y lo estipulado en primer párrafo del artículo 1361° del Código Civil peruano que estatuye: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”.

¿O acaso será prioritario adecuar las circunstancias a las variaciones imprevistas que desequilibran el contrato al extremo de convertirlo en una relación inequitativa, y apelar al principio *rebus sic stantibus*?

Estas cuestiones serán apreciadas en cada caso particular y atendiendo a la seguridad jurídica, que como sabemos es lo primordial.

III

Las cosas perecen para su dueño en el Derecho *–res perit domino–*, dice un antiquísimo principio del Derecho y eso no se discute. Si pierdo bienes de mi propiedad por negligencia mía o por causas de fuerza mayor, asumo el riesgo, sufro la pérdida y no tengo a quien reclamarle por daños y perjuicios.

Pero si esos mismos bienes se pierden cuando yo ya había cerrado un contrato de compra venta, por mencionar un ejemplo, las cosas cambian. Al final se tiene que determinar cuál de las partes asume el riesgo y soporta la pérdida. El llamado riesgo del contrato *–periculum obligationis–* que se da en una relación jurídica entre deudor y acreedor.

En un contrato de compraventa –bilateral, sinalagmático, oneroso, de prestaciones recíprocas– pueden sobrevenir situaciones extraordinarias, imprevisibles e irresistibles, y los antiguos principios del Derecho común operan, porque están recogidos en los códigos civiles y lo que

está regulado en los códigos civiles se aplica bien sea obligatoria o supletoriamente a las relaciones jurídicas, específicamente a los contratos.

Conviene recordar que la teoría de la imprevisión, -lesión sobreviniente o excesiva onerosidad-, que tiene su origen en la cláusula *rebus sic stantibus* que hemos heredado del Derecho medieval, es totalmente aplicable a los contratos conmutativos y también a los contratos aleatorios. En este orden de ideas, el artículo 1440° del Código Civil peruano dispone que:

“En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad”

Y el artículo 1441° del mismo cuerpo normativo, establece que las disposiciones contenidas en el Artículo 1440° se aplican a los contratos conmutativos y a los contratos aleatorios.

En el mismo sentido, el artículo 79° de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías –instrumento internacional del que el Perú es parte-, estipula una excepción al *pacta sunt servanda*, por causas de fuerza mayor, es decir este instrumento vinculado con las compraventas marítimas –en la que confluyen 4 contratos: compraventa internacional, transporte mayormente marítimo, seguro de la carga y crédito documentario-, recoge también la teoría de la imprevisión. En la práctica, esta norma ha generado que en los contratos internacionales se incluyan cláusulas relativas a las causas que configuran como fuerza mayor -o excesiva onerosidad-, cláusulas conocidas con el nombre de *hardship*.

Vale recordar también que la teoría del riesgo, está desarrollada en el artículo 1316° del Código Civil que estatuye *“La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor”*, norma que está ubicada en el Título IX sobre inejecución de obligaciones y a continuación del artículo 1315° que dispone que el caso fortuito o fuerza mayor, es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Y esto último nos suena conocido y está marcando dramáticamente estos primeros meses del 2020, me refiero a pandemia del COVID-19. No creo que alguien pueda afirmar que la pandemia a contrario de la fuerza mayor, es un evento resistible, ordinario y previsible, nada más lejos... la pandemia encuadra como fuerza mayor.

IV

El artículo IX del Título preliminar del Código Civil, consagra el principio de supletoriedad, al establecer que “Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”. Es decir, las normas del Código Civil peruano se aplican de manera supletoria a relaciones jurídicas que no están expresamente regulados en él, es así que sus normas pueden aplicarse a los contratos mercantiles, v.gr.: contratos de seguros, societarios o de transporte.

En el mismo contexto, el artículo 1353° del Código Civil, que sienta las bases de la unificación del Derecho privado, dispone que “*Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en Código Civil*”.

V

Para preparar esta breve presentación hace pocos días leía una entrevista en un portal jurídico que le hacen a un profesor de Derecho civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde este profesor –un estudioso de su disciplina- afirma haber verificado que “*en los últimos quince años, las sentencias casatorias de la Corte Suprema donde la excesiva onerosidad es mencionada no llegan a 10*” y que “*Sólo en dos de esos pronunciamientos se exponen consideraciones conceptuales u operativas sobre la figura. En ninguno de los casos se declaró fundada la demanda*”. Y en este punto concluye señalando: “*Si una institución jurídica no es aplicada, es como si no existiera*”.

Dos precisiones al respecto: El Código Civil peruano tiene 36 años de vigencia, es decir más tiempo de los 15 años de pesquisas jurisprudenciales que hizo el profesor aludido. Entonces, es muy probable que

existan otras sentencias que hayan abordado lo relativo a la teoría de la imprevisión.

Estoy en deuda excesiva y onerosa con esta Corporación, porque en los pocos días que han transcurrido entre la invitación y esta comparecencia no he podido hacer mis propias pesquisas sobre el particular. Luego debo afirmar que no soy civilista, me considero un maritimista que por obligación debe conocer Derecho civil.

En esa misma entrevista se menciona la sentencia de Casación N° 4245-2011-Lima, de 31 de mayo del 2012, en la que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema pronunció:

“Este Supremo Tribunal no puede dejar de advertir que, si bien mediante la pretensión de excesiva onerosidad es factible que el contrato sea revisado por el órgano jurisdiccional, lo que determina la relatividad del principio pacta sunt servanda que rige los contratos, se debe reconocer que tal remedio tiene carácter excepcional y se presenta por causas exógenas a las partes y que revisten tal naturaleza que conmueven las bases del contrato, sin embargo no se trata de dejar de lado la vigencia de la seguridad y estabilidad del contrato permitiendo la revisabilidad de los contratos por los jueces, sino de establecer que, mediante la reducción de la prestación se busca restablecer el equilibrio original entre la prestación y la contraprestación [...] Una interpretación en contrario determinaría introducir en nuestro ordenamiento, a través de dicha figura, el principio de la revisabilidad de los contratos por los jueces, finalidad ajena a la teoría antes analizada”.

Ese es el punto. Considero que atendiendo las circunstancias que cada caso particular plantea, sí es factible llevar a un juez o a un árbitro, controversias sobre excesiva onerosidad de la prestación –*rebus sic stantibus*– a efecto que restituya el equilibrio perdido por causas exógenas. A favor de esto último, están las aludidas normas del Código Civil, doctrina autorizada sobre el particular, y seguramente jurisprudencia arbitral y judicial como la antes mencionada.

Muchas gracias.

Lima-Caracas, 4 de junio de 2020

LA ADMISIÓN EN LA LEY DE COMERCIO MARÍTIMO DE LA CLÁUSULA "REBUS SIC STANTIBUS" (LAS COSAS QUEDAN COMO ESTÁN) LUIS COVA ARRIA *

SUMARIO

I. Preámbulo II. Génesis de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*. III. Justificación de la doctrina del *rebus sic stantibus*. IV. La Propuesta de la cláusula en el Proyecto de Ley de la Navegación y Comercio por Agua (PLONCA) de 1989. V. Los artículos 152 y 275 de la Ley de Comercio Marítimo. VI Conclusiones.

* Abogado magna cum laude (U.C.V). Doctor en Derecho (U.C.V). Master en Comparative Jurisprudence (New York University), graduado como primero en su clase. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y Ex - Presidente de la misma, Exconsejero Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional (CMI). Miembro Ejecutivo de la Organización Internacional de Arbitrajes Marítimos Internacionales (IMAO) del CMI y de la Cámara Internacional del Comercio de París (ICC). Miembro Honorario de las Reales Academias de Legislación y Jurisprudencia de Madrid y Granada, España. Exdirector del Centro de Arbitraje Marítimo del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (CEAMAR). Coordinador y Profesor de la especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Expresidente Fundador de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, Presidente del Comité Marítimo Mercantil de la Comisión redactora de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares y la adecuación de la Legislación Marítima a la Constitución de 1999 que redactó la Ley de Comercio Marítimo. Ha publicado varios libros y artículos jurídicos especializados. Delegado por Venezuela a numerosas conferencias de los organismos de las Naciones Unidas y del Comité Marítimo Internacional. Conferencista y asistente a numerosos coloquios nacionales e internacionales. Conferencista y autor de varias libros y artículos en Revistas venezolanas y extranjeras.

I. PREÁMBULO

El tema de mi presentación, se refiere a la regulación de la teoría de la Imprevisión, o, sea de la cláusula *rebus sic stantibus* en la novísima Ley de Comercio Marítima venezolana (LCM).

En el derecho marítimo anglosajón o del common law, en los casos de imposibilidad sobrevenida, o alteración radical de las circunstancias, se aplica la llamada teoría de la frustración del contrato (**frustration of the charter party**). Esta se produce, cuando sin culpa de ninguna de las partes, sobreviene un evento cuyos efectos no están contemplados en el contrato, pero altera radicalmente el sentido de las prestaciones contractuales respecto a cómo originalmente habían sido pactadas. La doctrina ha sido aplicada en el fletamento a tiempo en casos como los de pérdida del buque, retrasos desproporcionados por causas fortuitas, situaciones bélicas, etc. Sin embargo, para que la frustración opere se exige que la prestación se convierta en algo radicalmente distinto a lo prometido originalmente como consecuencia del evento frustrante, no que pase a ser simplemente más onerosa para una de ellas. Esto significa que, en principio, no se admite la frustración por quebranto económico de una de las partes (subida del precio del combustible, fluctuación del mercado de fletes, etc).

Conforme a nuestro derecho civil, en ese supuesto, habrá que distinguirse, con carácter general, los supuestos de imposibilidad sobrevenida de los de alteración de las circunstancias. En los primeros, los preceptos correspondientes de nuestro Código Civil, serían los aplicables. Es decir, el principio general del artículo 1264 de nuestro CC, según el cual las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas (*pacta sunt servanda*), salvo que su incumplimiento provenga de una causa extraña que no le sea imputable o, de caso fortuito o fuerza mayor (artículos 1264, 1271 y 1272 del CC). Es decir, la imposibilidad

sobrevenida por causa extraña no imputable al deudor, siempre que sea definitiva, causa la extinción de la obligación. En este grupo estaría la pérdida del buque dentro de un fletamento por tiempo (artículo 171 LCM). Al supuesto de la pérdida del buque, habría de sumarse el de inhabilitación definitiva del buque (artículo 172)¹.

Las estrictas normas del *pacta sunt servanda*, contenidas en el CC., la fundamentan los civilistas, señalando que un contrato se celebra con un propósito determinado y que evidentemente no habría sido celebrado de haberse sabido por parte del acreedor que ve su fin frustrado, de que este propósito no podría ser alcanzado por la ocurrencia de un evento imprevisible y sobreviniente. Salvo en caso de error, las personas siempre contratan teniendo en cuenta las condiciones materiales y jurídicas existentes al momento de su celebración. Esto es prácticamente una “*verdad de Perogrullo*”. Agregan los civilistas al respecto, que muy distinto resultaría, y por ello critican la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, en pretender que la intangibilidad del contrato está sujeta al mantenimiento de dichas circunstancias, concluyendo que la ficción que envuelve la cláusula impide considerarla un argumento para proponer su recepción legislativa. Señalan, además, los civilistas que, si las partes hubiesen vislumbrado y querido la posible revisión del contrato, en caso de cambio o advenimiento de nuevas circunstancias, pues lo habrían dicho expresamente en el contrato mismo, lo cual ocurre con frecuencia en muchos contratos de utilización del buque, ya que en ellos se pacta, expresamente, qué ocurrirá si varían las circunstancias, pero darlo por incluido en forma tácita, señalan, es un error.

Es decir, hay un *conflicto*, entre el principio *pacta sunt servanda* y la cláusula *rebus sic stantibus*. En efecto, estamos en la frustración o del fin de un contrato de utilización del buque, como consecuencia de la pandemia del COVID-19, por tratarse de un evento sobrevenido e imprevisible, habiéndose modificado la base objetiva del contrato celebrado, pues siendo un contrato sinalagmático, pierde una de las partes el interés en recibir la prestación que le corresponde por haberse frustrado su finalidad, razón por la cual se declara la ineficacia del mismo.

¹ Véase “El Nuevo Régimen de la Navegación en Venezuela y la Ley de Comercio Marítimo. Luis Cova Arria & Asociados, Caracas, 2002. Ediciones Anauro, página 78.

II. GÉNESIS DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

De acuerdo al académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, D. Antonio Manuel Morales Moreno², Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, la cláusula “*rebus sic stantibus*”, aun cuando fundada en principios de justicia conmutativa, por las circunstancias de carácter excepcional, como las que actualmente estamos viviendo, debe fundarse en principios de justicia distributiva, siendo la misma una creación del Derecho canónico, por lo que propone su rediseño en el moderno derecho de contratos.

Por su parte, Jacques Ghestin, en su tratado de Derecho Civil, en colaboración con Marc Billiau³, señala que la cláusula *rebus sic stantibus*, estuvo aplicándose hasta el siglo XVII, dejándose de aplicar por las influencias de las escuelas histórica del derecho romano y del derecho natural, además del impacto de la economía liberal, las cuales impusieron el principio contario del *pacta sunt servanda*.

Es sólo ya a comienzos del siglo XX, cuando en Inglaterra, como consecuencia de una conciencia más amplia de los jueces, en lo que a la relación contractual se refiere, renace, la cláusula *rebus sic stantibus* (las cosas quedan como están), bajo el amparo de la *teoría de la frustración* del contrato y su aplicación como instituto jurídico, en contra del *pacta sunt servanda*, el cual era aplicado con toda su rigurosidad, sin importar ni las situaciones ni los acontecimientos que pudieran afectar el contrato.

Con el transcurrir del tiempo se fueron evidenciando diferentes casos en los cuales el obligado mantenimiento de la relación contractual, tal como se había pactado, perjudicaba de manera injustificada al que de buena fe y sin culpa había contratado en unas condiciones, completamente distintas.

² Iustel, Diario del Derecho, Coronavirus y Derecho, 21 de mayo de 2020. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1198479. Reseñado, asimismo, en el diario La Razón el 20 de mayo de 2020: <https://www.larazon.es/espana/20200520/3amuejhr7nc45evpqvx7p2njwu.html>

³ Ghestin, Jacques. *Traité de Droit Civil. Les obligations. Les effets du contract, avec le concours de Marc Billiau*, L.G.D.J., Paris, 1992, No. 265, p. 292

La primera manifestación que se hace legislativamente de la teoría de la imprevisión es el artículo 1467 del código civil italiano de 1942 redactado así:

“En los contratos de ejecución continua o periódica o ejecución aplazada, si la prestación de una de las partes ha devenido excesivamente onerosa por haberse producido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que es deudora de tal prestación puede pedir la resolución del contrato con los efectos que establece el artículo 1458. No puede demandarse la resolución si la sobrevenida onerosidad forma parte del área normal del contrato. La parte contra la cual se demanda la resolución puede evitarla mediante el ofrecimiento de una modificación equitativa de las condiciones del contrato.”

Esta norma es complementada por el artículo 1458 del mismo código civil italiano que reza:

“La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de los contratos ejecución continuada o periódica, respecto de los cuales los efectos resolución no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas. La resolución aún si ha sido expresamente pactada, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la denuncia de resolución.”

La solución del legislador italiano provee a la parte perjudicada de una acción dirigida obtener la extinción del contrato a menos que la contraparte acceda a convenir con ella una revisión del contrato que la haga más equitativa. Tal revisión, cuando la hay, resulta así obra exclusiva de la voluntad de las partes.

El código civil egipcio de 1949, que adopta la doctrina, trae una solución distinta, pues la acción de la parte afectada, no conduce a la resolución del contrato sino a su revisión, la cual es realizada exclusivamente por el juez. En efecto, el Código egipcio, después de copiar textualmente en su primera parte el artículo 1134 del código civil francés (fuente del artículo 1159 del código civil venezolano) agrega enseguida el artículo 147:

“Sin embargo cuando a consecuencia de acontecimientos excepcionales y que tengan carácter general para la ejecución de la obligación, sin haber resultado imposible, venga ser excesivamente onerosa, de manera que amenace al deudor con una pérdida exorbitante, el juez puede, según las circunstancias y después de tomar en consideración los intereses de las partes, reducir, en una medida razonable, la obligación devenida excesiva”.

Por lo demás, la teoría, ha sido acogida por los modernos códigos civiles y de comercio latinoamericanos, tales como el código civil de Guatemala de 1963 (artículo 1330) y de comercio de 1970 (artículo 687); el código civil de Argentina de 1964 (artículo 1198); el código civil en Bolivia de 1976 (artículos 581 583) y su código de comercio (artículo 802 y 803); el código civil Paraguay de 1987 (artículo 672); el código civil de Perú de 1984 (artículos 1440 a 1445); y, el código de comercio de Colombia en 1971 (artículo 868).

Asimismo, la teoría ha sido incluida en los principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT⁴.

⁴ SECCIÓN 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP) ARTÍCULO 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato) Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (hardship). ARTÍCULO 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship)) Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja. ARTÍCULO 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship)) (1) En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa. (2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento. (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal. (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

En Venezuela, el doctor Luis Felipe Urbaneja Blanco, en su discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, defendió la conveniencia de acoger entre nosotros la teoría de la imprevisión con fundamento en el principio de buena fe en la ejecución de los contratos que consta en el artículo 1160 del código civil y la doctrina del abuso del derecho que ampara el artículo 1185 del mismo Código⁵. La posición de Urbaneja, ha sido acogida por nuestro académico, James Otis Rodner, en sus trabajos sobre el tema⁶, fundamentando, la aplicación en el derecho civil venezolano de la cláusula *rebus sic stantibus*, en el principio de la ejecución de buena fe de los contratos.

Finalmente, en nuestra Ley de Comercio Marítimo del 2001, en el campo de la modificación sobrevenida de las circunstancias que implique un grave desequilibrio de las prestaciones originalmente prometidas, a diferencia del civil, se ha incluido, en forma novedosa, este principio de la cláusula *rebus sic stantibus*⁷.

III. JUSTIFICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL *REBUS SIC STANTIBUS*

Se justifica la misma, señalando que los contratantes celebran un contrato en consideración a las circunstancias existentes al momento de la conclusión del contrato, subentendiéndose una cláusula o estipulación tácita de los mismos, en virtud de la cual, la intangibilidad del contrato estaría subordinada a la persistencia del estado de cosas que existían al momento de su celebración. Podríamos decir, que esta cláusula, implica más bien una condición: *la intangibilidad del contrato dependerá de que las cosas se mantengan tal cual se presentaron al momento de su conclusión*.

Esto es importante, en estos momentos, pues como consecuencia de la declaratoria de pandemia del coronavirus por la Organización

⁵ Discurso de orden del doctor Luis Felipe Urbaneja Blanco, En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Academia de Ciencias Políticas y Sociales.-- Caracas.-- Vol. 41, No. 99-100 (1985)

⁶ *El contrato y la inflación y El Dinero*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005.

⁷ Artículos 152 y 275 de la Ley de Comercio Marítimo.

Mundial de la Salud, podría suceder, o, probablemente ya está sucediendo, que algunos armadores o, fletadores, en los contratos de utilización del buque, debido a las medidas dictadas por muchos países, afronten dificultades para cumplir con sus obligaciones, las cuales pueden devenir en cumplimientos parciales, tardíos o defectuosos. Sin embargo, podría ocurrir, en algunos casos, que los mismos no lleguen a configurar causales de resolución de dichos contratos, conforme a nuestro Código Civil, por causa extraña no imputable, o, por caso fortuito, o por fuerza mayor, supuesto *sine que non*, a fin de pedir su resolución, conforme a los términos estrictos de nuestro código civil, y del principio *pacta sunt servanda* y, a las normas de derecho marítimo de muchos países del civil law, también llamados del derecho civil continental, por estar inspirados en el Código Civil francés de 1808.

Es del conocimiento público que, por razones de salubridad muchos países han restringido o cerrado sus puertos y sus dominios marítimos para la circulación de buques y han aplicado medidas agresivas para detener la propagación de la pandemia como son en algunos casos el aislamiento social e incluso la suspensión de ciertas actividades y también la suspensión de procedimientos administrativos, aduanales y portuarios.

En efecto, si bien es cierto que la lista de eventos excepcionales o inesperados, se entienden reducidos a desastres naturales (comúnmente conocidos como “*actos de Dios*” “*Act of God*”), como incendios, terremotos e inundaciones, también es cierto que, desde el siglo pasado, la jurisprudencia del *common law*, ha reconocido que algunos eventos impulsados por humanos podrían afectar a los contratos al hacerlos imposibles o demasiado onerosos para ser realizados. Algunos ejemplos de estos eventos han sido la cancelación de la procesión de Londres para la coronación del Rey Eduardo VII en 1902 (los “*casos de la coronación*”), la dramática inflación de 1923 en Alemania, la gran depresión de 1929 en los Estados Unidos, el cierre del Canal de Suez en 1956, la reunificación de Alemania en 1990, los ataques del 11 de septiembre de 2001, en los Estados Unidos y actualmente, la pandemia global del COVID-19.

En ausencia de cláusulas de fuerza mayor o debido a la falta de leyes nacionales que prescriban tales exenciones de responsabilidad,

con base a la cláusula *rebus sic stantibus*, se ha vuelto importante en la era actual de la Pandemia de COVID-19, donde el cumplimiento de muchas obligaciones y compromisos contractuales podría considerarse imposible, poco práctico o irrazonablemente oneroso en función de la ocurrencia de circunstancias o eventos imprevistos, fuera del control de las partes.

IV. EL ARTÍCULO 514 DEL PROYECTO DE LEY DE LA NAVEGACIÓN Y COMERCIO POR AGUA (PLONCA) DE 1989

En el Año 1980, el antiguo Congreso Nacional de la República, solicitó al Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, cuyo director para la época, era el Dr. Leopoldo Borjas, quien fuera miembro de número y presidente de esta corporación, la colaboración del Instituto para un proyecto de reforma integral del Código de Comercio, dada la necesidad de actualizar sus vetustas normas. Para ese fin, el Instituto conformó diversas comisiones, según las diversas materias que regula el Código de Comercio, de modo de ir elaborando leyes especiales que sustituyeran los distintos libros y títulos del Código de Comercio.

Me tocó, en mi condición de Profesor de la materia “*Derecho Marítimo*” que se dictaba para aquel tiempo como parte del curso de Especialización en “*Derecho Mercantil*”, la redacción y coordinación de un proyecto de Ley que sustituyera el Libro II del Código de Comercio, ya que sus normas encaraban un hecho técnico ya desaparecido, la navegación a vela.

Para cumplir con el encargo, realicé un trabajo de investigación y redacción durante varios años de un proyecto de ley orgánica de la navegación que denominamos “*Proyecto de Ley Orgánica de la Navegación y Comercio por Agua*”, y que se conoció por sus iniciales como “*PLONCA*”, habiéndose presentado formalmente el mismo en un evento convocado por la misma Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas en el año 1987⁸.

⁸ Véase la “Unificación del Derecho Marítimo y el Proyecto de Ley Orgánica de la Navegación y Comercio por Aguas. En Boletín de la ACPS, julio-diciembre 1991, No. 123, Año LXVII, Impreso por Miguel Ángel García e hijo, s.r.l. Caracas

El *PLONCA*, era una actualización de la legislación nacional al incorporar los principios fundamentales de las Convenciones Internacionales sobre derecho marítimo y recoger las soluciones impuestas por la navegación y tráfico modernos, en concordancia con las modalidades de nuestros puertos. Se contemplaban en el mismo los principios generales, las normas administrativas, las civiles y comerciales, las procesales, y las de derecho internacional privado, en lo que atañe a todo tipo de navegación, la marítima, fluvial, portuaria y lacustre.

Fue ampliamente debatido con los sectores interesados en el comercio marítimo y la navegación, y le incorporamos las observaciones y sugerencias manifestadas, habiéndose planteado en principio, como un Código de la Navegación porque en él se contenían tanto las normas de carácter privado, comerciales; como las normas de carácter administrativo, incluidas las normas de derecho internacional privado y las normas procesales.

Sin embargo, por las razones políticas que convulsionaron a la Venezuela de finales de los años ochenta, especialmente el llamado "*Caracazo*",⁹ y que continuaron en la década de los noventa¹⁰, con los golpes militares de 1992 se hizo necesario atender emergencias legislativas de otra naturaleza, en especial, por el prolongado debate entre 1992 y 1999 sobre la necesidad de la reforma constitucional, además por el advenimiento al poder en febrero de 1999 de Hugo Chávez Frías. El *PLONCA* no se discutió en las sesiones regulares del antiguo Congreso Nacional y, por ende, nunca llegó a convertirse en Ley de la República. Pero quedó como un precedente que sembró la semilla que, a la distancia, iba a tomarse en cuenta en el futuro.

⁹ El Caracazo fue una serie de fuertes protestas y disturbios durante el gobierno de Carlos Andrés Pérez, que comenzó el día 27 de febrero y terminó el día 28 de febrero de 1989 en la ciudad de Caracas, e iniciados realmente en la ciudad de Guarenas, cercana a Caracas. El nombre proviene de Caracas, la ciudad donde acontecieron parte de los hechos, recordando a otro hecho ocurrido en Colombia el 9 de abril de 1948; el Bogotazo. La masacre ocurrió el día 28 de febrero cuando fuerzas de seguridad de la Policía Metropolitana (PM) y Fuerzas Armadas del Ejército y de la Guardia Nacional (GN) salieron a las calles a controlar la situación.

¹⁰ La crisis que nació del Caracazo, concluiría con la virtual desaparición del pacto social construido en torno a la Constitución de 1961 y a los partidos que consolidaron su hegemonía en torno a ella, y la emergencia de nuevos actores sociales. Se eligió una Asamblea Constituyente que aprobó una nueva Constitución, la Constitución de 1999.

Ahora bien, en este *PLONCA*, incluimos un artículo (514), aplicable solamente para los contratos de arrendamiento y fletamentos de buques, en virtud del cual, se introduciría, por primera vez en nuestro derecho privado, la *teoría de la imprevisión*, como causal para la reducción o modificación de dichos contratos. Como hemos mencionado arriba, en Italia la doctrina había sido admitida legislativamente, en el artículo 1.467 del Código Civil de 1942, y, tal norma fue la que se tomó como modelo en el *PLONCA*.

La norma del *PLONCA*, decía así:

“Artículo 514.- En los contratos de arrendamiento y de fletamento de naves, si la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato o una reducción de la misma o bien una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para reducir las a la equidad.

En el supuesto de decretarse la resolución esta no tendrá efecto retroactivo, no extendiéndose a las prestaciones ya efectuadas.

La parte contra quien se hubiere intentado la acción de resolución podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

La resolución, reducción o modificación no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevenida entrará en el alea normal del contrato”.

V. LOS ARTÍCULOS 152 Y 275 DE LA LEY DE COMERCIO MARÍTIMO

Por Decreto-Ley N° 1.506, de fecha 30 de octubre de 2001, se promulgó la Ley de Comercio Marítimo. El mismo, era uno de los decretos leyes que nacieron bajo el amparo de la Ley Habilitante del 13 de noviembre de 2000, que, en el primer congreso unicameral, constituido con base al Artículo 236 de la Constitución de 1999, había habilitado al presidente Chávez, para legislar por decreto en diferentes materias. La vigencia de esa ley habilitante era de un año por lo que el decreto-ley de derecho marítimo, se dictó a escasos días del vencimiento de su vigencia.

El 5 de enero de 2006, se le puso el ejecútese a la vigente Ley de Comercio Marítimo, la cual, con pequeñas enmiendas, tiene un texto similar al original decreto-ley que sustituyó.

Conforme a esa Ley de Comercio Marítimo, en los contratos de utilización del buque, está incluida la cláusula *rebus sic stantibus*, si la prestación de una de las partes se hace onerosa por acontecimientos imprevistos, caso en el cual ésta podrá considerar resuelto el contrato, notificándolo por escrito a la otra parte, pero aclarando expresamente, que tal resolución por esa onerosidad sobrevenida no afectará a las prestaciones ya efectuadas (artículo 275 LCM). En decir, en el caso de un fletamento por varios viajes, no afectaría a los viajes ya efectuados. Es decir, es una resolución *ex-nunc*, no *ex tunc*.

El artículo reza así:

“En los contratos de arrendamiento y de fletamento de buques, si la prestación de una de las partes resultare ser más onerosa de lo previsto, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato o una reducción de la misma, o bien una modificación en las modalidades de ejecución. En el supuesto de decretarse la resolución, ésta no tendrá efecto retroactivo. La parte contra quién se hubiere intentado la acción de resolución, podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato”.

Esta disposición es la última del capítulo IV (resolución del contrato) del Título V (los contratos de utilización del buque) y es igual a la del PLONCA, salvo el párrafo omitido de éste que decía:

“La resolución, reducción o modificación no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevenida entrara en el alea normal del contrato”.

Ese mismo párrafo, lo tiene el artículo 1467 del código civil italiano de 1942, cuando señala que no puede demandarse la resolución *si la sobrevenida onerosidad forma parte del alea normal del contrato*.

Sin embargo, la exclusión de ese párrafo, no es de gravedad, si tomamos en cuenta que en los contratos marítimos la ventaja para ninguno uno de ellos, depende de un hecho casual (artículo 1.136 CC).

Por eso, en el comercio marítimo, no podemos hablar de *contratos aleatorios*. Es cierto que se habla de la aventura marítima, pero no como un hecho aleatorio, sino más como las vicisitudes e incertidumbres que pueden ocurrir durante una travesía de un buque por mar, lo cual puede afectarlo, así como a las personas o cosas que transporta, dando origen a las diversas instituciones que regula el derecho de la navegación, tales como las averías, el salvamento, el abordaje, etc.

Ahora bien, tanto el decreto-ley del 2001, como la propia ley del 2006, introdujeron el artículo 152, el cual no estaba en el *PLONCA*, ubicado al final del capítulo I (disposiciones generales) de su Título V (los contratos de utilización del buque), señalando lo siguiente:

“En los contratos regidos por este Título, si la prestación de una de las partes se hace onerosa por acontecimientos imprevistos, ésta podrá considerar resuelto el contrato, notificándolo por escrito a la otra parte. La resolución no afectará las prestaciones ya efectuadas.”

El problema que se nos presenta es que, en el *PLONCA*, la posibilidad de la parte afectada pueda pedir la resolución o ajuste de su obligación, por la onerosidad sobrevenida, era solo en los contratos de arrendamiento y de fletamento de buques (artículo 275 LCM y 514 *PLONCA*), mientras que, conforme al texto del artículo 152, introducido en el decreto ley del 2001 y en la actual Ley, esa posibilidad es viable en todos los contratos regidos por su título V que incluye no solo los de arrendamiento y fletamento de buques, sino los contratos de transporte de mercancías por agua, los de transporte de pasajeros y el contrato de remolque. De modo pues, que ese artículo 152 extiende la aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus*, en el derecho marítimo venezolano, a todos los contratos marítimos y, no solo a los de arrendamiento y fletamento de buques a que se limita el artículo el artículo 275 de la LCM.

En todo caso, esta *cláusula rebus sic stantibus*, implícita en todos los contratos de utilización del buque y, no solo los de arrendamiento y fletamento, conforme a la normativa mencionada, si la prestación de una de las partes resultare ser más onerosa de lo previsto, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato o una

reducción de la prestación, o bien una modificación en las modalidades de su ejecución. Está claro, en ambos artículos (152 y 275) de la LCM, el carácter **ex-nunc** de tal resolución, al indicar que, en el supuesto de decretarse la misma, ésta no tendrá efecto retroactivo.

Sin embargo, conforme al artículo 275, posibilidad que no trae el 152, se permite a la parte contra quién se hubiere intentado la acción de resolución, de evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato. Por ejemplo, en el caso de alegarse los efectos de la pandemia para pedir la resolución de un contrato de fletamento por varios viajes, prometiendo, efectuar el o los viajes pendientes, cuando los efectos de la misma cesen. Tal revisión, cuando la hay, resulta así obra exclusiva de la voluntad de las partes.

De allí, la relevancia que en los actuales momentos tiene la legislación marítima venezolana, como hemos visto, al admitir la aplicabilidad de la cláusula ***rebus sic stantibus***, en los contratos de utilización del buque.

VI CONCLUSIONES

El “*conflicto*” entre el principio *pacta sunt servanda* y la cláusula *rebus sic stantibus*, está resuelto en Venezuela, en el supuesto de que se plantee un caso de resolución de un contrato de utilización de un buque, como consecuencia de la pandemia del COVID-19, alegándose una onerosidad sobrevenida que ha originado un cambio en las condiciones existentes a la fecha de la celebración del contrato.

La pandemia global del coronavirus puede perfectamente encajar, en una causal de modificación sobrevenida de las circunstancias por las cuales se han celebrado muchos contratos de utilización del buque, antes de la declaratoria por la Organización Mundial de la Salud (OMS), del estado de pandemia por el COVID-19.

Esta modificación sobrevenida de las circunstancias, como consecuencia de la pandemia, han producido un grave desequilibrio de las prestaciones originalmente prometidas, y, en el derecho marítimo venezolano, a diferencia de nuestro derecho civil e incluso del de muchos países, está vigente el principio de la cláusula *rebus sic stantibus*, en los

contratos de utilización del buque, pudiéndose demandar su resolución, o una reducción o ajuste de las prestaciones establecidos en los mismos, o bien una modificación en sus modalidades de ejecución.

Señores, muchas gracias.

**VIDEOCONFERENCIA ALCANCES DE LA
JURISDICCIÓN ARBITRAL
18 DE JUNIO DE 2020**

**PALABRAS
DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
PARA LA PRESENTACIÓN DEL FORO VIRTUAL
"LOS ALCANCES DE LA JURISDICCIÓN
ARBITRAL" CELEBRADO EN FECHA
18 DE JUNIO DE 2020, VÍA TELEMÁTICA
BAJO EL AUSPICIO TECNOLÓGICO
DE *FUNDACIÓN UNIVERSITAS***

Para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales es motivo de satisfacción auspiciar esta video conferencia sobre los alcances de la jurisdicción arbitral, bajo el patrocinio tecnológico de ***Fundacion Universitas***.

La Corporación tiene como misión institucional promover el progreso de las Ciencias Políticas y Sociales en general, y del derecho en particular. El estudio de los medios alternativos de resolución de controversias, como es el caso del arbitraje, es de especial interés. Así lo confirman las múltiples jornadas organizadas y los libros editados sobre este importante tema por la Corporación. La Academia fue promotora de la Ley de arbitraje comercial de 1998 y a la luz de la Constitución de 1999 realizó diversas publicaciones sobre los procedimientos de arbitraje institucional y de arbitraje internacional con entidades académicas dedicadas al Arbitraje y con los diferentes Centros de Arbitraje de la Ciudad de Caracas.

Corren tiempos en que la jurisdicción y el proceso en Venezuela han perdido su eficacia social como medio de resolución de conflictos entre particulares y entre estos y el Estado. Han sido suplantados por la desconfianza y la progresiva politización de la justicia.

Los mecanismos alternativos de solución de controversias (la conciliación, la mediación y el arbitraje), en cambio, cobran mayor relevancia, al punto que, el arbitraje, más que una simple alternativa real y confiable para la solución de disputas, se ha convertido en la opción preferente para potenciar los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, como expresión del derecho al acceso a la justicia. El realismo y el casuismo en la atención de la controversia, la celeridad y la flexibilidad del procedimiento, la confidencialidad y transparencia institucional son virtudes prácticas del arbitraje para maximizar ese acceso a la justicia alternativa. Pero hay más: Tengamos en cuenta que en Venezuela la Constitución vigente robustece la eficacia del arbitraje al

incluirlo como parte del sistema de justicia y ordena promover su uso junto a la conciliación, la mediación y cualquier otro medio alternativo para la solución de conflictos. Así lo confirman los artículos 253 y 258 constitucionales.

La realidad venezolana exige una constante revisión y una actualización del arbitraje. Se requiere la atención de circunstancias nuevas para garantizar su óptimo funcionamiento y generar confianza a sus usuarios. Los principales Centros de Arbitraje venezolanos y sus reglamentos deben adaptarse a las tendencias mundiales sobre procedimientos arbitrales, a las necesidades de los usuarios, al desarrollo de nuevas tecnologías y la situación del país.

Los centros de arbitraje deben competir por atraer los mejores árbitros y que estos puedan considerar esa actividad como comparable a las más selectas actuaciones profesionales, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo. Es importante que los árbitros cuenten con la anuencia de ambas partes y no sea posible la designación de árbitros que, desde el comienzo, no sean aceptados o al menos tolerados por ambas partes.

Hay que evitar el árbitro díscolo. Algunos importantes usuarios del arbitraje manifiestan, con razón, su descontento ante la falta de sujeción de algunos laudos al derecho elegido como aplicable al fondo de la controversia, desvirtuándose así la necesaria diferenciación entre arbitrajes de derecho y arbitrajes de equidad.

Es muy importante que los usuarios del arbitraje consideren que el arbitraje es una manera confiable de resolver sus controversias con apego a las normas aplicables al fondo de la disputa y al principio de legalidad al que se vinculan. Independientemente de lo que los abogados puedan opinar sobre la calidad jurídica de un laudo, si la opinión de los usuarios es que en el mismo no se respetó el derecho elegido para regir el fondo de la controversia, no podría considerársele un laudo de calidad, ni siquiera porque incluya estudios doctrinales de *“lege ferenda”*.

Se le hace un gran bien al arbitraje si se asegura a los usuarios de este que pueden confiar en que sus eventuales conflictos serán resueltos en derecho, si así fue pactado y no en base a opiniones doctrinales de los árbitros, y que la función de estos no será tratar de crear (o inventar) derecho, sino decidir sobre una controversia con base a la norma pre-existente como lo exige el principio de legalidad.

La Venezuela de hoy es económicamente muy compleja. La mayor onerosidad para ejercer el recurso de nulidad a causa de la disfunción del bolívar y la práctica imposibilidad objetiva de que los garantes institucionales puedan otorgar las correspondientes cauciones para tramitar el recurso de nulidad contra el laudo arbitral, puede llegar a cercenar el derecho fundamental de las partes para que la jurisdicción judicial se pronuncie sobre la validez del laudo y su ejecutoria. Ello podría influir en que los usuarios del arbitraje opten por no celebrar acuerdos de arbitraje y prefieran, a pesar de las grandes ventajas del arbitraje, acudir a la justicia ordinaria que contempla una importante variedad de recursos procesales.

Para la Corporación el arbitraje es una línea de acción teórica y práctica, cuya transversalidad e inherencia con múltiples asuntos de la realidad actual, se comprueba en la relevancia de los temas seleccionados para esta video conferencia de la mano de autorizados ponentes. En esta oportunidad destacan temas fundamentales asociados a los límites de la jurisdicción arbitral.

El arbitraje es una jurisdicción que concurre constitucionalmente con el Poder Judicial para la administración de justicia. Ambas jurisdicciones son parte del sistema de justicia ex artículo 253 Constitucional. El Dr. Hernando Díaz Candia, árbitro internacional, disertará sobre las relaciones entre el arbitraje y la jurisdicción ordinaria. Hará referencia a origen y a la evolución histórica del arbitraje, para explicar que el arbitraje no es superior, ni inferior, ni está supeditado jerárquicamente al Poder Judicial, sino que es alternativo y constructivamente distinto a éste. El Poder Judicial tiene un mandato legal de colaborar en el correcto funcionamiento expansivo del arbitraje y, en consecuencia, de ser deferente (y no disruptivo) para con los criterios expresados en laudos arbitrales. Sin perjuicio de ello, deben existir mecanismos o válvulas legales, limitadas y excepcionales, para que el Poder Judicial no tolere errores graves y manifiestos (sean de forma o de fondo) en laudos arbitrales.

La segunda intervención de hoy estará a cargo del académico Salvador Yannuzzi, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Nos hará una breve explicación sobre la cláusula compromisoria en el arbitraje, el procedimiento arbitral y las diferencias

entre el arbitraje independiente y el institucional, así como una explicación sobre lo qué es el laudo, su forma, contenido y límites, las clases de laudo que existen y, finalmente, mencionar el recurso de nulidad.

El arbitraje es una jurisdicción excepcional y distinta a la jurisdicción estatal fundada en la autonomía de la voluntad de las partes que lo acuerdan para la solución de eventuales conflictos entre estas. No es un simple medio de resolución de disputas, como la negociación o la mediación, es una jurisdicción. El profesor Carlos Soto, ex Catedrático de la Universidad Católica de Lima, árbitro internacional y miembro correspondiente extranjero por la República del Perú en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, nos responderá la pregunta ¿debe existir un control judicial del arbitraje?

Seguidamente, la explicación de los medios de impugnación de los laudos arbitrales y en particular, del alcance del recurso de nulidad contra el laudo estará a cargo del profesor José Gregorio Torrealba. Para este fin realizará un análisis de Derecho Comparado, tomando como referencia las jurisdicciones que han adoptado la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), destacando las pretensiones que pueden hacerse valer con cada uno de los recursos disponibles en contraste con el recurso de nulidad.

La naturaleza jurídica del arbitraje será expuesta por la académica Cecilia Sosa Gomez, ex presidenta de la Corte Suprema de Justicia. En su exposición hará las distinciones entre la jurisdicción ordinaria y el arbitraje, los aspectos vinculados al arbitraje y una referencia al estado actual de la cultura del arbitraje.

La difusión del conocimiento y la promoción de las bondades institucionales del arbitraje, son esenciales para concretar y expandir su efectiva vigencia. En nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sean todos bienvenidos a esta video conferencia. Mis mejores deseos de provecho y éxito en las exposiciones que siguen.

Muchísimas gracias a todos

Ft. Lauderdale, 18 de junio de 2020

EL ARBITRAJE Y SU RELACIÓN Y CONTROL POR EL PODER JUDICIAL: LA JURISDICCIÓN CONCURRENTES HERNANDO DÍAZ-CANDIA*

SUMARIO

- Introducción. • Dolores de crecimiento. • Equilibrio entre la judicialización del arbitraje y el radicalismo arbitral. • Revisión de los laudos por el poder judicial. • Conclusión.

* Doctor en Ciencias mención Derecho, árbitro internacional, autorizado para ejercer la abogacía en el estado de Nueva York y en Venezuela. Fellow (FCIArb) del Chartered Institute of Arbitrators. Email: hernandodiaz@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

El arbitraje existe en una jurisdicción en la que concurre con el poder judicial. Su origen y evolución histórica explican que el arbitraje no está supeditado en jerarquía al poder judicial, no es inferior ni superior a éste, sino que es alternativo y constructivamente distinto¹. El poder judicial tiene un mandato legal de colaborar en el correcto funcionamiento expansivo del arbitraje² y, en consecuencia, de ser deferente (y no disruptivo) para con los criterios expresados en laudos arbitrales. Sin perjuicio de ello, deben existir mecanismos o válvulas, limitadas y excepcionales, para que el poder judicial no tolere errores graves y manifiestos (sean de forma o de fondo) en laudos arbitrales.

Para entender hasta dónde deben llegar tales mecanismos o válvulas de control debe hacerse un análisis histórico-sistemático del origen del arbitraje como institución social y jurídica. El análisis debe comenzar por reconocer que el arbitraje se encuentra disminuido sustancialmente en Venezuela en cuanto a su importancia cuantitativa. El número de casos existentes, hoy en día pendientes ante los dos centros de arbitraje más prestigiosos del país, es reducido: no hay más de ocho casos de arbitraje activos en Venezuela. A ello se suma una reciente sentencia de la Sala Constitucional, la número 042 de 2020³, que ha planteado la amenaza de avocarse a un caso de arbitraje cursante ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), a petición de una de las

¹ Este breve artículo resume la presentación hecha por el autor en el seminario sobre arbitraje realizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (de Venezuela) el 18 de junio de 2020. Se basa en los postulados expuestos con mayor detalle por el autor en su obra *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje*, Editorial Torino, 3ra edición, Caracas, 2016.

² Cfr., por ejemplo, el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela vigente a partir de 1999 y el artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial vigente a partir del 07 de abril de 1998.

³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 042, del 20 de febrero de 2020, caso: Alimentos Polar Comercial, C.A. (expediente número 20-0106).

partes, en una disputa comercial privada. Este breve artículo pretende contribuir a evitar que esa vicisitud, ese posible avocamiento, constituya el clavo final en el ataúd que impida el renacimiento o resurrección del arbitraje en el país como una institución alternativa al poder judicial.

DOLORES DE CRECIMIENTO

El arbitraje es una institución social que nació en cierta forma fuera del derecho, hace miles de años, para resolver en forma pacífica disputas privadas, más que todo entre comerciantes. En sus orígenes, las soluciones planteadas en arbitraje se limitaban, cuando no eran acatadas voluntariamente, a ser acompañadas de sanciones gremiales y morales – sin posibilidad de ejecución forzosa legítima. Luego, por una combinación de razones y factores diversos y complejos, en el siglo XX el arbitraje fue traído y acogido por el derecho.

Así ocurrió con el arbitraje entre Estados (con el impulso de la Liga de las Naciones y posteriormente las Naciones Unidas⁴) y con el arbitraje de inversión (con la creación del Convenio CIADI⁵ y miles de tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones). Por su parte, el hoy día aún denominado arbitraje comercial, con respecto al referido acogimiento, tuvo dos grandes elementos impulsores: (i) el primero, la convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras⁶, y,

⁴ Dos ejemplos son el Tribunal Permanente de Arbitraje (que se originó de las reuniones internacionales llevadas a cabo entre 1899 y 1907 en La Haya) y el desarrollo de la Liga de las Naciones en 1918 (después de la Primera Guerra Mundial y con el impulso del presidente estadounidense Woodrow Wilson), la cual consagró al arbitraje, en los artículos 13 y 14 de su documento constitutivo, como un mecanismo de resolución de disputas, con el objetivo de evitar guerras o rupturas de relaciones. Cfr. Pacto de la Sociedad de Naciones (Versión en inglés visitado en junio de 2020. Recuperado de http://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp).

⁵ Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 35685, en fecha 3 de abril de 1995, posteriormente denunciado por la República Bolivariana de Venezuela el 24 de enero de 2012.

⁶ Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de fecha 10 de junio de 1958, Cfr. ley aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 4832 Extraordinario, el 29 de

(ii) el segundo, la ley modelo (o modelo de ley) preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁷. Ese modelo de ley ha sido acogido, en mayor o menor medida, como ley nacional en muchos países, y sirvió de base o punto de partida para la redacción de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana de 1998.

Al principio del referido acogimiento del arbitraje ordinario (muchas veces mal denominado comercial, por su origen histórico) fue paulatina. En gran parte del siglo XX hubo pocos casos. Los procedimientos se acompañaban de muy pocos elementos coercitivos (como por ejemplo, medidas cautelares). Además, existía un bajísimo porcentaje de impugnación de los laudos. El arbitraje en gran parte funcionaba como un club de damas y caballeros para grandes empresas, con un basamento estrictamente contractual. No obstante, esa concepción fue evolucionando y la visión contractualista del arbitraje fue superada⁸. El arbitraje, además, se independizó del derecho procesal y del derecho mercantil. Pasó a tener autonomía científica: en las principales

diciembre de 1994 (Revisado en junio de 2020. Recuperado de: <http://www.newyorkconvention.org>). La Convención de Panamá (Revisado en junio 2020. Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-35.html>) tiene algunos solapamientos o aspectos comunes con la Convención de Nueva York, y ha servido como gran impulso para que países Latinoamericanos acojan la Convención de Nueva York. La Convención de Panamá va más allá que la Convención de Nueva York al, por ejemplo, crear una Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, bajo el auspicio de la Organización de Estados Americanos, cuyo reglamento y procedimiento de arbitraje puede encontrar base en la Convención de Panamá.

⁷ Revisado en junio de 2020. Recuperado de: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

⁸ Bajo una visión contractualista, el arbitraje es un mecanismo en el cual las partes de un contrato, de alguna forma, insertan a terceros (los árbitros y, en ocasiones, un centro de arbitraje) en dicho contrato, delegando su voluntad o consentimiento para que esos terceros puedan injerir en la ejecución o terminación del contrato, la tendencia actual en Latinoamérica es dejar atrás la visión mero contractualista del arbitraje, acogiendo algunos rasgos del extremo jurisdiccionalista. No pensamos que se trate de llegar a un híbrido, en el sentido de ser el producto de elementos de distinta naturaleza, ni de un eclecticismo que persigue lo intermedio. Se trata, más bien, de que el arbitraje tiene características propias y peculiares, que lo definen sin partir de un punto contractualista o jurisdiccionalista. Una vez que esas características se juntan, producen, como efecto --no como causa ni premisa--, algunas consecuencias que asimilan al arbitraje con un mecanismo contractual y otras que lo acercan mucho a una jurisdicción. No es esencial para definir al arbitraje tomar una posición sobre una concepción contractualista u otra jurisdiccionalista.

universidades del país hoy forma parte del pensum como una materia obligatoria y no sólo electiva u opcional. Nació así, pues, la denominada jurisdicción concurrente, en la cual el arbitraje coopera y coexiste, sin una relación de superioridad ni jerarquía, con el poder judicial.

Hoy en día existe un mandato para que el poder judicial impulse y ejecute forzosamente los laudos cuando sea necesario. Hay un reconocimiento legal del arbitraje, que viene desde el mundo o esfera del arbitraje (no del derecho procesal), para fortalecerlo y promoverlo, no para limitarlo ni controlarlo, aun cuando cierto control por parte del poder judicial respecto a la ejecución de laudos sea necesario y conveniente. Ello, sin embargo, teniendo siempre en cuenta que un laudo arbitral debe hacerse cumplir y ejecutarse a pesar del desacuerdo de un tribunal judicial con el laudo, si existe una justificación verosímil y razonable para la decisión o el resultado alcanzado por el laudo.

EQUILIBRIO ENTRE LA JUDICIALIZACIÓN DEL ARBITRAJE Y EL RADICALISMO ARBITRAL

La evolución y explosión del arbitraje en Venezuela tuvo dos hitos jurisprudenciales importantísimos. Primero, la sentencia 1541 de 2008⁹, que superó la tesis de la capacidad para transigir, y la disponibilidad derechos, como *test* de arbitrabilidad. Esta sentencia estableció expresamente que a donde puede llegar el juez en su tarea cognitiva de resolución de disputas puede llegar el árbitro, salvo cuando, bajo el denominado principio tuitivo, una ley de manera clara y precisa reserve el conocimiento del asunto al poder judicial o a la administración pública. Es decir, el arbitraje dejó de ser una excepción para convertirse prácticamente en otra regla. Segundo, la sentencia 1067 de 2010¹⁰, que dio un

⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela número 1541, del 17 de octubre de 2008, caso: *Hildegard Rondón de Sansó y otros* (expediente número 08-0763). Esta sentencia se refirió, en su *thema decidendum* y *holding*, a la interpretación del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, y no a la de un artículo constitucional. Por lo tanto, la competencia para emitirla correspondía a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. A pesar de ello, la sentencia es enjundiosa en su sustancia y razonablemente acertada en sus decisiones.

¹⁰ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 1067, del 03 de noviembre de 2010, caso: *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.* (expediente Nro 09-0573).

impulso fenomenal al principio *kompetenz kompetenz* bajo el cual los árbitros determinan su propia jurisdicción y competencia, y, además, cementó el uso de medidas cautelares judiciales, previas al inicio del arbitraje.

Con lo anterior se produjo una asimilación casi total de los laudos con las sentencias judiciales. Y de esa manera, con una lógica formal impecable, se comenzó a plantear en la práctica una suerte de judicialización del arbitraje. Bajo ese prisma, si los laudos son sentencias, deberá guardarse cierto formalismo en los procedimientos arbitrales, importándose disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la práctica y evacuación de pruebas y en el uso de conceptos estrictamente procesales como el de jurisdicción y competencia, para uso y control del arbitraje. Así, por ejemplo, surgió la famosa diatriba en cuanto a cómo remover un caso iniciado ante el poder judicial cuando existía un acuerdo de arbitraje: mediante la cuestión previa de falta de jurisdicción, de incompetencia, o de prohibición legal de admitir la acción¹¹. Se permitía el uso de la casación contra las sentencias de tribunales superiores que se pronunciaban sobre el recurso de nulidad contra el laudo. Se pretendió regularizar el uso del amparo contra laudos. Se planteó la posibilidad de que los laudos fueran objeto de revisión constitucional bajo el artículo 336 de la Constitución de 1999¹². Se comenzó a hacer uso de la consulta a la Sala Constitucional en casos de control difuso de la constitucionalidad planteados en laudos¹³. Y ahora, lo que nos ocupa: el posible avocamiento de la Sala Constitucional en un arbitraje.

Ante tal judicialización, surgió como reacción un radicalismo arbitral. Así, desde el mundo del arbitraje se ha planteado y se sigue a veces planteando, como un dogma, que el laudo es absolutamente intocable en cuanto a su fondo o méritos, y que el recurso de nulidad debe estar

¹¹ Cfr. Andrés Mezgravis, recuperado de: <https://www.mezgravis.com/la-promocion-del-arbitraje.pdf>. Revisado en junio de 2020.

¹² Cfr. Rafael Badell, <https://www.badellgrau.com/upl/revistavenamcham.pdf>. Revisado en junio de 2020.

¹³ Cfr. Revisado en junio de 2020. Recuperado de: <https://www.accesoalajusticia.org/desaplicacion-por-control-difuso-del-literal-j-del-articulo-41-del-decreto-ley-de-regulacion-del-arrendamiento-inmobiliario-para-uso-comercial/>.

muy limitado y sujeto a ciertas cargas o trabas como cauciones o fianzas para su ejercicio. Como respuesta para balancear la judicialización del arbitraje, por una parte, y, por la otra, el radicalismo arbitral, en algunos países se adoptó una solución de compromiso o de transacción para repartir territorios: el arbitraje se dividió en internacional y nacional¹⁴. El arbitraje internacional se considera flexible y sometido a muy pocos controles o injerencias del poder judicial. En cambio, el arbitraje nacional está altamente regulado, sometido a controles judiciales de naturaleza constitucional, y hay estrictos requisitos formales inclusive sobre la calificación de los árbitros y su rol como administradores de justicia.

En países como Venezuela, sin embargo, donde (al menos a nivel legislativo) no hay esa diferenciación artificial del arbitraje en internacional y doméstico¹⁵, tenemos el reto de buscar una solución o equilibrio adecuado con base en los principios fundamentales del arbitraje como institución social y ahora como institución jurídica. Así, es importante tener en cuenta que el arbitraje se basa en libertades individuales, que preceden a, y no tenían que ser reconocidas expresamente en, la Constitución de 1999. Y que su reconocimiento se hizo para impulsarlo y darle a los laudos la posibilidad de ejecución forzosa. Cabe recordar que los fines básicos de toda constitución son establecer las competencias del Estado (organizar el Estado como una suerte de mal necesario¹⁶), y establecer las libertades de los particulares frente a ese Estado. Esas libertades incluyen la posibilidad de resolver controversias fuera del aparato estatal, con la opción de recurrir a éste para la ejecución forzosa cuando se requiera el uso de la fuerza pública. Y este principio debe informar la integración, interpretación y aplicación de las causales de nulidad, y el estándar de revisión de los laudos arbitrales.

¹⁴ Cfr. En general: Hernando Díaz Candia, *Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica*, Revista de arbitraje comercial y de inversiones, ISSN 1888-5373, ISSN-e 2603-9281, Vol. 8, N°. 2, 2015, págs.413-442.

¹⁵ La Convención de Panamá hace referencia al arbitraje “internacional” y el artículo 62 de la Ley de Derecho Internacional Privado establece que “[...]L]o concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia.” No obstante, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela vigente a partir de 1999 y la Ley de Arbitraje Comercial no acogen la diferenciación del arbitraje entre internacional y nacional.

¹⁶ Cfr. En general: Thomas Paine, *Common Sense* (1776), CreateSpace Independent Publishing Platform, reimpresso en 2018, ISBN-13: 978-1503254084.

El artículo 253 de la Constitución es muy claro en establecer que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos; no del Estado ni del Tribunal Supremo de Justicia. Además, ese artículo separa claramente el arbitraje, como integrante del sistema de justicia, pero no del poder judicial. El Tribunal Supremo de Justicia no está al mando absoluto de ese sistema de administración de justicia, sino sólo del poder judicial. El artículo 258 de la Constitución, por su parte, establece una obligación para la ley de promover el arbitraje, que ha sido interpretada como una obligación afirmativa, no sólo del legislador sino de todos los operadores jurídicos, inclusive los jueces.

Lo anterior significa que la incidencia del poder judicial sobre el arbitraje debe estar limitada a lo que establece el derecho arbitral; no el derecho procesal, el Código de Procedimiento Civil, ni la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. El derecho arbitral es la ley sobre arbitraje, en el sentido más amplio de la acepción del concepto de ley. En Venezuela las fuentes básicas o primarias de derecho arbitral son la Constitución de 1999, la Ley de Arbitraje Comercial de 1998, y los tratados o convenciones internacionales sobre arbitraje de los que es parte la República.

El derecho arbitral, en cuanto al control judicial de los laudos, sólo contempla el recurso de nulidad, las excepciones para denegar el reconocimiento o ejecución de laudos y, además, excepcional y muy limitadamente, el amparo constitucional. El amparo se deriva de la Constitución y no se limita a actuaciones del poder judicial, sino que se extiende y puede aplicar inclusive para actuaciones de particulares. Aceptar lo anterior, sin embargo, no implica acoger una corriente de radicalismo arbitral.

REVISIÓN DE LOS LAUDOS POR EL PODER JUDICIAL

Es correcto postular que las causales de nulidad del laudo arbitral son taxativas en cuanto a su formulación. No pueden añadirse, en una lista vertical, una nueva causal (agregada al final de la lista) de nulidad de laudos distinta a las previstas en la ley. Pero las causales existentes deben ser integradas e interpretadas constructivamente, reconociendo que el arbitraje es distinto y alternativo al poder judicial, aceptando que

para que el poder judicial acoja los laudos y colabore con el sistema arbitral es necesario proveerse, de alguna forma, una válvula de control, o un vaso comunicante, que permita el poder judicial ejercer un control excepcional sobre el fondo de los laudos, en circunstancias limitadas y excepcionales. Esto puede sonar como una suerte de bajada resbaladiza o una pendiente que pueda llevar a zancadillas (y nuestro reto es que no sea así) pero tal posibilidad de control limitado sobre el fondo del laudo debe existir, por ejemplo, por la vía del control de no contradicción al orden público por el laudo. Es decir, integrando o ampliando en forma horizontal, con prudencia, las causales previstas en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998.

No es cónsono con la concepción que reconoce efectos de jurisdicción al arbitraje, que el tribunal judicial que conoce del recurso de nulidad deba tolerar toda antijuridicidad del laudo. Por otra parte, no es cónsono con la promoción del arbitraje abrir una válvula para que se revisen en el recurso de nulidad, de forma amplia, temas de mérito o fondo de los laudos. Al integrarse la concepción que ha comenzado a permitir que sean juzgados en arbitraje, con facultades jurisdiccionales, asuntos que involucren o interesen al orden público, debe permitirse al tribunal judicial relevante anular el laudo cuando éste ha incurrido en un error inexcusable. Sería contrario al orden público no anular un laudo que ha incurrido en un error inexcusable.

La contradicción al orden público, y, por lo tanto, la anulabilidad del laudo puede existir cuando éste incurra en un error inexcusable, o cuando, por ejemplo, haya existido un exceso manifiesto de autoridad (en los laudos de arbitraje de inversión). Es importante destacar como adjetivos que: el error debe ser inexcusable o grave y manifiesto. No se trata de cualquier error o diferencia de criterios. Debe ser un error trascendental y palmario en la aplicación del derecho, que también puede tener impacto en cuanto a la excepción de orden público contemplada en la Convención de Nueva York para la denegación del reconocimiento y ejecución de laudos¹⁷.

¹⁷ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, *ibid.* 7 *supra*, artículo V.

En Estados Unidos se ha planteado muy constructivamente una doctrina judicial denominada “*la ignorancia manifiesta de la ley*” en los laudos¹⁸. Según esa doctrina, los laudos pueden ser anulados cuando en su fondo se ha ignorado manifiestamente el derecho sustantivo aplicable al caso relevante. Esa doctrina ha alarmado a los promotores del arbitraje. Pero vemos como con razón se ha señalado en un reciente boletín de la Cámara de Comercio Internacional que:

*“Si los especialistas en arbitraje no estadounidenses mantienen que la ‘ignorancia manifiesta de la ley aplicable’ es un defecto o debilidad en el sistema estadounidense de arbitraje internacional, pienso que esa una posición lamentable y equivocada. Ningún sistema legal que apoye el arbitraje puede atraer usuarios si no les asegura que habrá un método o válvula de seguridad (fail-safe) para corregir un resultado que abiertamente rechazó aplicar la ley y en cambio realizó una disposición arbitraria y enigmática. La CCI ha reconocido eso en el artículo 21(3) de su reglamento: El tribunal arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá ex aequo et bono únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes. En otro contexto, en los Estados Unidos la Corte Suprema ha establecido que un árbitro excede sus facultades cuando aplica su propia marca o estilo de justicia (industrial), separado del contrato o la ley aplicable. ‘Ignorancia manifiesta’, en lo que existe como una doctrina legal independiente, sirve en ocasiones extremadamente raras para permitir la aplicación de ese postulado. Y por eso, la comunidad arbitral, a nivel mundial, debería sentirse tranquila”*¹⁹.

La presidencia del Club Español del Arbitraje, en un reciente comunicado, también reconoció por su parte que debe existir un control constructivo, judicial, sobre los laudos arbitrales, al señalar que: “*Se entiende bien que exista un grado de colaboración y de intervención del poder judicial en el ámbito del arbitraje comercial, mas en ningún caso*

¹⁸ Véase decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, caso: *Hall Street Assocs., LLC c. Mattel, Inc.* (552 EE.UU. 576).

¹⁹ Cfr. Marc J. Goldstein, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, ISSN 2520-6052, 2018, Volumen 4. Traducción libre del inglés al castellano.

debería producirse la injerencia de ese Poder Público para interrumpir el procedimiento y atribuirse facultades para proferir la solución del fondo del asunto”²⁰.

CONCLUSIÓN

Con base en cuanto hemos aquí planteado, la conclusión práctica derivada de que la incidencia del poder judicial sobre el arbitraje se limite a lo que expresamente disponga el derecho arbitral, es decir, la ley de arbitraje y la Constitución (en materia de arbitraje) es que:

- Contra un laudo arbitral sólo cabe como regla el recurso de nulidad, bajo causales taxativas, pero con la potestad para el juez, muy limitada y excepcional de tocar o revisar temas de fondo, en caso de errores inexcusables, verdaderamente graves y manifiestos. El estándar de revisión de los laudos debe siempre ser menos profundo y muchos menos intrusivo que el de una apelación. Con carácter excepcional y limitado, los laudos y otras actuaciones arbitrales pueden ser objeto de amparo constitucional (Sentencia 462 del 20/05/2010 caso: Gustavo Yélamo²¹), sin sustituir el recurso ordinario de nulidad.
- El avocamiento no es aceptable ni procedente, bajo ningún respecto, en arbitraje. Esa figura está prevista para escenarios que se presentan en el poder judicial y para que el Tribunal Supremo ponga orden en aquél. El arbitraje, debe repetirse, no es parte ni funciona dentro del poder judicial.
- No es aceptable el recurso de casación contra sentencias de tribunales que decidan recursos de nulidad contra laudos (sentencia 1773 del 30/11/2011 caso: Van Raalte de Venezuela

²⁰ Cfr. En general: Club Español de Arbitraje. Misiva de la Presidencia. Junio 2020 (Revisado en copia privada).

²¹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 462, del 20 de mayo de 2010, caso: Gustavo Yélamo Lizarzábal (expediente número 10-0080). Esta sentencia, si bien declaró inadmisibles un amparo contra un laudo, vista la interposición de un recurso de nulidad contra el mismo laudo, pareciera haber dejado la puerta abierta para interponer amparos constitucionales contra laudos, si estos se presentan como único medio de impugnación y no se ha vencido el lapso para interponer el recurso de nulidad.

C.A.²²), ya que el recurso de casación no está previsto en el derecho arbitral.

- Los laudos arbitrales no están sujetos a revisión constitucional bajo el artículo 336 de la Constitución, ya que éste se dispuso exclusivamente para sentencias judiciales (Sentencia 443 del 06/05/2013, caso PG Edo Monagas²³).
- Los laudos arbitrales que ejerzan o apliquen el control difuso de constitucionalidad sobre normas legales no están sujetos a consultas obligatorias ante la Sala Constitucional, ya que la consulta no está prevista en el derecho arbitral, y no debe ser importada desde otras leyes. Los árbitros, en todo caso, deben respetar el orden público y garantizar la supremacía y aplicación de normas constitucionales.

Miami, 18 de junio de 2020

²² Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 1773 del 30 de noviembre de 2011, caso: Van Raalte de Venezuela C.A. (expediente número 11-0381).

²³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 443, del 06 de mayo de 2013, caso: Procuradora General del Estado Monagas (expediente número 12-0902).

EL LAUDO EN EL DERECHO PRIVADO

SALVADOR R. YANNUZZI RODRÍGUEZ*

SUMARIO

Aclaratoria inicial 1. ¿Qué es el arbitraje? 2. La cláusula compromisoria. 3. El procedimiento de arbitraje. 3.a. El arbitraje institucional. 3.b. El arbitraje independiente. 3c. El Arbitraje de derecho. 3d. El Arbitraje de equidad. • El procedimiento. 4. El laudo. 4.a. Forma y contenido del laudo. 4.b. Clases de laudos. 4.c. Recursos. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Profesor de las asignaturas Prácticas de III Nivel (UCAB), Teoría General de la Prueba y Pruebas en el Proceso (UCAB - UCV). Jefe del Departamento de Derecho Privado y Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Numero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

ACLARATORIA INICIAL

La intención de este trabajo es referirnos al producto final del arbitraje de Derecho privado, en oposición al arbitraje de Derecho público, como lo es el laudo. En efecto, el arbitraje de Derecho privado corresponde a un negocio jurídico que celebran las partes contratantes referido a un contrato que comprenda derechos disponibles y en razón de ello los contratantes adquieren el compromiso de someter a arbitraje las diferencias que puedan surgir en la interpretación o ejecución del contrato, o las controversias que hayan surgido y que consideren que deben ser resueltas mediante el procedimiento arbitral, para lo cual celebrarán el pacto respectivo; sin embargo, existe un arbitraje internacional, que no es el de Derecho público, diseñado fundamentalmente para que las empresas o sociedades que se desempeñan internacionalmente puedan dirimir sus controversias, con la garantía de la reserva del contenido de lo que está sometido a la consideración del tribunal arbitral, así como de la neutralidad de los árbitros, lo que les otorga mayor confianza que la que se puede desprender de los avatares a los que están sometidos los tribunales de un país en particular y con la certeza de poder contar con una decisión en un plazo razonable.

Cada vez se ha venido incrementando la utilización del mecanismo del arbitraje, como medio alternativo para la resolución de conflictos, para decidir las controversias que surjan entre los contratantes, al comparar las ventajas que otorga en relación con la utilización de los tribunales ordinarios.

Veremos brevemente como se desarrolla el procedimiento de arbitraje, para entrar a considerar el laudo, su forma, contenido, clases y recursos.

1. ¿QUÉ ES EL ARBITRAJE?

El arbitraje es una forma alternativa de resolver las diferencias que puedan existir entre dos o más personas naturales o jurídicas con respecto a derechos disponibles¹. Si bien es un mecanismo de carácter privado, sus decisiones tienen el mismo efecto de la cosa juzgada, por lo que puede ejecutarse; aunque no interviene un juez en el trámite del procedimiento ni en la decisión final, puede solicitarse la ayuda judicial para realizar determinadas actividades². Es un mecanismo que está previsto en la Constitución de la República³, lo que abre las puertas a los interesados para no acudir a la jurisdicción ordinaria (judicial) y solucionar el conflicto mediante el procedimiento arbitral, por estimar que es mucho más flexible que el procedimiento ordinario.

Los interesados pueden, consensualmente, en la cláusula compromisoria, designar al tribunal arbitral, que deben ser terceros independientes a los fines de resolver las diferencias sometidas a su consideración, mediante un laudo. Igualmente, los interesados pueden convenir, por consenso, designar de manera posterior al tribunal arbitral, o dejar su escogencia parcial o total en manos de terceros, a fin de que sustancien el procedimiento y mediante un pronunciamiento solucionen el conflicto.

¹ Se consideran indisponibles aquellos asuntos que no pueden ser objeto de transacción.

² De conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley de Arbitraje Comercial, a los fines de provocar la confesión del contrario por el mecanismo de las posiciones juradas, se puede requerir la ayuda judicial, a los fines de la instrucción de esa prueba. Igualmente, las impugnaciones del laudo son conocidas y decididas por el poder judicial.

³ En efecto, en los artículos 253 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, hacen referencia a la institución del arbitraje. En ese sentido, el segundo aparte del artículo 253, dispone: “El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio”. Por su parte, el mencionado artículo 258, es del tenor siguiente: “Artículo 258. La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”. En ambas normas se indica que el arbitraje forma parte del sistema de justicia.

Es una prerrogativa que los interesados puedan establecer las regulaciones y condiciones que van a regir para tramitar el procedimiento y dictar el laudo, lo que equivale a establecer las formas que estimen más beneficiosas a sus intereses, porque el arbitraje está soportado en la autonomía de la voluntad de los contratantes, por lo cual están en capacidad de pactar las reglas que consideren convenientes para hacer más expedito el procedimiento, por lo que pueden escoger parte de la normativa vigente o crear disposiciones que se ajusten a sus necesidades⁴, las que no deben ser violatorias del orden público o las buenas costumbres; esta libertad que tienen los interesados, podría conllevar a imponer límites al tribunal arbitral, para proferir el laudo que ponga fin a sus diferencias. En el supuesto de que los interesados nada resolvieren sobre la normativa aplicable, el tribunal arbitral procederá a establecer las normas que se van a aplicar para llevar adelante el procedimiento; sin embargo, es conveniente acotar que los centros de arbitraje tienen sus propios reglamentos en los que se sistematiza la manera de tramitar el procedimiento arbitral, el que vincula a los árbitros y a las partes, si estas no han establecido una regulación que se amolde a sus necesidades. En todo caso, bien sea que la normativa la establezcan los interesados o los árbitros o se apliquen las regulaciones establecidas en los reglamentos de los centros de arbitraje, no puede quebrantarse el principio de igualdad, a fin de no establecer privilegios, preferencias o desigualdades para alguno de los que posteriormente sea parte del procedimiento arbitral, ya que ello puede conducir a la nulidad del laudo que se dicte.

Los interesados tienen la posibilidad de escoger el Derecho aplicable, y a falta de escogencia se aplicará el Derecho venezolano, salvo que exista alguna remisión legal al Derecho extranjero. Puede dictarse el laudo con fundamento a la equidad, si así lo dispusieran los interesados.

Existen distintos tipos de arbitraje, los que podemos clasificarlos por la forma y por la decisión. Por la forma encontramos el arbitraje institucional y el arbitraje independiente. Por el contenido de la decisión, tenemos los arbitrajes de derecho o de equidad.

⁴ Ello también es aplicable al arbitraje independiente. Ver el Parágrafo Segundo del artículo 618 del Código de Procedimiento Civil.

2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

La cláusula compromisoria es un convenio que realizan dos o más interesados que han celebrado un contrato, para que las diferencias o divergencias que puedan surgir en la interpretación o ejecución de las obligaciones pactadas, sean dirimidas por un tribunal arbitral, como se expresó precedentemente. La Ley de Arbitraje Comercial (en adelante la LAC), en el artículo 5, conceptualiza al “acuerdo de arbitraje” como el *“acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual”*; y aclara, la citada norma, que ese acuerdo de arbitraje puede consistir, bien “en una cláusula incluida en un contrato”, es decir, una cláusula compromisoria o arbitral; o bien “en un acuerdo independiente”, por lo que los interesados pueden otorgar el convenio separadamente. De ello, se concluye que la cláusula compromisoria, es un pacto o convenio distinto de la relación jurídica que las vincula, pero absolutamente conectada con ella.

¿Qué implica otorgar o suscribir una cláusula compromisoria o un acuerdo de arbitraje? La propia LAC nos da la respuesta, y en el citado artículo 5, expresa que *“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”*. En consecuencia, al suscribir el compromiso, los contratantes deben utilizar este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Es por ello, que se exige una manifestación clara e incuestionable de la voluntad de los contratantes, motivo por el cual en el artículo 6 de la LAC se excluye la posibilidad de incluir dicho acuerdo de arbitraje en los contratos de adhesión, y exige -en este caso- que la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse *“en forma expresa e independiente”*, por lo que debe existir un acto volitivo y no impositivo.

La cláusula compromisoria no está sujeta al cumplimiento de formalidades de especie alguna, simplemente debe constar por escrito,

el cual sería el único requisito formal que se exigiría⁵. Usualmente la cláusula compromisoria está incluida en el contrato que los interesados celebran, y aspiran que, de presentarse alguna divergencia en su exégesis o cumplimiento, esta sea solventada por el tribunal arbitral; sin embargo, esa cláusula es un contrato distinto al que la contiene. Por ello, la cláusula compromisoria puede estipularse después de celebrarse el contrato que eventualmente deba ser objeto de interpretación, de manera independiente o autónoma. De ello se deriva que la cláusula compromisoria, de manera general, es preventiva en el sentido de que si presentare alguna disconformidad se activaría el mecanismo del arbitraje para resolverla; obviamente que para el momento de pactarla, no existe divergencia alguna, ni tampoco está en ciernes algún conflicto, ya que de haberlo -por la teoría de la normalidad- no se otorgaría el contrato, porque nadie desea desmejorarse, pero -evidentemente- la cláusula compromisoria no evitará el problema que pueda surgir entre los contratantes, pero ya se ha determinado la manera como debe resolverse, de presentarse o concretarse el desacuerdo.

Es necesario insistir que este compromiso no puede abarcar aquellos casos en que deban dirimirse derechos no disponibles⁶, solamente es posible utilizar el arbitraje para resolver las divergencias que se presentan con respecto a los derechos que los interesados puedan disponer.

El otorgamiento de la cláusula compromisoria por los interesados, es decir, las partes en el contrato sustancial, que contiene las obligaciones y derechos asumidos, como se señaló precedentemente, comporta una renuncia a que cualquier controversia que pueda surgir derivada de ese contrato, sea conocida por la jurisdicción judicial, por lo que debe resolverse por el mecanismo del arbitraje de acuerdo a lo que hayan decidido los interesados. Por ello, si alguno de los contratantes decide proponer la demanda por ante la jurisdicción ordinaria, el contrario puede, con fundamento a la cláusula compromisoria, promover la cuestión previa por incompetencia del tribunal, debido a lo pactado en dicha cláusula⁷, a fin de que la causa se remita al centro de arbitraje seleccionado

⁵ Ver artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial.

⁶ Esto se refiere a que lo que se pretende sea decidido por medio del arbitraje, afecte el orden público, las buenas costumbres o alguna disposición legal.

⁷ Ver artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

por las partes, o se resuelva mediante un arbitraje independiente, en el caso de no haber seleccionado algún centro de arbitraje.

No obstante lo expuesto, si en las regulaciones del centro de arbitraje seleccionado no existieran previsiones para adelantar cautelas, una de las partes del contrato sustancial, puede gestionar las medidas preventivas que estime necesarias y urgentes por ante la jurisdicción ordinaria, sobre lo cual se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 1067, proferida en 3 de noviembre de 2010, en el recurso de revisión interpuesto por Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.⁸, en la que determinó la posibilidad de que se decre-

⁸ En la aludida sentencia 1067, del 3 de noviembre de 2010, la Sala expresó lo siguiente: “Así, en el presente caso, la Sala considera necesario que los trámites o el proceso principal -arbitral- al cual se adheriría la medida decretada, sea iniciado dentro de un número de días determinado, siendo que, de no verificarse tal circunstancia, la medida cautelar decaería automáticamente. En consecuencia, al tratarse el poder cautelar general reconocido en este fallo de verdaderas medidas cautelares, y vista la inexistencia de una norma legal aplicable que señale el término para demandar (ante el Tribunal arbitral), así como los efectos de no hacerlo, esta Sala establece lo siguiente: (i) Podrán solicitarse medidas cautelares antes de constituirse el panel arbitral, ante los Tribunales ordinarios que resulten competentes en base al objeto de la medida que se pretende, sin que tal actuación pueda considerarse incompatible con el acuerdo de arbitraje o como una renuncia a ese acuerdo. En este supuesto, el peticionante de la providencia cautelar debe acompañar el contrato contentivo de la cláusula o el pacto arbitral, y expresar su única pretensión cautelar; así como indicarle que ya ha iniciado o iniciará los actos tendentes a la constitución del tribunal arbitral. (ii) El tribunal competente se determinará por las normas atributivas de competencia aplicables, tomando en consideración que en aquellos casos en los cuales cursen ante órganos del Poder Judicial, acciones relativas a la controversia sometida a arbitraje, el tribunal que conozca de los mismos será el competente para la resolución de las medidas cautelares que le sean solicitadas por alguna de las partes conforme al presente fallo, independientemente de la interposición y trámite de los recursos o consultas establecidas en el ordenamiento jurídico adjetivo aplicable, incluso en los supuestos relativos a la falta o regulación de jurisdicción regulados en los artículos 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. (iii) Corresponde a la parte solicitante acreditar los fundamentos para la procedencia de la medida cautelar solicitada; esto es, la satisfacción del peligro en la mora, o la apariencia de buen derecho. (iv) El tribunal sólo podrá decretar medidas cautelares, previa verificación de la no existencia en las normas o reglamentos del respectivo centro de arbitraje al cual se encuentra sometida la controversia, que prevea el nombramiento de árbitros de emergencia para el otorgamiento de medidas cautelares en los términos expuestos infra, salvo que las partes por acuerdo en contrario excluyan la posibilidad de someterse a árbitros ad hoc para el otorgamiento de tales medidas -vgr. Artículo 1, 1.1 del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el artículo 35.2 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje-, así como el cumplimiento de los extremos para la procedencia de las medidas cautelares, lo cual realizará

tara por los tribunales ordinarios medidas cautelares anticipadas, antes de constituirse el tribunal de arbitraje, previa presentación de la cláusula compromisoria, sin que tal actuación pueda considerarse incompatible con el acuerdo de arbitraje o como una renuncia a ese acuerdo, previa verificación de la no existencia en las normas o reglamentos del respectivo centro de arbitraje al cual las partes acordaron que se sometiera la controversia, de alguna previsión acerca del nombramiento de árbitros de emergencia para el otorgamiento de medidas cautelares. Es conveniente acotar, que una vez decretada la medida debe procederse a activar el arbitraje, a menos que el solicitante ya se encuentre en ello, porque de no hacerlo en un lapso de treinta días continuos al decreto de la medida, el tribunal que la estableció debe revocar la cautela, de oficio. Es importante señalar que en otras legislaciones se contempla esa posibilidad, como lo establece la Ley de Enjuiciamiento Civil española⁹.

en forma motivada. (v) Decretada las medidas cautelares, corresponde al solicitante, en un plazo no mayor de treinta (30) días continuos, acreditar que llevó a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral. Requisito que no será necesario, si ello se ha hecho constar en el mismo escrito de solicitud cautelar. (vi) Vencido el lapso al cual hace referencia el anterior punto (v), sin que el solicitante haya cumplido con la carga impuesta, el tribunal de oficio revocará la medida cautelar decretada, y condenará en costas al solicitante. (vii) El solicitante de la medida cautelar que sea revocada conforme al anterior supuesto (vi), es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas. (viii) Hasta que se constituya el tribunal arbitral, la incidencia generada por la petición cautelar seguirá su curso de ley; siendo admisibles todos los recursos que asistan a las partes. Una vez constituido el Tribunal Arbitral, deberán remitírsele inmediatamente las actuaciones para que provea sobre la incidencia cautelar, pudiendo revocarla, ampliarla o modificarla. (ix) Cualquiera que sea el caso, la medida cautelar acordada decaerá automáticamente, si luego de transcurridos noventa (90) días continuos desde su efectiva ejecución, el panel arbitral no se ha constituido. Sobre la base de las consideraciones expuestas, a los fines de ser coherentes con el contenido del presente fallo, esta Sala en orden a tutelar los derechos e intereses de la partes en la controversia que dio origen a la sentencia objeto de revisión, ordena remitir copia de la presente sentencia al Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas del contenido de la presente decisión, en orden a que conozca de una eventual solicitud de medida cautelar y se garantice el derecho a una tutela judicial efectiva en los precisos términos del presente fallo. Así se decide”. Tomada de la página web <https://vlexvenezuela.com/vid/astivenca-astilleros-venezuela-c-283251775>, en fecha 13 de junio de 2020.

⁹ En efecto, el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, es del tenor siguiente: “Artículo 730. Momentos para solicitarlas medidas cautelares. 1. Las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal. 2. Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad. En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán

Es decir, la cláusula compromisoria obliga a los contratantes a dirimir sus conflictos futuros mediante un arbitraje; pero, si se presentare el conflicto, sin que las partes hayan incluido en su contrato la cláusula compromisoria o no la hayan otorgado separadamente o el asunto objeto de la divergencia no fuera contractual, pero los interesados decidieren que la discrepancia sea resuelta mediante un arbitraje, y suscribieran el respectivo convenio, no estaríamos en presencia de una cláusula compromisoria sino de una “*convención de compromiso*”¹⁰, aunque la finalidad sea la misma.

La cláusula compromisoria puede contener alguna estipulación, en el sentido de que previo al inicio del procedimiento de arbitraje, deban los interesados someterse a una conciliación, y en caso de que con ella no pueda lograrse ese cometido, es cuando comenzará el procedimiento de arbitraje. Así mismo, puede establecerse en ella una limitación en cuanto a los asuntos que deban resolverse mediante el arbitraje, referidos al contrato que los vincula, o pueden decidir que todas las divergencias que se presenten con respecto al contrato del que son partes, sean zanjadas por dicho mecanismo.

Como se indicó precedentemente las partes en la cláusula compromisoria pueden designar al árbitro o a los árbitros que deban conocer de la posible controversia, o establecer las modalidades para su selección,

sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas. 3. El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral. 4. Con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos. Esta solicitud se sustentará conforme a lo prevenido en el presente capítulo”. Tomada de la página web http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.13t6.html#a730, en fecha 13 de junio de 2020.

¹⁰ Expresión que se usa en el procedimiento civil, por la cual dos o más personas deciden someter a arbitraje un litigio concerniente a derechos de los que tienen ellas libre disposición. Tomado de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/compromiso/compromiso.htm>. Consulta realizada el día 13 de junio de 2020.

lo que es importante ya que usualmente se escogerán por su solvencia moral e intelectual en el aspecto que va a ser sometido a su consideración; así mismo, pueden escoger el lugar en el cual se llevara a cabo el arbitraje así como el centro de arbitraje que prefieran, en el caso de que sea un arbitraje institucional.

3. EL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE

La LAC, en el artículo 2, establece la existencia de dos tipos de arbitraje, a saber: el institucional y el independiente, y señala que el primero es el que se realiza a través de los centros de arbitraje; mientras que el independiente es el regulado por las partes, sin intervención de los centros de arbitraje.

Aunque fundamentalmente la clasificación de los tipos de arbitraje es la indicada en la LAC, a lo que se ha hecho referencia, podemos también clasificarlos por el tipo de decisión, en el sentido si es de derecho o si es de equidad.

Revisemos brevemente cada uno de las diversas clases de arbitraje.

3a. *El Arbitraje institucional*: es aquel en que los interesados seleccionan a un centro o institución de arbitraje, la que está regida por un reglamento, dictado por el mismo ente, y tiene como función administrar y gestionar el procedimiento arbitral, aplicando la normativa contenida en su reglamento y las que hayan determinado las partes.

3b. *El Arbitraje independiente*: es aquel en que los interesados acuerdan, de manera previa a un conflicto o en el decurso de un juicio, comprometer sus diferencias, para ser decididas por uno o más árbitros, siempre en número impar, pudiendo resolver la controversia de acuerdo a las disposiciones legales, si son árbitros de Derecho o como les parezca más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad, si son arbitradores. La administración y gestión del procedimiento corresponde a los árbitros, y usualmente el expediente se mantiene en la sede del tribunal de primera instancia.

3c. *El Arbitraje de derecho*: En este tipo de arbitraje, los árbitros decidirán el conflicto con sujeción a un ordenamiento jurídico, el cual está determinado por las partes en el contrato. En su defecto, serán los árbitros quienes lo decidirán en función del contrato, o según los usos y costumbres que en su caso sean aplicables.

3d. *El Arbitraje de equidad*: En esta clase de arbitraje, los árbitros, al igual que los arbitradores, resolverán la controversia conforme a su leal saber y entender, lo que está vinculado a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos sometidos a su consideración.

El procedimiento

El arbitraje, como cualquier procedimiento en Venezuela, se inicia mediante una solicitud escrita, en la que debe especificarse de manera prolija, no solo los antecedentes del asunto que deba someterse a la decisión del tribunal arbitral, en lo que se explique la existencia de la cláusula compromisoria, con la comprobación del documento en que conste, y en consecuencia de que no exista duda de que el asunto debe someterse a arbitraje; es necesario que contenga una identificación completa de ambas partes, lo que incluye el nombre y apellido, así como la cédula de identidad de las personas naturales; la razón social si se tratare de personas jurídicas, con sus datos de registro, la dirección postal, la dirección de correo electrónico y se acostumbra a proporcionar los números de teléfono en que puedan ubicarse; la relación de los hechos, en la que se especificará el objeto sometido al arbitrio del tribunal y los fundamentos de derecho, con el respaldo de la documentación pertinente, la que también debe aportarse; debe especificarse de manera clara lo que se pide y estimarse el valor de la demanda, salvo que del propio petitorio se desprenda de manera diáfana su valor. En fin, debe sustanciarse la solicitud¹¹.

¹¹ De acuerdo al diccionario Panhispánico, la teoría de la sustanciación se fundamenta en “que lo que configura el objeto procesal son los hechos que sirven de fundamento a la pretensión, de suerte que no sería posible un ulterior litigio sobre la base de los mismos hechos”; mientras que teoría de la individualización está referida a “que lo que configura el objeto procesal

Si está referido el asunto a un arbitraje institucional, el solicitante debe adecuarse a lo que dispongan el respectivo reglamento, en cuanto a la forma de la solicitud y el número de ejemplares que deben aportarse, pero indiscutiblemente siempre habrá que consignar un ejemplar que debe anexarse al expediente que conservará el centro de arbitraje en su archivo, a fin de que las partes y árbitros puedan consultarlo.

Si se exigiera algún pago para el inicio del trámite, de acuerdo a las disposiciones reglamentarias, el solicitante debe enterarlo en el centro de arbitraje respectivo, en la forma y condiciones que establezca el reglamento.

Una vez recibida la solicitud de arbitraje, el centro de pronunciarse sobre su aceptación o rechazo, al verificar si cumple o no con los requerimientos de fondo y forma establecidos en las respectivas regulaciones.

Como quiera que los centros de arbitraje cobren por el servicio de administrar el arbitraje, en los reglamentos se establecen las oportunidades en las que las partes deben proceder a enterar las cantidades que correspondan por dicho servicio, así como los honorarios que corresponden a los integrantes del tribunal arbitral.

Admitida la solicitud de arbitraje, debe notificarse a la parte demandada, remitiendo copia de ella y de los recaudos que la sustentan, de acuerdo a lo convenido por las partes en la cláusula compromisoria, y en su defecto por lo previsto en el respectivo reglamento, en la que se señalará el plazo para que el demandado conteste la demanda, el que debe ser suficiente para garantizarle el derecho a la defensa.

Si bien, en Venezuela, no existe normativa que revele cómo el demandado debe contestar la demanda, a diferencia de la elaboración del libelo, como se indicó precedentemente, la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, había sentado criterio en el sentido de que, para garantizar el derecho de defensa al demandante, la contes-

es el conjunto de hechos jurídicos al que la norma material asocia el surtimiento de los efectos jurídicos previstos en dicha norma e instados en la petición". Tomado de la página web <https://dpej.rae.es/lema/teor%c3%ada-de-la-sustanciaci%c3%b3n>. Consulta efectuada el 15 de junio de 2020. En Venezuela siempre se ha aplicado la teoría de la sustanciación por lo que se debe ser muy prolijo en la especificación de los hechos. El artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, indica de manera pormenorizada como se debe realizar un libelo de la demanda, norma residual que se aplica para la elaboración de cualquier petición.

tación también debía sustanciarse, lo que significa explicar prolijamente en que se sustentan los alegatos del demandado. Necesariamente, la contestación debe presentarse mediante escrito, en el que debe procederse a la plena identificación del demandado, tal y como hemos indicado anteriormente para el demandante, tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas, agregando su dirección postal y su dirección de correo, también se acostumbra a proporcionar los números telefónicos. Si considera que el centro de arbitraje seleccionado por el demandante no es el escogido por las partes, puede alegarlo, o que se trata de un arbitraje independiente, o la incompetencia del tribunal de arbitraje para dirimir la controversia. Obviamente, que el demandado tiene el derecho a argüir lo que estime conveniente sobre los argumentos y señalamientos formulados por el demandante y aportar los documentos que respalden sus dichos e inclusive puede reconvenir al demandante, cumpliendo con las exigencias de forma que establezca el respectivo reglamento.

Si el demandado objetare la competencia del tribunal de arbitraje para resolver el conflicto, este tiene la facultad de decidir acerca de su propia competencia, lo que puede realizar mediante un laudo parcial o como un punto previo en el laudo definitivo.

Si en la cláusula compromisoria no se hubieren designado los árbitros, se procederá su nombramiento de acuerdo a lo que las partes hayan convenido en aquella, caso contrario, se aplicarán las disposiciones reglamentarias del centro seleccionado.

Una vez designados los árbitros, se procede a su notificación, lo que debe llevarse a cabo en un breve lapso, a fin de que manifiesten su aceptación o no el cargo, y en el primero de los casos suscribir la declaración de independencia e imparcialidad.

Notificados los árbitros y de haber manifestado su conformidad con la designación, y notificadas las partes de dicha circunstancia, se procederá a realizar la audiencia de constitución del tribunal arbitral, se elaborará el acta de constitución del tribunal, la que se agregará al expediente, suscrita por los árbitros y por las partes. Después de constituido el tribunal este prepara, de acuerdo al reglamento del respectivo centro, el acta de misión o el acta de términos de referencia, en la que se

expresará la identificación plena de los árbitros y de las partes y de sus representantes o apoderados, sus direcciones postales y de correo electrónico y los números de teléfonos de cada uno de ellos, a los fines de las notificaciones que deban realizarse; se indicará de manera precisa la naturaleza de la controversia y las pretensiones de las partes, así como la materia litigiosa a resolver. Indicación de las reglas aplicables durante el procedimiento, incluyendo el lapso probatorio. Se dejará constancia, de ser el caso, de si la instrucción de la causa ha sido encomendada a uno de los árbitros, parcial o totalmente, si no lo prohibiere el acuerdo. Se dejará constancia de la sede del arbitraje y del idioma, así como las normas jurídicas aplicables al fondo del litigio y el carácter con el que deben proceder los árbitros.

El acta debe ser suscrita por las partes, con lo cual queda fijada la litis, y las partes no tendrán oportunidad de formular nuevas peticiones sobre el mismo asunto, salvo autorización del tribunal arbitral.

Una vez cumplido con lo anterior, se procede a la instrucción de la causa, lo que debe hacer el tribunal o el árbitro designado para ello. El tribunal arbitral tiene la potestad de solicitar el auxilio de un tribunal de primera instancia para la evacuación de alguna prueba, de conformidad con la LAC. Cumplidas las etapas fijadas, y oídas las posiciones de las partes, el tribunal arbitral procederá al cierre de la instrucción y después de ello debe producir el laudo.

4. EL LAUDO

El laudo es la culminación del procedimiento de arbitraje, que contiene la resolución proferida por el tribunal arbitral designado para dirimir el conflicto planteado. Su eficacia es igual a la de una resolución jurisdiccional, por lo que, a semejanza de una sentencia de mérito, en el laudo, tal como afirma Rengel al conceptualizar la sentencia¹², se va a crear una norma jurídica individual y concreta para regular la conducta de las partes en conflicto, mediante la cual se acoge o rechaza la pretensión que se hace valer en la demanda.

¹² Aristides Rengel Romberg. Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Editorial Arte. Caracas. 1992. Tomo II. Págs. 286-287.

En los arbitrajes institucionales el laudo es solamente conocido por las partes, ya que usualmente de acuerdo con los reglamentos de los centros de arbitraje, los expedientes son reservados para las partes.

Es frecuente encontrar en los reglamentos de los centros de arbitraje que el laudo debe revestir la forma escrita, lo que es consecuencia de la disposición de que el laudo debe ser motivado, para que se pueda conocer los razonamientos tanto de hecho como de derecho en que se fundamentó el tribunal para arribar a la decisión. Aunque, usualmente, la indicación en los reglamentos de los centros de arbitraje es precaria, acerca de los requisitos de forma que deben cumplirse, salvo que debe estar firmado por los árbitros, tener una sucinta motivación, una síntesis breve de los motivos de hecho y de derecho que determinaron la decisión¹³; sin embargo, podemos enumerar algunos requisitos, de forma y contenido, que consideramos debe contener el laudo, los que de seguidas mencionaremos.

4.a. Forma y contenido del laudo

Como requisitos de forma y contenido del laudo, podemos enumerar los siguientes:

- 1) Debe constar por escrito.
- 2) La mención del centro que administra el arbitraje o la indicación de que se trata de un arbitraje independiente, adscrito al tribunal que se debe identificar.

¹³ Ver artículo 38 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). El del Reglamento del centro de arbitraje de la Cámara de Caracas es más amplio y dispone lo siguiente: “ARTÍCULO 72. Forma y Contenido del Laudo. El Laudo definitivo se dictará por escrito y en el mismo deberá constar la firma de los árbitros en los términos del artículo anterior y deberá contener las siguientes menciones: 1. Nombre, denominación social y domicilio de las partes. 2. Nombre de los árbitros. 3. Indicación del lugar del arbitraje. 4. La indicación de si se trata de arbitraje de derecho o de equidad, y si se trata de arbitraje de derecho, la indicación del derecho aplicable. 5. Motivación de la decisión contenida en el Laudo, que deberá comprender cada uno de los asuntos planteados, a menos que las partes hayan convenido en que no se exprese la motivación del Laudo. 6. Pronunciamiento sobre cuál de las partes deberán correr con los gastos y costas o la proporción en que éstos deberán ser repartidos entre ellas. 7. Lugar y fecha del Laudo. 8. Cualquier otra previsión que el Tribunal Arbitral considere pertinente”.

- 3) La identificación del tribunal arbitral, es decir quienes lo integran, con sus respectivas direcciones físicas y correos electrónicos, e inclusive los números telefónicos en que se puedan ubicar a los integrantes del tribunal.
- 4) La identificación de las partes, con sus números de cédula si se trata de personas naturales, y los datos de registro si se tratare de personas jurídicas. Así mismo, la identificación de quien o quienes la representan, con sus respectivas direcciones de notificación, tanto postales como electrónicas.
- 5) La indicación de que se trata del laudo final¹⁴.
- 6) El lugar o sede del arbitraje.
- 7) El Reglamento aplicable para la sustanciación del arbitraje, o la indicación de las reglas o regulaciones establecidas por las partes.
- 8) Indicación precisa del acuerdo de arbitraje.
- 9) Indicación de la naturaleza del arbitraje, el derecho aplicable y el idioma del procedimiento.
- 10) Los contratos de donde emerge la controversia o conflicto entre las partes.
- 11) Una síntesis clara y precisa de los términos en que quedo planteada la controversia, lo que está referido al acta de misión o el acta contentiva de los términos de referencia. Es decir, lo que aspira cada una de las partes sea decidido por el tribunal de arbitraje, y aquellos puntos en los que están de acuerdo, por lo que no son objeto de controversia.
- 12) Los motivos de hecho y de derecho de la decisión. El laudo, como toda sentencia de mérito, debe ser integral, pero debe estar limitado a lo que las partes hayan planteado en las oportunidades fijadas para ello, y debe considerar los elementos de la pretensión, como lo son los sujetos intervinientes, el objeto y el título, así como las pruebas en que se fundamenta para el establecimiento de los hechos
- 13) Decisión precisa de lo que está sometido a la resolución del tribunal de arbitraje.

¹⁴ Si el laudo fuera parcial, consideramos que debe hacerse la mención respectiva.

- 14) La determinación de la cosa sobre la que recaiga la decisión.
- 15) Expreso pronunciamiento sobre las costas del arbitraje.
- 16) La fecha del laudo.

Igualmente, dentro de las formas que debe cumplir el laudo, tenemos que debe estar firmado por el árbitro o árbitros que conforman el tribunal de arbitraje que lo hayan dictado; en caso de disidencia, parcial o total, de alguno de los árbitros sobre lo decidido, el divergente puede consignar su voto salvado, haciendo constar las razones o motivos de la discrepancia en relación con lo decidido. En caso de que alguno de los árbitros se niegue a suscribir el laudo, este tendrá eficacia si está firmado por la mayoría de los árbitros que conforman el tribunal de arbitraje.

Es de observar que algunos reglamentos de los centros de arbitraje, exigen antes de que el laudo sea depositado, su presentación previa a las partes y representantes del centro, a fin de que puedan hacerse observaciones sobre puntos de forma, e inclusive relacionados con el fondo de lo controvertido. Hay otra modalidad, que es la existencia de un comité que revisa el laudo antes de su publicación a fin de corregir errores de forma u omisiones que se detecten en el laudo presentado por el tribunal de arbitraje. En otros casos, no existe esa revisión y las partes y el centro de arbitraje se enteran del contenido del laudo en la oportunidad de su publicación.

4.b. Clases de laudos

Fundamentalmente se encuentran dos tipos de laudos, que están referidos a los puntos que debe resolver el tribunal de arbitraje. En ese sentido tenemos los siguientes:

Laudo incidental o parcial: es aquel mediante el cual el tribunal arbitral resuelve aspectos sometidos a su consideración, pero que no le ponen fin al procedimiento, y según afirman Osterling y Rebaza¹⁵, si

¹⁵ Felipe Osterling. Alfonso Rebaza. Alcance sobre la expedición de laudos parciales y sus efectos. Tomado de la página web <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Alcances%20sobre%20la%20expedicion%20de%20laudos.pdf> Consultado el día 16 de junio de 2020.

bien “*no pondrá fin al litigio, pero podrá resolver aspectos esenciales para una mejor claridad en la resolución de la controversia integral mediante el laudo final*”.

Laudo final o definitivo: es aquel mediante el cual se deciden todos los aspectos sometidos por las partes a la resolución del tribunal arbitral, con lo cual se le pone fin al procedimiento.

Es conveniente acotar que un sector de la doctrina se refiere a los laudos que resuelven sobre la competencia del tribunal de arbitraje como un tipo diferente de laudo, con lo que no estamos de acuerdo, ya que si el tribunal decide pronunciarse incidentalmente sobre su competencia, estaríamos encuadrados dentro de la primera categoría señalada, es decir el laudo incidental o parcial; ahora bien, si el tribunal de arbitraje se pronuncia sobre la competencia en el laudo final o definitivo, se encuadraría en esta categoría, aunque el tribunal de arbitraje se declare incompetente y la resolución del fondo de la controversia debe ser resuelta por otro órgano.

4.c. Recursos

Contra el laudo que se dicte en el procedimiento de arbitraje, existe la posibilidad de proponer un recurso de nulidad, de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Arbitraje Comercial, la cual consagra que es el único recurso que procede contra el laudo¹⁶. Lo que se debe precisar, es que este recurso no significa una revisión por una instancia superior de lo decidido por el laudo, simplemente se refiere a la constatación del cumplimiento de las exigencias legales para su eficacia.

Sin entrar a considerar la viabilidad de las causas taxativas indicadas en la Ley de Arbitraje Comercial, tenemos que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la citada ley, la nulidad del laudo se podrá declarar ante alguna o algunas de las circunstancias siguientes:

- 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.

¹⁶ Ver artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial.

- b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido notificada debidamente 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 LAC.
- 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.

De interponerse la nulidad del laudo por algunas de las causas indicadas, la decisión que adopte el tribunal superior¹⁷, y en contra de esa decisión cabe interponer el recurso que corresponda, pero solamente se circunscribiría a revisar el pronunciamiento del juzgado superior sobre la nulidad del laudo, pero no sobre lo decidido por el tribunal arbitral en el laudo.

CONCLUSIONES

Como conclusión de lo expuesto tenemos:

- 1) El arbitraje es un mecanismo para que los particulares puedan dirimir sus diferencias mediante la decisión proferida por un tribunal de arbitraje.
- 2) Dicho mecanismo tiene una base constitucional.

¹⁷ El tribunal superior, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de Arbitraje Comercial, es el competente para conocer del recurso de nulidad.

- 3) El arbitraje puede ser independiente o institucional, dependiendo quien administre el procedimiento.
- 4) Para poder recurrir a dicho mecanismo, es necesario que los interesados lo acuerden mediante un contrato o cláusula compromisoria.
- 5) Pueden someterse a arbitraje asuntos contractuales o extracontractuales, siempre y cuando se trate de derechos disponibles para los interesados.
- 6) El laudo definitivo es equivalente a una sentencia dictada por un tribunal de la jurisdicción ordinaria.
- 7) El tribunal de arbitraje a los fines de evacuar pruebas y para la ejecución de las medidas cautelares pueden pedir asistencia al tribunal de primera instancia competente.
- 8) El único recurso que puede proponerse en contra del laudo es el recurso de nulidad, por las causas previstas en la Ley de Arbitraje Comercial.

BIBLIOGRAFÍA

- Código de Procedimiento Civil. Editorial La Torre. Caracas. 1986.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Tomada de la página web http://www.defiendete.org/docs/de_interes/Leyes?CONSTITUCION%20//
- Diccionario Panhispánico. Tomado de la página web <https://dpej.rae.es/lema/teor%c3%ada-de-la-sustanciaci%c3%b3n//>
- Ley de Arbitraje Comercial. Contenida en la publicación del reglamento del CEDCA.
- Rengel Romberg, Arístides Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Editorial Arte. Caracas. 1992. Tomo II.
- Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Tomado de la página web <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2017/01/Reglamento-del-CEDCA-2013.pdf>
- Reglamento del centro de arbitraje de la Cámara de Caracas. Tomado de la página web <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2019/10/RG-CACC-Modificaci%C3%B3n-Anexo-I-Aprobado-JD-9-11-2016.pdf>
- Osterling, Felipe. Rebaza, Alfonso Alcance sobre la expedición de laudos parciales y sus efectos. Tomado de la página web <http://www.osterlin->

gfirm.com/Documentos/articulos/Alcances%20sobre%20la%20expedicion%20de%20laudos.pdf//

Páginas webs

<https://vlexvenezuela.com/vid/astivenca-astilleros-venezuela-c-283251775>,
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.13t6.html#a730,
<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/compromiso/compromiso.htm>.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje.
Cláusula.
Compromisoria.
Laudo.

KEY WORDS

Arbitration.
Clause.
Commitment.
Award.

LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

JOSÉ GREGORIO TORREALBA R.*

SUMARIO

Introducción. I. Los mecanismos de impugnación del laudo arbitral en el derecho comparado. a. El recurso de nulidad. i. ¿Cómo llegó el recurso de nulidad al arbitraje y por qué? ii. Los límites del recurso de nulidad. 1. ¿Por qué no revisar el fondo de la controversia en el recurso de nulidad? 2. ¿Por qué sólo el recurso de nulidad? iii. Los intentos de abolir el recurso de nulidad. b. El Amparo o Tutela Constitucional. i. Colombia. ii. El Salvador. c. Apelación judicial. i. Argentina. ii. Canadá. iii. Chile. iv. Inglaterra. v. Francia. vi. Países Bajos. vii. Portugal. viii. El Salvador. d. Apelación arbitral. i. Bélgica. ii. Países Bajos. iii. Portugal. e. Revisión o Revocatoria. i. Colombia. ii. Costa Rica. iii. España. iv. Italia. v. Países Bajos. vi. Suiza. f. Oposición de Terceros. II. La impugnación del laudo arbitral en Venezuela. a. La acción de Amparo Constitucional. b. El Recurso de Nulidad. i. El Recurso de Nulidad en la Ley Modelo de la CNUDMI. 1. La suspensión del laudo. 2. Lapso para el ejercicio del recurso. 3. Causales de nulidad del laudo. a. Causales que deben ser probadas por el recurrente. b. Causales que puede invocar el tribunal ex officio. 4. El procedimiento aplicable y el tribunal competente. i. El Recurso de Nulidad en la Ley de Arbitraje Comercial. 1. Exclusividad, tribunal competente, lapso para su interposición y efecto no suspensivo del recurso de nulidad. 2. La suspensión del laudo. a. El “issue” de la caución. 3. Inadmisibilidad e improcedencia del recurso de nulidad. 4. Sustanciación del recurso de nulidad. 5. Causales de nulidad del laudo. iii. El Avocamiento en el arbitraje. • Conclusiones.

* Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje para el período 2019-2021. Profesor de la Especializaciones en Derecho Administrativo y Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello (2005-2018). *LL.M.* (2004), *King's College London, University of London*; *Chevening Alumni* (2003); Especialista en Derecho Administrativo (2002), Universidad Católica Andrés Bello; Abogado (1997), Universidad Santa María.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende reflejar la conferencia dictada en el marco del seminario virtual organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 18 de junio de 2020 sobre “*El alcance de la jurisdicción arbitral*”. Obviamente, el tiempo ha permitido profundizar más en la investigación, por lo que me he permitido hacer algunos comentarios adicionales y expandir algunos temas que fueron señalados en dicho evento. El aporte que pretendemos realizar mediante este trabajo es el de entender a fondo el propósito y razón del recurso de nulidad contra el laudo arbitral, así como las razones de fondo y de forma para excluir cualquier otro mecanismo de impugnación contra el laudo arbitral conforme al enfoque asumido en la Ley de Arbitraje Comercial venezolana de 1998¹, cuyo texto se basa en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional² (la Ley Modelo). Para llegar a las conclusiones que se detallan al final, hemos analizado la legislación en materia de arbitraje de 35 jurisdicciones entre las que se encuentran 13 que no han adoptado la Ley Modelo y 22 que lo han hecho³. Tomando en cuenta que la Ley Modelo asume al

¹ Venezuela. *Ley de Arbitraje Comercial*, publicada en Gaceta Oficial No. 36.430, del 7 de abril de 1998.

² Organización de las Naciones Unidas. *Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006*. Disponible en https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf, consultado en fecha 12 de julio de 2020.

³ Las jurisdicciones que **no han adoptado la Ley Modelo** pero que fueron incluidas en el análisis son: Bolivia, Brasil, China, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Francia, Inglaterra y Gales, Italia, Países Bajos, Portugal y Suiza. Las jurisdicciones analizadas y que **han adoptado la Ley Modelo**, son: Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Alemania, India, Japón, Kenya, Nigeria, Rusia, España, Turquía, Costa Rica, Perú, República

recurso o “petición” de nulidad como único recurso contra el laudo, hacer un estudio comparativo que contara solo con jurisdicciones que la han adoptado, arrojaría resultados sesgados sobre las preguntas que pretendemos abordar aquí.

El control judicial del arbitraje es un tema de vieja data. Las partes tienen una inquietud interna, psicológica, sobre la oportunidad de apelar o impugnar, de alguna forma, la decisión de los árbitros. Los recursos contra el laudo, aunque hoy en día cuentan con una uniformidad en torno a la posibilidad de demandar su anulación por parte de los tribunales ordinarios, no necesariamente se agotan ahí, pues hay países que aun cuando han adoptado la Ley Modelo para regular el arbitraje en sus países, mantienen alguna forma adicional de control judicial como lo es el caso de la revisión o revocatoria judicial (un recurso similar a la invalidación de sentencias previsto en nuestro Código de Procedimiento Civil) previsto por las legislaciones de España, Costa Rica y Guatemala o incluso un mecanismo de apelación, como es el caso de Argentina y Chile. Por el contrario, e irónicamente nos atreveríamos a decir, países que no han adoptado la Ley Modelo sí consagran al recurso de nulidad como única vía para la impugnación del laudo arbitral, tales como Brasil, China y Cuba.

En Venezuela, luego de muchos vaivenes, podemos afirmar (para el momento en que se escribe este trabajo) que la Ley de Arbitraje Comercial prevé que el recurso de nulidad es el único recurso disponible contra el laudo y que la jurisprudencia ha reconocido este hecho y ha evitado que el laudo arbitral sea atacado por vías que no tienen cabida en el sistema arbitral. Pero esta paz jurisprudencial, en una materia que en Venezuela nunca ha dejado de ser polémica, está sostenida por delgados hilos en un momento muy delicado de nuestra historia.

Dos amenazas se ciernen en contra del sistema arbitral en nuestro país debido a dos sentencias que contradicen toda la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En primer lugar, la posibilidad del retorno del Amparo

Dominicana, Guatemala, México, Paraguay, Honduras y Venezuela. Disponible en https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status, consultada el 12 de julio de 2020.

Constitucional contra laudos arbitrales, que como mencionamos, ya era materia superada, se asoma por la sentencia del 28 de noviembre de 2019 dictada por la Sala Constitucional en el caso *Desarrollos Mercayag, C.A.* que comentaremos *infra*. Y, en segundo lugar, pero mucho peor por el efecto destructivo que puede tener sobre el principio de la autonomía de la voluntad y la razón de ser del arbitraje, es la posibilidad de que la Sala Constitucional pueda avocarse sobre un arbitraje comercial. Amenaza esta última que se asoma con claridad en la sentencia No. 42 del 20 de febrero de 2020, dictada por la mencionada Sala.

Trataremos de demostrar no solo la ilegalidad de admitir un Amparo Constitucional en contra de un laudo arbitral conforme a la doctrina vinculante de la misma Sala Constitucional, sino adicionalmente, la ilegalidad y la incoherencia, que significaría el avocamiento de la Sala Constitucional *vis-à-vis* la naturaleza propia del arbitraje y del propio avocamiento.

La impugnación del laudo arbitral es un tema amplio, con muchas ramificaciones que ameritan mucha reflexión y que exceden con creces el alcance de este trabajo. No trataremos aquí temas como los mecanismos de impugnación internos (ampliación, corrección, interpretación) que puede resolver el propio tribunal arbitral. Tampoco entraremos a analizar la anulación del laudo como mecanismo de impugnación previsto en el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), ni el recurso de nulidad previsto en el artículo 626 del Código de Procedimiento Civil para el Arbitramento.

I. LOS MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EN EL DERECHO COMPARADO

a. El recurso de nulidad

i. ¿Cómo llegó el recurso de nulidad al arbitraje y por qué?

El control judicial del arbitraje está íntimamente atado a la institución desde que se convirtió en un método alternativo de justicia. Ese control judicial, en una primera etapa, estaba limitado a la etapa de ejecución del laudo arbitral, en cuyo caso, una decisión judicial que

rechazara la ejecución daba por terminado el caso, por lo menos en el país en el que se intentaba ejecutar. van den Berg⁴ apunta a dos desarrollos que resultaron en la creación del recurso de nulidad como una acción judicial independiente: (i) la parte insatisfecha no deseaba esperar a que la parte ganadora presentara una solicitud de ejecución del laudo para poder atacarlo; y (ii) Con el surgimiento del arbitraje internacional en Siglo XIX, la ejecución ya no estaba confinada al país de origen del laudo y por lo tanto, había un riesgo cierto de decisiones contradictorias en diferentes jurisdicciones. La parte perdedora – agrega el mencionado autor – tenía un interés en obtener una declaración que el laudo era nulo en el país en el que fue dictado y añadimos nosotros, que además esa decisión fuera vinculante en cualquier otra jurisdicción (para lo que se necesitaba un entramado de instrumentos legales internacionales y nacionales).

La adopción de la acción de nulidad ocurrió en un efecto espejo frente a la ya existente y generalizada defensa contra la ejecución de los laudos arbitrales. Surgió entonces –según explica van den Berg– la posibilidad del doble control del laudo en el país de origen: uno en la ejecución y otro en el procedimiento de nulidad. Esta posibilidad fue limitada por los legisladores y los tribunales reduciendo las causales para negar la ejecución del laudo a la violación del orden público y obligando a la parte perdedora a recurrir en nulidad mediante una acción autónoma.

La nota explicativa de la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Ley Modelo reconoce la disparidad que existía en ese momento (fue aprobada en 1985) en las legislaciones nacionales en materia de arbitraje⁵. Particularmente sobre los recursos contra el laudo, la Secretaría señaló que “Las leyes nacionales en arbitraje, a menudo equiparando

⁴ Albert Jan van den Berg, *Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?* en *ICSID Review*, Vol. 29, No. 2, Spring 2014, Oxford University Press, Oxford, 2014. pp. 263-268.

⁵ Aspecto también mencionado por Andrés Mezgravis, *Los recursos contra el laudo arbitral comercial*, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Serie Eventos, No. 13, Caracas, 1999, p. 207. Disponible en <https://www.mezgravis.com/recursos%20contra%20el%20laudo%20arbitral.pdf>, consultado el 19 de julio de 2020.

laudos con decisiones de los tribunales, proveen una variedad de medios de impugnación contra los tribunales arbitrales, con variantes y a menudo largos períodos de tiempo y largas listas de causales que difieren ampliamente en los diversos sistemas legales”⁶.

Según señala la nota explicativa, la primera medida para mejorar la situación sobre los medios de impugnación del laudo fue permitir solo un tipo de recurso y *excluír cualquier otro recurso previsto en la legislación procesal* del Estado, sin que esto sea obstáculo para permitir que las partes recurran a un tribunal arbitral de segunda instancia si así lo acordaren. En ese último caso, la decisión emitida por ese tribunal arbitral de segunda instancia sería el laudo arbitral que estaría sujeto al recurso de nulidad.

ii. Los límites del recurso de nulidad:

1. ¿Por qué no revisar el fondo de la controversia en el recurso de nulidad?

Existen muchas razones por las que podría defenderse la posibilidad de revisar el fondo de un laudo arbitral, comenzando con la más obvia que es el posible error humano por parte del o los árbitros. Pero siempre hay que tener en cuenta que el arbitraje no es la jurisdicción ordinaria y que asimilar el procedimiento arbitral al procedimiento ordinario puede tener serias consecuencias que serían incoherentes con las intenciones que tienen las partes que acuerdan someter sus disputas al arbitraje.

Craig es enfático al señalar que “...*si las partes hubieran querido tener el derecho de apelación, no debieron haber acordado arbitrar – sus disputas-*”. Este autor trae como referencia temprana de este entendimiento una antigua decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América dictada en 1855 en el caso *Burchell vs. Marsh*, en la que

⁶ Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Explanatory note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration*, Nueva York, 1994. pp. 23. Disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf, consultado en fecha 13 de julio de 2020. Traducción libre para este trabajo.

declaró: “*Si el laudo está dentro de lo alegado y contiene una decisión honesta de los árbitros luego de una audiencia completa y justa para las partes, una corte de equidad no anularía por error, sea de derecho o de derecho. Lo contrario sería sustituir la sentencia del magistrado en el lugar de los jueces escogidos por las partes y haría del laudo el comienzo, no el final, del litigio*”⁷ (traducción para el presente artículo).

Pero aparte de lo que pudiera alegarse con respecto a errores de hecho o de derecho, la predictibilidad de las decisiones de los tribunales arbitrales y la unidad de interpretación del derecho también es un argumento de peso. Sin embargo, ya en 1988 (tres años después de haberse aprobado la Ley Modelo), Craig comentaba que “*En los Estados Unidos y en otros países cuyas provisiones legislativas restringen la revisión judicial de los laudos arbitrales, es aceptado que la elección de la flexibilidad del procedimiento arbitral requiere un necesario sacrificio de la predictibilidad del resultado por aplicación de la ley*”⁸.

Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides⁹ señalan tres puntos cruciales para concluir que no es recomendable ampliar las opciones para impugnar un laudo arbitral: (i) la decisión de un juez puede terminar sustituyendo la decisión del tribunal arbitral que ha sido seleccionado —cuidadosamente— por las partes o por un tercero en quienes han delegado ese nombramiento, (ii) la parte que no recurrió se verá obligada a participar en un procedimiento ante un tribunal nacional aún después de haber acordado someterse a método privado para solucionar sus controversias, y (iii) el procedimiento de apelación podría ser utilizado como una táctica dilatoria.

Es posible entonces señalar que tendiendo en cuenta la intención primigenia de las partes al acordar someterse al arbitraje, entendiendo y aceptando el sistema tal y como está legalmente diseñado —y más aun en países como Venezuela que han basado su legislación en la Ley

⁷ William Laurence Craig, *Uses and Abuses of Appeal from Awards*, en *Arbitration International*, Vol. 4, No. 3, julio 1988, London Court of International Arbitration, Londres. pp. 183-184. Traducción libre para este trabajo.

⁸ Ibid. Traducción libre para este artículo.

⁹ Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, cuarta edición, Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2006. p. 581.

Modelo—, resulta no solo ilegal buscar interpretaciones que permitan revisar el fondo del laudo arbitral, sino que además es contrario al interés de las partes manifestado en el acuerdo de arbitraje.

2. ¿Por qué sólo el recurso de nulidad?

Para responder esta pregunta hay que comenzar por la premisa de que es natural que la parte que pierde un litigio —frente a los tribunales ordinarios o los arbitrales— desee alzarse contra el resultado. Pero esta pregunta no es nueva y ya ha sido respondida por la doctrina más autorizada en la materia. La respuesta gira en torno a la autonomía de la voluntad de las partes al haber escogido el arbitraje como medio para resolver sus controversias, pues las partes escogen un medio de solución de controversias que ofrece, entre sus ventajas, que la decisión de los árbitros es definitiva y vinculante. Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides reflexionan sobre ese punto y señalan con mucha claridad que:

“Para la parte perdedora esta supuesta “ventaja” del arbitraje puede, en perspectiva, parecer todo lo contrario. El derecho interno de muchos países contempla lo que en otro contexto se ha denominado como una “tendencia pro-ejecución”, tal y como se recoge tanto en la Convención de Nueva York como en la Ley Modelo. Esto significa que, si bien en algunos casos es posible recurrir un laudo arbitral, es probable que las opciones disponibles sean limitadas”¹⁰.

Pero esta limitación y el marco en el que se establece ha sido adoptada también por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia dictada el 21 de noviembre de 2014, caso *Distribuidora El Rodeo, C.A.*, bajo la ponencia de la Magistrada Isbelia Pérez Velásquez, en el que expresó:

*“Al convenir las partes someter su controversia ante los tribunales de arbitraje, **lo hacen con sujeción a las disposiciones legales que rigen la materia de arbitraje, como lo es la Ley de Arbitraje Comercial**, en la cual se excluye la posibilidad de que contra las*

¹⁰ Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, ob. cit., p. 562.

decisiones emanadas de los Centros de Arbitraje, se ejerzan los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la ley adjetiva, en tales juicios solo se prevé la posibilidad de ejercer únicamente el recurso de nulidad... ”¹¹ (Destacado nuestro).

Asumió así la Sala de Casación Civil la posición correcta y que deriva del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, que conocen de antemano la característica esencial de la finalidad del laudo arbitral. Además, agregó la Sala:

“... de ser permisible la posibilidad de ejercer recursos ordinarios y extraordinarios contra las decisiones de los Centros de Arbitraje, evidentemente se desvirtuaría la intención del legislador de impedir que la sentencia o laudo que haya de recaer en el procedimiento de arbitraje sea revisado en casación, por cuanto ello contraría los principios de celeridad y simplicidad que caracterizan a este tipo de procedimientos, así como la eficacia del medio alternativo para la resolución del conflicto.” (Destacado nuestro).

La posición de la jurisprudencia venezolana se alinea totalmente en este punto con la doctrina más autorizada del arbitraje internacional. Permitir el ejercicio de otros recursos contra el laudo arbitral – aparte del recurso de nulidad – desvirtuaría la institución del arbitraje y dejaría de lado todo el desarrollo que ha tenido en materia de impugnación del laudo luego de la aprobación en 1985 de la primera versión de la Ley Modelo de la CNUDMI que ya hemos mencionado *supra*. La intención de las partes al acordar someter sus disputas al arbitraje es la de contar con una decisión definitiva sin tener las dilaciones que ocasiona el ejercicio de diferentes recursos disponibles en el procedimiento ordinario, esto debe siempre tenerse en cuenta cuando una de las partes pierde un arbitraje¹².

¹¹ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia dictada el 21 de noviembre de 2014, caso *Distribuidora El Rodeo, C.A.*, consultada en José Gregorio Torrealba R., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia sobre Medios Alternativos de Solución de Controversias, Arbitraje Comercial, Arbitramento y Arbitraje de Inversiones 2000-2014*, Editorial Jurídica Venezolana, 2016. pp. 270-271.

¹² Ver también Hernando Díaz-Candia, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje*, tercera edición ampliada, Caracas, 2016. pp. 264 y 265.

iii. Los intentos de abolir el recurso de nulidad

La *bête noire* – *la bestia negra* – del arbitraje internacional. Así ha denominado van den Berg al recurso de nulidad contra el laudo al apuntar los varios intentos que se han llevado a cabo para “eliminar o al menos reducir” el papel del recurso de nulidad en el país sede del arbitraje¹³.

La preocupación de quienes defienden una tesis de absoluta abstención de control judicial sobre el arbitraje está más centrada en las consecuencias que tiene el recurso de nulidad sobre un laudo arbitral internacional que en el arbitraje doméstico. En la década de 1950 se venían desarrollando varios instrumentos internacionales bajo la iniciativa de diferentes grupos. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) elaboraba un proyecto que evolucionó luego en la Convención de Estrasburgo con la finalidad de proveer una especie de Ley Modelo de Arbitraje, aplicada sólo por Bélgica en 1970¹⁴.

Por su parte, la Cámara de Comercio Internacional proponía en 1953 la revisión del Protocolo de Ginebra de 1923 y la Convención de Ginebra de 1927, lo que más tarde se convertiría en la Convención de Nueva York de 1958 bajo la iniciativa del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Paralelamente, el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje del Comité para el Desarrollo del Comercio trabajaba en una Convención Europea desde 1957 para tratar, entre otros temas, el problema del doble control judicial del laudo, reduciendo el recurso de nulidad en el país de origen a dos causales: (i) incompetencia del tribunal arbitral y (ii) irregularidades en el procedimiento, mientras que la ejecución sería procedente en cualquier país parte del tratado a menos que sea contrario al orden público.

Pero con la aprobación de la Convención de Nueva York, los aspectos relacionados con la ejecución del laudo fueron dejados de lado por el Grupo de Trabajo y la propuesta ya no podía fundamentarse en el doble control judicial del laudo, por lo que se enfocaron en resolver el tema del efecto universal de la nulidad del laudo por razones

¹³ Albert Jan van den Berg, ob. cit. pp. 10.

¹⁴ Ídem.

meramente locales de cada jurisdicción, lo que resolvieron a establecer que las causales de nulidad son las mismas establecidas por la Convención de Nueva York de 1958 para negar la ejecución. Sin embargo, bajo la Convención Europea de 1961 que fue el resultado de este esfuerzo, un laudo que sea anulado por razones de orden público no pierde su ejecutividad en los demás países miembros de esa Convención. Se reducía así, para los países miembros de la Convención Europea de 1961, las causales por las cuales un laudo declarado nulo en uno de ellos perdía su ejecutividad y ejecutoriedad en otro.

A nivel de legislaciones locales también ha habido intentos para reducir el rol del recurso de nulidad en el arbitraje internacional. Famoso es el ejemplo de la reforma al Código Judicial belga mediante la Ley de Arbitraje de 1985 que excluyó la posibilidad de recurrir en nulidad un laudo cuando al menos una de las partes no tuviera la nacionalidad belga, su residencia o domicilio en ese país. El efecto, según van den Berg¹⁵, Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides¹⁶, fue todo lo contrario a lo que se pretendía, pues los usuarios del arbitraje dejaron de incluir Bélgica como sede de sus arbitrajes y años después, en 1998, ocurrió una nueva reforma que restituyó el derecho a recurrir a la justicia nacional para solicitar la nulidad del laudo arbitral, aunque puede ser desistido anticipadamente, tal y como también es el caso en Suiza, Francia y Suecia.

Resulta claro según lo que hemos podido observar, una jurisdicción adecuada para el arbitraje debe mantener un balance con respecto a la revisión judicial del fondo y el recurso de nulidad. Tal y como se encuentra planteado en la Ley Modelo, parece ser lo que se ajusta mejor a esta realidad al mantener al margen del fondo de la controversia al poder judicial, pero permitir que exista una debida garantía de protección al debido proceso que debe regir en el arbitraje.

b. El Amparo o Tutela Constitucional

Los países que consagran una acción especial para la protección de los derechos constitucionales, como el Amparo o la Tutela, han tenido

¹⁵ *Ibid.* p. 14

¹⁶ Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, ob. cit., p. 582.

una relación pendular en la relación entre este tipo de acciones y el arbitraje, siempre bajo la tentación del ámbito de control universal de la acción de amparo. En España no han faltado casos en los que se ejerza la acción de amparo constitucional contra un laudo arbitral, lo que ha sido rechazado por el Tribunal Constitucional español al excluir a los tribunales arbitrales de la definición de Poder Público –contrario a lo que ha sucedido en otras jurisdicciones en las que se aplica el concepto material de autoridad– y dejar claro que el control de la constitucionalidad de las actuaciones arbitrales se realiza mediante el recurso de nulidad¹⁷.

En México, la barrera para impedir la acción de Amparo Constitucional contra laudos arbitrales se encuentra en la definición de “*Autoridad Responsable*” como elemento determinante para la legitimación pasiva de la acción, que tiene características y finalidades distintas a las de los árbitros¹⁸. En Perú, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pasó de permitir el ejercicio de la acción de Amparo contra laudos arbitrales, para luego reducir su aplicación a solo algunos pocos supuestos relacionados con la vulneración directa de precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad sobre una norma previamente declarada constitucional por ese mismo Tribunal y cuando sea interpuesto por un tercero que no forme parte del acuerdo arbitral¹⁹, todo esto en virtud de la nueva ley de arbitraje peruana, que consagra el principio de mínima intervención judicial.

En Costa Rica la posibilidad de ejercer la acción de amparo contra el laudo arbitral también ha sido negada, entre otras razones, por la existencia de recursos ordinarios – como el recurso de nulidad – y el carácter subsidiario del Amparo Constitucional. En Panamá, con la

¹⁷ Mardoqueo Josafat Tóchez Molina, *El derecho fundamental a arbitrar y el Principio de Mínima Intervención Judicial como garantía de su eficacia. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico salvadoreño*, Universidad Doctor José Matías Delgado, San Salvador 2020. pp. 165-166. Disponible en https://www.academia.edu/43619235/EL_DERECHO_FUNDAMENTAL_A_ARBITRAR_Y_EL PRINCIPIO_DE_MINIMA_INTERVENCION_JUDICIAL_COMO_GARANTIA_PARA_SU_EFICACIA, consultado el 15 de julio de 2020.

¹⁸ Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, México 2011. pp. 862-868

¹⁹ Mardoqueo Josef Tóchez Molina, ob. cit., pp. 176-184.

adopción de la Ley Modelo se terminó con la posibilidad de ejercer acciones de Amparo en contra de laudos arbitrales en 2013. El caso Venezuela lo comentaremos *infra*, pero podemos adelantar que el péndulo parece no haber parado de moverse. Quedan en América Latina dos casos en los que claramente se prevé la procedencia del Amparo Constitucional contra laudos arbitrales:

i. Colombia

La Acción de Tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia²⁰ como una acción residual o subsidiaria para la protección de los derechos y garantías fundamentales previstos. Sales Hamburger²¹ explica que los requisitos para la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales son los mismos que la Corte Constitucional ha establecido para las sentencias de los tribunales ordinarios. Dichas causales de procedencia de la Acción de Tutela contra laudos arbitrales, parafraseando a Sales Hamburger, pueden resumirse en:

1. Que el *thema decidendum* tenga una evidente relevancia constitucional en cuanto a la efectiva violación de derechos fundamentales,
2. Que el accionante haya agotado los recursos ordinarios y extraordinarios disponibles,

²⁰ Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

²¹ Linda de Sales Hamburger, *Procedencia y alcance de la Acción de Tutela contra laudos arbitrales*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2018, pp. 48. Disponible en <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/42328/Alcance%20de%20la%20acci%C3%B3n%20de%20tutela%20contra%20laudos%20arbitrales.pdf?sequence=2&isAllowed=y>, consultada el 14 de julio de 2020.

3. Que el accionante haya presentado la tutela dentro de un término razonable y proporcionado,
4. En caso que se trate de una irregularidad procesal, que esta haya tenido un efecto decisivo en la decisión y que se hayan afectado los derechos fundamentales del accionante,
5. Identificar de forma razonable, precisa y suficiente los hechos y los derechos fundamentales vulnerados,
6. Que la decisión impugnada mediante la Tutela no sea una sentencia que haya resuelto otra Acción de Tutela.

Pero además, según explica la autora que venimos comentando²², existen causales especiales para la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales que ha delineado la Corte Constitucional colombiana:

1. Defecto orgánico, referido a la carencia absoluta de competencia por haber actuado los árbitros fuera del alcance del acuerdo de arbitraje,
2. Defecto procedimental, siempre que haya tenido un efecto determinante en la decisión y que las partes no hayan contado con los mecanismos de defensa pertinentes,
3. Defecto fáctico, referido a circunstancias en las que los árbitros hayan tomado decisiones sin sustento probatorio o cuando se haya negado la evacuación de pruebas, sin que esto implique que el juez pueda cuestionar la valoración de las pruebas realizada por el tribunal arbitral,
4. Defecto material o sustantivo, presente en los casos donde hay un evidente error de derecho.
5. Error inducido, cuando el tribunal arbitral ha sido inducido al error por un tercero,
6. Inmotivación, cuando el laudo carece de los fundamentos fácticos y legales en los que se fundamenta,
7. Violación de precedentes de la Corte Constitucional por el laudo arbitral, a menos que haya una razón demostrada de

²² *Ibid.*, p. 56

forma precisa en el caso concreto, que haga viable apartarse del criterio de la Corte,

8. Violación directa de la Constitución.

Zuleta-Londoño, Fandiño-Bravo y Jiménez-Valencia²³ señalan que el accionante debe probar todos y cada uno de los requisitos generales de procedencia, y al menos uno de los requisitos específicos para poder obtener la nulidad del laudo arbitral por la vía de la Acción de Tutela. Otros autores como Posada y Echandía²⁴ resaltan el debate existente sobre la procedencia de la acción de Tutela, señalando que la tendencia es a aceptar su procedencia contra laudos arbitrales domésticos, pero que recientes decisiones de la Corte Constitucional aceptan el ejercicio de la Acción de Tutela en contra de laudos arbitrales internacionales, siempre que el arbitraje haya tenido su sede en Colombia bajo los mismos parámetros aplicables a los laudos arbitrales domésticos.

El efecto de la procedencia de la Acción de Tutela no es la de sustituir al árbitro, sino que el juez constitucional debe declarar la nulidad del laudo arbitral únicamente si ha sido probada la violación de derechos fundamentales del accionante.

ii. El Salvador

El Amparo Constitucional se encuentra previsto en el artículo 247 de la Constitución de la República de El Salvador²⁵ y desarrollado en la Ley de Procedimiento Civil para la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos que se vean vulnerados por personas que actúen en ejercicio de autoridad o *imperium*. Tóchez aclara que a los efectos del Amparo Constitucional la Suprema Corte de El Salvador “...ha establecido que en un proceso arbitral en el que se violen los derechos de las partes que concurrieron al procedimiento arbitral es susceptible de ser revisada en el proceso de amparo, entendiendo que

²³ Alberto Zuleta-Londoño, Juan Camilo Fandiño-Bravo y Juan Camilo Jiménez-Valencia, *Colombia Law & Practice, en International Arbitration, Chambers Country Guides, Chambers and Partners*, Londres, 2016, p. 186.

²⁴ Carolina Posada y María Lucía Echandía, *Colombia*, en *Arbitration World*, sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, p. 599.

²⁵ Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución.

dichas acciones de los árbitros pueden ser de autoridad material respecto a las partes que se someten al procedimiento”²⁶.

c. Apelación judicial

La apelación contra laudos arbitrales ante tribunales judiciales sigue siendo una realidad en varios estados, pero predominantemente en aquellos que no han adoptado la Ley Modelo, entre los que podemos mencionar a Inglaterra y Gales, Francia, Países Bajos y El Salvador. Sin embargo, de las jurisdicciones analizadas para este trabajo, Argentina, Canadá y Chile, que han adoptado la Ley Modelo, mantienen la posibilidad de apelar los laudos arbitrales ante la justicia ordinaria.

Venezuela no ha estado ausente de este debate. En su trabajo sobre el recurso de nulidad, Mezgravis, Carrillo y Saghy reflejan el criterio de Mezgravis sobre la posibilidad de que las partes pacten la posibilidad de apelar el laudo arbitral. Saghy aclaró en una nota al pie que *“dicha apelación debe realizarse ante otro tribunal arbitral”*, por lo que entendemos – porque no lo dicen expresamente – que Mezgravis acepta la posibilidad de una apelación ante un tribunal ordinario si así lo han acordado las partes. Se apoyan además en los comentarios de Rodner contra la posibilidad de crear un recurso de apelación por acuerdo entre las partes ante un tribunal ordinario.

Carrillo, en el mismo trabajo, expresó la posición que compartimos sobre la condición exclusiva y excluyente del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria, que negaría la posibilidad de una apelación ante la jurisdicción ordinaria, sin excepción²⁷. Diferimos del criterio

²⁶ Mardoqueo Josafat Tóchez Molina, *El derecho fundamental a arbitrar y el Principio de Mínima Intervención Judicial como garantía de su eficacia. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico salvadoreño*, Universidad Doctor José Matías Delgado, San Salvador 2020. pp. 238-246. Disponible en https://www.academia.edu/43619235/EL_DERECHO_FUNDAMENTAL_A_ARBITRAR_Y_EL PRINCIPIO_DE_MINIMA_INTERVENCION%3%93N_JUDICIAL_COMO_GARANT%3%8DA_PARA_SU_EFICACIA, consultado el 15 de julio de 2020.

²⁷ Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, *El recurso de nulidad contra el laudo arbitral*, en *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje y Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, Caracas, 2013. pp. 506.

expresado por Mezgravis y Saghy que proponen tomar la norma contenida en el artículo 624 del Código de Procedimiento Civil, que prevé la posibilidad de que las partes acuerden establecer la apelación del laudo ante un tribunal superior en el arbitramento. La Ley de Arbitraje Comercial venezolana, no parece dar cabida a esta analogía porque no presenta un vacío en ese aspecto: el artículo 5 es claro al establecer que el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria. El arbitramento, es un procedimiento especial y sus normas se aplican si las partes lo han acordado²⁸.

En ese sentido, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia del caso *Distribuidora El Rodeo, C.A.*, citada *supra*, dejó claro que:

*“...conforme al artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, no es posible que un laudo arbitral sea conocido en segunda instancia o apelación por los Tribunales Superiores, **porque contra los laudos sólo procede la nulidad de los mismos, que es conocida en única instancia por tales juzgados,** por lo que la aplicación del supuesto de la referida norma, se refiere al arbitramento regulado en el propio Código de Procedimiento Civil..., el cual fue parcialmente derogado por la Ley de Arbitraje Comercial, como ley especial en la materia, que establece en el artículo 624... Si fueren de derecho, serán igualmente inapelables, salvo pacto en contrario que conste en el compromiso, para ante el Tribunal Superior...”*

Es posible entonces plantear que, actualmente y bajo la óptica jurisprudencial y doctrinaria venezolana, no es posible apelar un laudo arbitral ante un tribunal ordinario, aun cuando exista pacto entre las partes para establecer esta posibilidad, que sería nulo, pues como señala la Sala, sólo está prevista para el procedimiento de arbitramento, no para arbitrajes regulados por la Ley de Arbitraje Comercial.

²⁸ La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha dejado claro que el arbitramento no ha sido derogado por la Ley de Arbitraje Comercial. Ver sentencias de la Sala de Casación Civil del 8 de febrero de 2002, número 82, caso: *Hanover P.G.N. Compressor C.A.* y de la Sala Político Administrativa de fecha 5 de abril de 2006, número 855, caso: *Elettronica Industriale S.p.A.*, en José Gregorio Torrealba, ob.cit. p. 272.

i. Argentina

La Argentina reconoce el derecho de apelación cuando ha causado a la parte perdedora un daño irreparable. Sin embargo, este derecho puede ser renunciado por las partes, que es lo más común en la práctica, en cuyo caso el laudo solo podría ser impugnado mediante el recurso de nulidad²⁹.

El artículo 758 del Código Procesal Civil y Comercial argentino, que establece que “Art. 758. - Contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso”. Se trata entonces de una apelación, renunciable por las partes, pero con todo el alcance de una segunda instancia, pudiendo conocer la controversia *de novo* y con los efectos naturales de una apelación ejercida en un juicio ordinario.

ii. Canadá

En Canadá, que mantiene un sistema federal, la mayoría de sus jurisdicciones admiten la posibilidad de apelar laudos arbitrales domésticos sólo en aspectos de derecho y con el permiso del tribunal de apelación³⁰.

iii. Chile

Chile mantiene una legislación dualista sobre el arbitraje, dando un tratamiento distinto entre arbitraje doméstico y arbitraje internacional. Un laudo emitido en un arbitraje internacional no puede ser apelado y solo puede ser impugnado mediante el recurso de nulidad. Sin embargo, la apelación ante un tribunal ordinario es posible en arbitrajes domésticos³¹.

²⁹ Leandro Caputo e Ignacio Minorini, *Argentina*, en *Arbitration World* sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, pp. 407. Ver también Federico Godoy, *Argentina Law & Practice*, en *International Arbitration, Chambers Country Guides, Chambers and Partners*, Londres, 2016, p. 20.

³⁰ David R. Haig QC, Louise Novinger Grant, Paul A. Beke y Joanne Lulu, *Canada*, en *Arbitration World*, sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, p. 522.

³¹ Rodrigo Guzmán Karadima, Manuel José Vial y Cristobal Leighton Rengifo, *Chile Law & Practice*, en *International Arbitration, Chambers Country Guides, Chambers and Partners*, Londres, 2016, p. 152.

iv. Inglaterra

Inglaterra es una de esas jurisdicciones tradicionales del arbitraje, es innegable. No obstante, su Ley de Arbitraje de 1996³² prevé la apelación contra laudos arbitrales pero sólo cuando el laudo contiene un grave error de derecho, siempre y cuando sea aplicable la legislación de Inglaterra al fondo de la controversia. Adicionalmente, el tribunal ordinario debe autorizar la apelación.

Según Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, “...*el tribunal está facultado para ratificar el laudo, modificarlo, remitirlo al tribunal arbitral o anularlo, pero el tribunal no deberá anular el laudo, en su totalidad o parcialmente, salvo si considera inapropiado someter las cuestiones objeto de la impugnación a la reconsideración del tribunal arbitral*”³³. La apelación debe ser ejercida ante el *High Court* que es el tribunal de primera instancia y se admite la posibilidad de una segunda apelación ante la Corte de Apelaciones. Recordemos que Inglaterra no ha adoptado la Ley Modelo.

v. Francia

La legislación francesa también es dualista y no ha adoptado la Ley Modelo. El Título I del Libro IV del Decreto No. 2011-48 del 13 de enero de 2011 regula el arbitraje doméstico, mientras que el Título II hace lo propio con el arbitraje internacional. En el arbitraje doméstico se acepta la posibilidad de ejercer el recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones del lugar sede del arbitraje, siempre y cuando las partes lo hayan acordado³⁴.

vi. Países Bajos

La última reforma de la Ley de Arbitraje del Reino de los Países Bajos entró en vigencia el 1 de enero de 2015 como parte del Código

³² Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>, consultada el 15 de julio de 2020.

³³ Alan Redfern, Marting Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, ob. cit. pp. 583-584.

³⁴ Roland Ziadé, *France*, en *Arbitration World* sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, pp. 693 y 708.

de Procedimiento Civil y consagra la posibilidad de apelar el laudo arbitral siempre que exista acuerdo entre las partes, tal como ocurre en la legislación francesa que comentamos *supra*. No hay distinción entre laudos arbitrales domésticos o internacionales, por lo que todo arbitraje que tenga su sede en esta jurisdicción podrá permitir, por acuerdo entre las partes, la apelación del laudo. Tampoco se limita el alcance de la apelación, por lo que el tribunal ordinario tiene plena jurisdicción para conocer el caso tanto en los hechos como en derecho.

vii. Portugal

El artículo 39.4 de la Ley de Arbitraje Voluntario de Portugal, vigente desde 2011, prevé que *“El laudo que se pronuncie sobre el fondo del litigio o que, sin conocer de este, ponga término a las actuaciones arbitrales, solo es susceptible de recurso ante el tribunal estatal competente en el caso de que las partes hayan expresamente previsto tal posibilidad en el convenio arbitral y siempre que el litigio no haya sido decidido en equidad o mediante amigable componedor”*³⁵. Portugal se inscribe entonces entre los países que permiten la apelación ante un tribunal ordinario, siempre y cuando lo hayan convenido las partes.

viii. El Salvador

La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador regula el recurso de apelación contra laudos arbitrales. Según Tóchez *“El objetivo del recurso de apelación es la revisión de las infracciones de ley sean estas procesales o sustantivas que se hayan pronunciado en la sentencia, con la intención que el tribunal de una instancia superior, revoque, modifique, o anule la resolución dictada por el tribunal de primera instancia”*, pero en materia de arbitraje, la apelación está limitada a los laudos dictados en arbitrajes de derecho y solo puede ejercerse ante las Cámaras de lo Civil de San Salvador, a menos que se trate de un arbitraje en el que una de las partes sea una institución pública, en cuyo caso la apelación sería oída por la Cámara de lo Contencioso Administrativo³⁶.

³⁵ Disponibe en: <https://a.storyblok.com/f/46533/x/d69b62912d/la-nueva-ley-de-arbitraje-de-portugal.pdf>, consultado el 16 de julio de 2020.

³⁶ Mardoqueo Josafat Tóchez Molina, ob.cit., p. 63.

d. Apelación arbitral

Los mecanismos de apelación arbitrales son muy comunes y, a menos que haya una prohibición legal expresa, su utilización depende enteramente de la voluntad de las partes, aun en aquellas legislaciones en las que no se prevea que las partes puedan hacerlo. Así ya lo comentaba la Secretaría de la CNUDMI en su nota explicativa sobre la Ley Modelo, al señalar que “...*nada impide que las partes recurran a un tribunal arbitral de segunda instancia si han previsto de común acuerdo esa posibilidad (como es frecuente en el comercio de ciertos productos básicos)*”³⁷.

No obstante, entre las jurisdicciones que hemos estudiado para este trabajo, encontramos que Bélgica, Países Bajos y Portugal mantienen una posición favorable a la apelación arbitral, que insistimos resulta favorable más no necesaria, para que las partes acuerden un mecanismo de apelación dentro del mismo procedimiento arbitral.

En nuestra opinión, nada impide que en Venezuela puedan las partes acordar la inclusión de un mecanismo de apelación en el procedimiento arbitral. Ya anteriormente se ha reportado un caso en el que tal mecanismo ha sido implementado en el país³⁸. Aunque dicho caso data de mucho antes de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986 y de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998, podríamos decir que no ha habido cambios que impidan que tal mecanismo sea acordado por las partes. Este acuerdo, vale la pena mencionar, tiene mayor viabilidad si las partes lo alcanzan antes de que surja una disputa. Tal y como sucede con el acuerdo de arbitraje, la posibilidad de alcanzar un acuerdo de tal naturaleza una vez que surja la disputa es más remota. De la misma forma, tratar de acordar un mecanismo de apelación una vez que se cuente con un laudo arbitral, sería una tarea titánica, por no decir imposible, a menos que ambas partes vean sus pretensiones afectadas por la decisión de los árbitros.

³⁷ Secretaría de la CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Con las enmiendas aprobadas en 2006*, ob. cit., p. 38.

³⁸ Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, ob.cit., p. 507.

i. Bélgica

En Bélgica, que regula en detalle el mecanismo de apelación arbitral, el procedimiento ante el tribunal arbitral de apelación será el mismo que se siga en el procedimiento arbitral ante el primer tribunal. La apelación debe ser presentada ante el tribunal arbitral de “primera instancia” en el plazo de un mes y este mismo tribunal puede decidir si la apelación tendrá efectos suspensivos o no³⁹.

ii. Países Bajos

La Ley de Arbitraje holandesa⁴⁰ regula detalladamente el recurso de apelación arbitral en sus artículos 1061A al 1061L siguientes. Solo es procedente (i) cuando las partes lo hayan acordado con las mismas formalidades aplicables al acuerdo arbitral, (ii) salvo pacto en contrario, debe presentarse dentro de los tres meses siguientes a la notificación del laudo final o parcial objeto de la apelación. El artículo 1061d define los laudos que pueden ser apelados en los siguientes términos:

“Artículo 1061d (1) La apelación arbitral se puede iniciar contra un laudo final y un último laudo parcial final. (2) A menos que las partes hayan acordado lo contrario, la apelación arbitral también puede iniciarse contra otros laudos parciales finales. (3) La apelación arbitral contra un laudo provisional, excepto un laudo basado en el Artículo 1043b (1) – sobre medidas cautelares –, solo puede iniciarse simultáneamente con un recurso arbitral contra un laudo final o parcial final, a menos que las partes hayan acordado lo contrario”

Como puede observarse, el acuerdo de las partes tendrá prevalencia sobre las regulaciones que hemos mencionado sobre la apelación arbitral en esta jurisdicción, las cuales tienen un carácter supletorio.

³⁹ Hakim Boularbah, Arnaud Nuyts, Oliver van der Haegen y Charlotte Van Themsemsche, *Belgium*, en *Arbitration World* sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, p. 480.

⁴⁰ Disponible en <https://www.nai-nl.org/downloads/Book%204%20Dutch%20CCPv2.pdf>, consultada el 16 de julio de 2020. Traducción para este trabajo.

iii. Portugal

Portugal no regula expresamente la apelación arbitral en su Ley de Arbitraje Voluntario. Sin embargo, Esperanca y Gouveia señalan que *“...las partes pueden expresamente acordar que el laudo sea apelable ante otro tribunal arbitral”* y que las partes pueden, además, ampliar, limitar o excluir definitivamente ese derecho a apelar ante otro tribunal arbitral⁴¹.

e. Revisión o Revocatoria

La revisión o revocatoria prevista en las legislaciones que comentaremos es un recurso extraordinario aplicable a sentencias judiciales definitivamente firmes, cuando surja alguna circunstancia que afecte las bases de la decisión tomada por el juez. Estos recursos son equivalentes a nuestro recurso extraordinario de invalidación de sentencias, previsto en los artículos 327 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Las causas de invalidación de la sentencia, conforme al artículo 328 de nuestra ley adjetiva, son:

1. *La falta de citación, o el error, o fraude cometidos en la citación para la contestación.*
2. *La citación para la contestación de la demanda de menor, entre-dicho o inhabilitado.*
3. *La falsedad del instrumento en virtud del cual se haya pronunciado la sentencia, declarada dicha falsedad en juicio penal.*
4. *La retención en poder de la parte contraria de instrumento decisivo en favor de la acción o excepción del recurrente; o acto de la parte contraria que haya impedido la presentación oportuna de tal instrumento decisivo.*
5. *La colisión de la sentencia con otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que por no haberse tenido conocimiento de la primera, no se hubiere alegado en el juicio la cosa juzgada.*
6. *La decisión de la causa en última instancia por Juez que no haya tenido nombramiento de tal, o por Juez que haya sabido estar de-puesto o suspenso por decreto legal.*

⁴¹ Miguel Esperanca Pina y Rita Gouveia, *Portugal Law & Practice*, en *International Arbitration, Chambers Country Guides, Chambers and Partners*, Londres, 2016, p. 152. Traducción para este trabajo.

Nos limitaremos en este espacio a las causales que permitirían la revisión de los laudos arbitrales en aquellas jurisdicciones en las que se prevé tal posibilidad, no prevista, por cierto, en el arbitraje comercial venezolano⁴².

i. Colombia

En Colombia procede el recurso de revisión contra laudos arbitrales ante la Corte Suprema de Justicia⁴³ por alguna de las siguientes causales enumeradas de forma taxativa en el artículo 335 del Código General del Proceso⁴⁴:

“1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas.

4. Haberse fundado la sentencia en dictamen de perito condenado penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.

5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente. 7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad.

8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.

⁴² Mezgravis identifica a Feo como el único autor que considera procedente el recurso de invalidación contra laudos arbitrales de derecho. Ver Andrés Mezgravis, *El Amparo Constitucional y el arbitraje*, en *Revista de Derecho Administrativo*, número 6, Editorial Sherwood, Caracas, 1999. p. 265.

⁴³ Carolina Posada y María Lucía Echandía, *Colombia*, en *Arbitration World* sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, pp. 599.

⁴⁴ Disponible en https://leyes.co/codigo_general_del_proceso/355.htm, consultado el 16 de julio de 2020.

9. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habérsele designado curador ad litem y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo, no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

ii. Costa Rica

Contra el laudo dictado en proceso arbitral caben los recursos de nulidad y de revisión. El derecho de interponer ambos recursos tiene carácter irrenunciable (art. 64. 1º). El recuso de revisión se regula conforme a las normas generales que para este recurso establece el Código Procesal Civil. Dicho recurso sólo es admisible contra aquellos pronunciamientos firmes con autoridad de cosa juzgada material, y únicamente en los casos taxativos que prevé el art. 619 CPC, que no pueden ampliarse por paridad de razón o de circunstancias, toda vez que éstas operan a su vez como requisitos de admisibilidad, pues si el recurso no está comprendido en alguna de ellas, se debe disponer su inadmisión, conforme lo ordena el art. 624 (Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de 25 de febrero de 2005)⁴⁵.

iii. España

La revisión de un laudo arbitral en España por disposición expresa del artículo 43 de su Ley de Arbitraje⁴⁶ conforme a las causales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“1. Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

⁴⁵ José Carlos Fernández Rozas, *El recurso de anulación de los laudos arbitrales en la jurisprudencia de Costa Rica*, en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 1, No. 1, Iprolex, Madrid, 2008, p. 239.

⁴⁶ Artículo 43. El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

2. *Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarar después penalmente.*
3. *Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.*
4. *Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.”*

iv. Italia

Bariona señala que la revisión del laudo arbitral en Italia se encuentra sometida a causales, también “taxativas y de interpretación absolutamente restrictivas” y enumera:

- “a) El laudo sea producto de una conducta dolosa de una de las partes en perjuicio de la otra.*
- b) Se haya producido el laudo en base a pruebas declaradas falsas, cuya falsedad haya sido declarada con posterioridad al laudo o que, habiendo sido declaradas falsas con anterioridad, la parte desconociera tal declaratoria.*
- c) El laudo haya sido dictado en base a una conducta dolosa de uno o varios de los árbitros”⁴⁷.*

v. Países Bajos

Conforme a la legislación procesal de Países Bajos⁴⁸, el recurso de revisión procede si:

- 1. El laudo se fundamenta total o parcialmente en un fraude que haya sido descubierto después de haberse dictado el laudo y que haya sido cometido durante el procedimiento arbitral por o con el conocimiento de la otra parte,*

⁴⁷ Mario Bariona, *El arbitraje en Italia. Breve análisis de la reforma del año 2006*, en *Derecho y Sociedad*, No. 9, Universidad Monteávila, Caracas, 2010, p. 197.

⁴⁸ Dirk Knottenbelt, Marielle Koppenol-Laforece y Thomas Stouten, *The Netherlands*, en *Arbitration World* sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, p. 950. Traducción para este trabajo.

2. *El laudo se fundamenta total o parcialmente sobre documentos que, luego de dictado el laudo, se descubra que habían sido forjados, y*

3. *Que una de las partes obtenga documentos que habrían tenido influencia en la decisión del tribunal arbitral, pero que hayan sido retenidos por como resultado de actos de la otra parte.*

vi. Suiza

La legislación Suiza prevé que un laudo arbitral doméstico pueda ser sometido a revisión. Con respecto a laudos arbitrales internacionales, la Corte Suprema Federal considera una laguna la falta de previsión expresa y ha extendido por vía de interpretación, la posibilidad de someterlos a revisión conforme a las normas aplicables para la revisión de sentencias de las cortes federales, sólo en caso de (i) descubrimiento de nueva evidencia que no era conocida por la parte recurrente, y (ii) si ha sido demostrado en un procedimiento penal que el laudo fue influenciado en detrimento del recurrente por algún delito⁴⁹.

f. Oposición de Terceros

La oposición de terceros se encuentra prevista en las legislaciones de Francia e Italia como un mecanismo de impugnación del laudo arbitral. Bariona explica que, en el caso italiano, en este recurso “...*no hay una decisión judicial que anule propiamente el laudo, el cual conserva su plena validez entre las partes que intervinieron en el arbitraje*”⁵⁰. El caso francés permite que el tercero cuyos intereses hayan sido afectados por el laudo, pueda impugnarlo. Sin embargo, esta opción solo estará disponible, para arbitrajes domésticos en Francia⁵¹.

⁴⁹ Georg von Segesser y Michael Falk, *Switzerland*, en *Arbitration World*, sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, p. 1.134. Traducción para este trabajo.

⁵⁰ Mario Bariona, ob.cit., p. 197.

⁵¹ Stavros Brekoulakis, *The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room*, en *Penn State Law Review*, Vol. 113:4, *Penn State University*, Pennsylvania, 2009. p. 1169. Disponible en <http://pennstatelawreview.org/articles/113%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%201165.pdf>, consultado el 16 de julio de 2020.

II. LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EN VENEZUELA

Como mencionábamos arriba, la impugnación del laudo arbitral en Venezuela ha pasado por varias etapas que incluyen medios distintos al recurso de nulidad, debido más a las interpretaciones jurisprudenciales que han tergiversado el sistema diseñado en la Ley de Arbitraje Comercial y luego, con su entrada en vigencia en 1999, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Revisaremos en este capítulo la suerte de la acción de Amparo Constitucional contra laudos arbitrales, el recurso de nulidad y finalizaremos comentando lo que hoy en día puede ser definido como la mayor amenaza que se cierne sobre la efectividad del arbitraje como medio de solución alternativo de controversias: el avocamiento.

a. La acción de Amparo Constitucional

La acción de Amparo Constitucional ejercida contra laudos arbitrales ha tenido una historia disonante, polémica y controvertida, por decir lo menos. La existencia de una vía judicial ordinaria – el recurso de nulidad – para impugnar el laudo arbitral, ha sido el eje que sostiene el péndulo al que nos hemos referido con anterioridad. En esta sección haremos un recorrido sobre los cambios jurisprudenciales que intermitentemente han venido cambiando la posición sobre la procedencia del amparo contra laudos arbitrales⁵². La residualidad o subsidiariedad de la acción de Amparo Constitucional la encontramos precisamente reflejada entre sus causales de inadmisibilidad, particularmente la dispuesta en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales⁵³. La Sala Constitucional comenzó este

⁵² Para un estudio de mayor profundidad en el tema del amparo constitucional contra laudos arbitrales ver: Andrés Mezgravis, ob.cit. y más recientemente Luis Alfredo Araque Benzo, *Manual del Arbitraje Comercial*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 153-160.

⁵³ Artículo 6. No se admitirá la acción de amparo: ...5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. En tal caso, al alegarse la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, el Juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la presente Ley, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado;

transitar sobre el amparo constitucional el 23 de mayo de 2001 cuando en su sentencia sobre el caso *Grupo Inmensa, C.A.*, expresó:

*“En el presente caso las accionantes no han expuesto motivo alguno que permita a esta Sala llegar al convencimiento de que el medio idóneo para lograr una efectiva tutela judicial era el amparo. Por el contrario, observa esta Sala que las accionantes disponían de una vía judicial ordinaria para atacar el laudo arbitral, como lo es el recurso de nulidad a que hace alusión el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, en cuyo caso el recurrente puede lograr la suspensión de los efectos del acto mediante el otorgamiento de caución, en razón de lo cual **la acción propuesta debe declararse inadmisibile respecto al laudo arbitral del 11 de agosto de 2000, dictado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, por cuanto las accionantes no agotaron la vía ordinaria, mediante el ejercicio del recurso de nulidad.** de conformidad con el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y así se decide”⁵⁴.*

Unos meses después, el 16 de octubre de ese mismo año 2001, la misma Sala emitió la sentencia 1.981, en el caso *Compañía Venezolana de Televisión, C.A.*, declaró inadmisibile la acción de amparo ejercida contra el acta de misión suscrita en un procedimiento arbitral internacional por haber ejercido la parte actora el recurso de nulidad en contra del laudo arbitral dictado en el mismo arbitraje y por lo tanto, incurriendo en la causal de inadmisibilidat prevista en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pero sin ratificar expresamente el criterio que había ya establecido en *Grupo Inmensa* y que abarcaba, ya para ese momento, la inadmisibilidat de la acción de amparo contra laudos arbitrales por la existencia de una vía judicial ordinaria para su impugnación⁵⁵. Además, en esta misma sentencia, la Sala Constitucional afirmó que era posible el ejercicio

⁵⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 827 del 23 de mayo de 2001, caso *Grupo Inmensa, C.A.*, consultada en José Gregorio Torrealba, ob. cit., pp. 250-252

⁵⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 1.981 del 16 de octubre de 2001, caso *Compañía Venezolana de Televisión, C.A.*, consultada en José Gregorio Torrealba, ob. cit., pp. 252-254.

de la acción de amparo constitucional en contra de un laudo arbitral internacional – se trataba de un caso sometido a las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional – tomando en cuenta que el laudo sería ejecutado en Venezuela. Las palabras de la Sala fueron:

“En el presente caso se sometió a arbitraje internacional una demanda contra una persona jurídica venezolana cuya ejecución eventualmente tendrá lugar en el país. Por tanto, al estar sujetas a la aplicación de las normas y principios constitucionales, las decisiones de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en el caso de autos, puede ser objeto de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”.

Sin embargo, la Sala se mantuvo declarando la inadmisibilidad del amparo constitucional contra laudos arbitrales⁵⁶.

El primer caso en el que la Sala Constitucional avaló expresamente el ejercicio de la acción de amparo constitucional contra laudos arbitrales y sobre la base de lo expuesto en el caso *Compañía Venezolana de Televisión, C.A.*, fue el de *Consorcio Barr, C.A.*⁵⁷ -también un arbitraje internacional- en el que si bien no realizó consideraciones sobre la admisibilidad, ratificó la sentencia que le había sido sometida a consulta por el Tribunal Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área Metropolitana de Caracas. En el caso *Corporación Todosabor, C.A.*, la Sala ratificó el criterio de la ejecución del laudo como elemento determinante para afirmar que un laudo arbitral podía ser objeto de la acción de amparo – ya expresado en el caso *Compañía Venezolana de Televisión, C.A.* – y expresó que *“Es así como la cobertura constitucional es extensible a los laudos arbitrales dictados por los Tribunales arbitrales, por lo que mientras la ley no diga lo contrario, son los jueces*

⁵⁶ En esta primera etapa, volvió a declarar la inadmisibilidad de un amparo constitucional en el caso *Nokia de Venezuela, S.A.*, sentencia 3.610 de fecha 6 de diciembre de 2005. El extracto pertinente de la sentencia puede ser consultado en José Gregorio Torrealba R., ob. cit., p. 255.

⁵⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 2.346 del 26 de agosto de 2003. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2346-260803-03-0995>. HTM, consultada el 19 de julio de 2020.

*superiores por la materia, cuantía y territorio, los competentes para conocer de los amparos contra dichos laudos... ”*⁵⁸. La Sala dejó absolutamente claro entonces que los laudos arbitrales podían ser objeto de control mediante amparo constitucional.

La inadmisibilidad de la acción de amparo volvió a ser criterio de la Sala Constitucional en su sentencia 1.541 del 17 de octubre de 2008, una de las sentencias más importantes en materia de arbitraje en Venezuela. En este caso, la Sala fue muy enfática al señalar:

*“También se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que “(...) el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-; pero dejando a salvo que lo anterior no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional (por ejemplo la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisibles a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)”*⁵⁹ (Destacado nuestro).

Pero una sentencia de mayor claridad llegó el 20 de mayo de 2010, caso *Gustavo E. Yélamo*, en el que la Sala Constitucional se expandió en cuanto a la idoneidad del recurso de nulidad para satisfacer la protección de los derechos constitucionales que se pretende mediante el amparo constitucional al expresar que:

⁵⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 174 del 14 de febrero de 2006, caso *Corporación Todosabor, C.A.*, consultada en José Gregorio Torrealba R., ob.cit. p. 256-258.

⁵⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 1.541 del 17 de octubre de 2008, caso *Interpretación del artículo 258 de la Constitución*, bajo la ponencia de Luisa Estela Morales, en José Gregorio Torrealba R., ob. cit., p. 261.

“En tal sentido, desde el punto de vista sustantivo, el contenido y extensión de los supuestos regulados en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, permiten ventilar en el correspondiente juicio de nulidad, denuncias como las formuladas por el presunto agraviado, vinculadas con la violación del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, bien sea por contravención al procedimiento legalmente establecido o bien porque el laudo es contrario a normas de orden público”⁶⁰.

No obstante, en el caso *Gustavo E. Yélamo* la Sala mantenía, de forma contradictoria con la conclusión a la que llegó y que hemos citado *supra*, que un laudo arbitral “...puede ser objeto de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales...”. Esta posición fue finalmente superada por la Sala Constitucional en el caso *Van Raalte de Venezuela, C.A.*, en el que se dejó de lado el estilo esquivo al explicar que “contra ellos – los laudos arbitrales – solo procede el recurso de nulidad...”⁶¹. Este criterio ha sido el último de la Sala Constitucional, pero no está exento, como ya lo ha demostrado la historia que hemos relatado, a cambios que pueden estar en puertas.

La sentencia más reciente dictada por la Sala Constitucional sobre un amparo constitucional es de reciente data y deja muchas dudas. En efecto, en su sentencia del 28 de noviembre de 2019, caso *Desarrollos Mercayag, C.A.*, la Sala Constitucional asumió la competencia para conocer de un amparo constitucional ejercido – en 2016 - contra un laudo arbitral, asimilando al tribunal arbitral a un Tribunal Superior. Esta equivalencia contradice abiertamente lo que fue el criterio de la Sala cuando era del criterio que los laudos arbitrales podrían ser objeto de amparo constitucional, pues siempre consideró que los tribunales arbitrales eran equivalentes a un tribunal de primera instancia a los efectos de determinar el tribunal competente para conocer del amparo.

⁶⁰ Sentencia 462 del 20 de mayo de 2010, caso *Gustavo E. Yélamo*, bajo la ponencia de Luisa Estela Morales, en José Gregorio Torrealba R., ob. cit., p. 261.

⁶¹ Sentencia 1.773 del 30 de noviembre de 2011, caso *Interpretación del artículo 258 de la Constitución*, bajo la ponencia de Luisa Estela Morales, en José Gregorio Torrealba R., ob. cit., p. 261.

La Sala no se pronunció en esta sentencia sobre la admisibilidad de la acción de amparo ejercida, sino que se limitó a declarar su competencia y a ordenar la notificación de la Procuraduría General de la República por cuanto la empresa del Estado PDVSA Industrial adquirió las acciones de la empresa matriz de la parte demandante en el arbitraje que dio origen a la acción de amparo. Probablemente y ojalá estemos equivocados, para la Sala Constitucional este solo elemento sea suficiente para retroceder a etapas ya superadas sobre el ejercicio de la acción de amparo constitucional contra laudos arbitrales⁶².

b. El Recurso de Nulidad

i. El Recurso de Nulidad en la Ley Modelo de la CNUDMI

La Ley Modelo – sobre la que se basa la Ley de Arbitraje Comercial venezolana – prevé el recurso o “petición de nulidad” en su artículo 34⁶³ como el único recurso contra el laudo arbitral. Del texto de la disposición podemos comentar, brevemente:

⁶² Sentencia 394 de fecha 28 de noviembre de 2019, caso: *Desarrollos Mercayag, C.A.*, bajo la ponencia de Gladys María Gutiérrez Alvarado. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/308320-0394-281119-2019-16-0390.HTML>, consultado el 17 de julio de 2020.

⁶³ Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral. 1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo. 2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando: a) la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o b) el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado. 3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde

1. La suspensión del laudo

El artículo 34 no aclara si el ejercicio del recurso de nulidad tiene un efecto suspensivo sobre el laudo impugnado. Al no haber una mención expresa de este efecto, consideramos que el laudo impugnado mantiene sus plenos efectos a menos que haya una medida cautelar dictada por el juez en el contexto del procedimiento de nulidad que de manera expresa e inequívoca suspenda la ejecución del laudo.

Una de las razones principales para llegar a esta conclusión es la equiparación de los derechos de las partes frente al recurso de nulidad. Si el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva asiste a la parte que impugna el laudo, no es menos cierto que la parte ganadora del arbitraje tiene un derecho de ejecución del laudo que se enmarca, también, en el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido que un laudo arbitral, que tiene fuerza de cosa juzgada y debe ser ejecutado como si se tratara de una sentencia dictada por un tribunal ordinario.

2. Lapso para el ejercicio del recurso

El lapso previsto en el numeral 3 del artículo 34 la Ley Modelo para ejercer el recurso de nulidad es de tres meses, contados desde la fecha de recepción del laudo o desde la fecha en que el tribunal arbitral haya resuelto alguna petición de corrección o interpretación del laudo arbitral.

3. Causales de nulidad del laudo

El numeral 2 del mencionado artículo 34 consagra las causales taxativas para declarar la nulidad de los laudos. Las divide en dos grupos: (i) las que deben ser probadas por la parte recurrente, y (ii) las que deben ser probadas por el tribunal. Esto marca una diferencia importante,

la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral. 4) El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

pues las causales que se encuentran en el segundo grupo implican un rol inquisitivo de parte del tribunal de nulidad, pues ambas causales, como veremos *infra*, involucran el orden público de forma directa o indirecta.

a. Causales que deben ser probadas por el recurrente

Este primer grupo de causales está previsto en el literal a), numeral 2 del artículo 34, en los siguientes términos:

“a) la parte que interpone la petición pruebe:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o

ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley”.

Se trata entonces de motivos que no involucran, de ninguna forma, cuestiones de orden público, sino que por el contrario, se refieren a vicios (incapacidad de una de las partes al momento de suscribir el acuerdo de arbitraje) que pudieran ser convalidados, ratificados o subsanados, y derechos (como los previstos en los numerales del ii al iv, que en general son garantías para el ejercicio del derecho a la defensa en el procedimiento arbitral) que pudieran ser disponibles por las partes.

Ahora, a menos que el vicio haya sido expresamente convalidado, ratificado o subsanado o que el derecho haya sido expresamente renun-

ciado por la parte que no pudo ejercerlo, el mismo laudo que pudiera no haber sido recurrido en nulidad, podría ser objeto de rechazo en su ejecución por las mismas razones.

b. Causales que puede invocar el tribunal ex officio

El literal b) del mismo numeral del artículo 34 prevé otro grupo de motivos de nulidad del laudo en los que el tribunal que conozca de la nulidad puede ejercer un rol más inquisitivo:

“b) el tribunal compruebe:

- i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o*
- ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado”.*

El primer punto se refiere a la arbitrabilidad de la disputa. Este es un aspecto regulado por la legislación de cada Estado, pero la regla general es que solo son susceptibles de ser sometidas a arbitraje aquellas disputas que versan sobre derechos disponibles o susceptibles de transacción. En cuando al segundo punto, que es probablemente uno de los motivos más polémicos de nulidad del laudo y también de su ejecución, permite que un tribunal declare la nulidad del laudo si encuentra que el mismo es violatorio del orden público. Una causal totalmente idiosincrática y que, por lo tanto, varía de jurisdicción a jurisdicción.

4. El procedimiento aplicable y el tribunal competente

La Ley Modelo deja a discreción de cada Estado la determinación del tribunal competente para conocer del recurso de nulidad y el procedimiento aplicable. Sin embargo, la Ley Modelo prevé en el numeral 4 del artículo 34, que el tribunal que conozca del recurso de nulidad, previa solicitud de una de las partes, podrá suspender las actuaciones del proceso por un plazo de su libre determinación, *“...para permitir que el tribunal arbitral tenga la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad”.*

ii. El Recurso de Nulidad en la Ley de Arbitraje Comercial

El recurso de nulidad es – y en esto acompañamos a Díaz Candia⁶⁴ – una acción y no un recurso propiamente dicho⁶⁵. El procedimiento del recurso de nulidad no es una continuación del procedimiento arbitral, que termina una vez emitido el laudo arbitral⁶⁶, como sí sucede con los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, que son una continuación del proceso ordinario. El denominado “recurso” de nulidad – que seguiremos denominando así a los efectos de este trabajo – inicia un nuevo procedimiento ante la jurisdicción ordinaria en la que el juez evaluará si el laudo ha incurrido en alguna de las causales que acarrear su nulidad.

Se trata, en nuestra opinión, de una acción de carácter objetivo, pues su objeto es la declaratoria de nulidad de un acto emitido por un tercero – tribunal arbitral – en el que la otra parte que participó en el arbitraje está legitimada a participar como parte cuyos derechos pueden verse afectados directamente por la sentencia que resuelva la nulidad. Los árbitros, por el contrario, no ostentan ninguna legitimidad para participar en el proceso de nulidad del laudo⁶⁷.

La Ley de Arbitraje Comercial venezolana regula el recurso de nulidad en sus artículos 43 al 47 que comentaremos seguidamente:

1. Exclusividad, tribunal competente, lapso para su interposición y efecto no suspensivo del recurso de nulidad

El encabezado del artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial señala:

⁶⁴ Hernando Díaz-Candia, *La conciliación y el arbitraje comercial en el contexto de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela*, en *Memoria Arbitral*, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Caracas, 2011., p. 189.

⁶⁵ En contra de esta tesis, ver Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, ob. cit., pp. 542 – 547.

⁶⁶ Ver artículo 33.3 de la Ley de Arbitraje Comercial

⁶⁷ En contra ver: Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 855 de fecha 5 de abril de 2006, caso *Elettronica Industriale S.p.A.* Consultada en José Gregorio Torrealba R., ob. cit., p. 238.

“Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad. Este deberá interponerse por escrito ante el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. El expediente sustanciado por el tribunal arbitral deberá acompañar al recurso interpuesto”.

Al igual que lo establecido en la Ley Modelo, el recurso de nulidad está previsto en la ley venezolana, de manera clara, diáfana e inequívoca, como el único recurso que procede para impugnar el laudo arbitral. Como mencionábamos arriba, la Ley Modelo deja a discreción de cada Estado determinar cuál es el tribunal competente para conocer de la nulidad del laudo y Venezuela se cuenta entre los países que atribuyeron esta competencia a los tribunales superiores, que es una marcada tendencia en el derecho comparado⁶⁸. Mezgravis, Carrillo y Saghy, apoyados en la respetable doctrina del Maestro Caivano son del criterio que cuando la ley se refiere al “*Tribunal Superior competente*” “...debe entonces entenderse que se refiere a aquél “*Tribunal Superior natural*”. Es decir, el Tribunal Superior de aquél que hubiere conocido la controversia si esta no hubiere sometido al arbitraje”⁶⁹. Pero esto es relativo, porque las reglas para determinar la competencia de los tribunales judiciales – y así determinar el juez natural - no son aplicables al arbitraje, en el sentido que en el arbitraje, las partes -o el tribunal arbitral – definen la sede jurídica del mismo, que es la que determinará el tribunal competente para conocer el recurso de nulidad.

No es del todo preciso señalar que el tribunal competente para conocer el recurso de nulidad contra el laudo es el Tribunal Superior de aquél que hubiere conocido la controversia si esta no hubiera sido sometida a arbitraje, pues implicaría asumir un enfoque material de la definición y no formal, involucrando elementos -como la cuantía, por

⁶⁸ Pocas son las jurisdicciones que otorgan la competencia para conocer del recurso de nulidad a tribunales distintos a los usualmente llamados Cortes de Apelaciones o Tribunales Superiores. Entre estos tenemos a Austria, Costa Rica, Cuba y Suiza, cuyas legislaciones atribuyen la competencia a las respectivas Cortes Supremas, mientras que Bélgica, Japón, Kenya, México y Rusia la imputan a sus tribunales de primera instancia.

⁶⁹ Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, ob. Cit., pp. 537-538.

ejemplo- para determinar la competencia y no solo la sede del arbitraje, que es factor determinante de la competencia según la Ley de Arbitraje Comercial. Como hemos mencionado, la tendencia es la de imputar la competencia para conocer el recurso de nulidad a tribunales de jerarquía media (cortes de apelaciones o tribunales superiores) en el sentido formal de la palabra y no a tribunales que puedan fungir como tribunales de apelación de tribunales de la menor jerarquía judicial.

Por otra parte, el lapso para el ejercicio del recurso de nulidad en Venezuela es el más corto entre las jurisdicciones que hemos analizado para realizar este trabajo. Mientras la tendencia es a otorgar un lapso equivalente a tres meses, con excepciones que otorgan desde 10 días (Cuba) hasta seis meses (Chile), en nuestro país el lapso se reduce a cinco días, contados a partir de la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. Siguiendo el razonamiento de Mezgravis, Carrillo y Saghy⁷⁰, probablemente el legislador tenía en mente un recurso y no una acción y podríamos especular que por esto hizo coincidir el lapso de caducidad para el ejercicio del recurso de nulidad con el lapso para ejercer la apelación en el procedimiento ordinario, pero esto es solo especulación.

2. La suspensión del laudo

El primer aparte del artículo 43 continúa señalando:

“La interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral a menos que, a solicitud del recurrente, el Tribunal Superior así lo ordene previa constitución por el recurrente de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado”⁷¹.

⁷⁰ Ibidem, pp. 542 y 543.

⁷¹ En el derecho comparado hemos encontrado una referencia similar en la legislación española, cuya Ley de Arbitraje prevé, en su artículo 45.1, relativo a la ejecución del laudo que: “El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación. No obstante, en ese caso el ejecutado podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo. La caución podrá constituirse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Presentada la solicitud de suspensión, el tribunal, tras oír al

Es claro que el recurso de nulidad no tiene como consecuencia inherente a su ejercicio la suspensión de los efectos del laudo impugnado. Para que se suspenda el laudo la parte recurrente debe solicitarlo como medida cautelar, que es la naturaleza propia de la orden de suspensión prevista en el artículo, que debe además exigir la previa constitución de una caución para garantizar la ejecución del laudo – debe ser capaz de cubrir el monto de la condenatoria y cualquier monto accesorio – y los perjuicios eventuales en caso de ser rechazado el recurso de nulidad, entre los que se podrían incluir las costas del proceso. Pero este punto ha sido objeto de una amplia discusión en la doctrina y que parece no haber sido del todo bien interpretada por los tribunales venezolanos. Dedicaremos unas líneas a desarrollar este punto tan polémico e innecesariamente dañino para el arbitraje en Venezuela.

a. El “issue” de la caución

El artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que:

“El Tribunal Superior no admitirá el recurso de nulidad cuando sea extemporánea su interposición o cuando las causales no se correspondan con las señaladas en esta Ley.

En el auto por medio del cual el Tribunal Superior admite el recurso se determinará la caución que el recurrente deberá dar en garantía del resultado del proceso. El término para otorgar la caución será de diez (10) días hábiles a partir de dictado dicho auto.

ejecutante, resolverá sobre la caución”. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>, consultado el 19 de julio de 2020. En Colombia, el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil (derogado por la Ley 1563 de 2012) expresa: “... la interposición del recurso de anulación contra un laudo arbitral, no suspende ni impide su ejecución. No obstante, el interesado podrá ofrecer caución para responder por los perjuicios que la suspensión cauce a la parte contraria. El monto y la naturaleza de la caución serán fijados por el competente para conocer el recurso de anulación en el auto que avoque conocimiento, y esta deberá ser constituida dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de aquel, so pena de que se declare desierto el recurso. Una vez aceptada la caución, en las condiciones y términos fijados por el Tribunal, se entenderá que los efectos del laudo se encuentran suspendidos. Cuando el recurrente sea una entidad pública no habrá lugar al otorgamiento de caución”. Disponible en <https://www.notinet.com.co/codigos/capitulos.php?id=1135>, consultado el 19 de julio de 2020. Presumimos que esta es la norma a la que se refiere Mezgravis como antecedente a la norma venezolana, pues efectivamente estaba vigente cuando se discutía la Ley de Arbitraje Comercial.

Si no se presta la caución o no se sustenta el recurso, el tribunal lo declarará sin lugar”

La caución mencionada en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, leída en concordancia con lo dispuesto en el artículo 45 *eiusdem*, ha generado una interpretación que consideramos ilegal – porque no es lo que prevé la Ley de Arbitraje Comercial e inconstitucional por violar los derechos de justicia gratuita, tutela judicial efectiva y acceso a la justicia.

Varios autores patrios han tratado el tema de la caución. En un trabajo hasta ahora inédito, Rengel⁷² da cuenta de la tendencia mayoritaria que reconoce en la caución un requisito de admisibilidad del recurso de nulidad, sin el cual, y como consecuencia expresamente prevista en el artículo 45, debe declararse sin lugar el recurso. Entre estos autores se cuentan Henríquez La Roche⁷³, quien asimila esta caución con la requerida por el numeral 6 del artículo 599 del Código de Procedimiento Civil sobre el secuestro de la cosa litigiosa cuando el poseedor apelare contra la sentencia sin dar fianza para responder por la cosa y sus frutos. Gabaldón⁷⁴ defiende la constitucionalidad de la caución sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes, que al comprometerse en arbitraje aceptan los términos de la ley. Hung⁷⁵ se inclina por favorecer la protección del derecho de ejecución y la autonomía de la voluntad de las partes al someterse al arbitraje con conocimiento del requisito de otorgar caución.

Mezgravis ha sostenido que la caución, como requisito de admisibilidad del recurso de nulidad, es inconstitucional en los mismos términos del principio *solve et repete* (paga y después reclama)⁷⁶.

⁷² Pedro Rengel, *La caución para recurrir la nulidad del laudo arbitral como garantía del resultado del proceso*, Caracas, 2020. Consultado en copia electrónica.

⁷³ Ricardo Henríquez La Roche, *Código de Procedimiento Civil*, Tomo V, Organización Gráfica Capriles, Caracas, 1998, pp. 62. Citado por Pedro Rengel, ob.cit., p. 1.

⁷⁴ Frank Gabaldón, *Análisis de la Ley de Arbitraje Comercial*, Livrosca, Caracas, 1999, p. 136. Citado por Pedro Rengel, ob. cit., p. 3.

⁷⁵ Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Derecho Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 538-541. Citado por Pedro Rengel, ob. cit., pp. 3-4.

⁷⁶ Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, ob. cit., p. 541. Posición que no ha cambiado desde su primer trabajo sobre el tema. Ver Andrés Mezgravis, ob. cit., p. 255.

Coincidimos con esta posición, sobre todo, si consideramos que cuando la ley exige una caución para poder acceder a la jurisdicción ordinaria mediante una acción o un recurso⁷⁷, lo hace para proteger derechos de la otra parte y no como un requisito formal de admisibilidad que tenga por intención, de forma arbitraria, hacer más oneroso el ejercicio el acceso a la jurisdicción o evitar una supuesta interposición maliciosa del recurso de nulidad – como si quien pretende ejercer un recurso con malicia no pudiera presentar una caución -. Hobaica sugiere una interpretación más coherente y que también compartimos, al señalar que “... la posibilidad de que se suspendan los efectos del Laudo, viene dada por el artículo 43..., el cual señala que la única forma de suspender su ejecución es mediante una caución, y que el trámite que debe seguirse en caso de que se solicite la suspensión de los efectos del Laudo es el señalado por el artículo 45...”⁷⁸.

Tampoco compartimos la tesis de Rengel⁷⁹ según la cual el artículo 43 prevé una caución para garantizar las resultas del proceso y la suspensión del laudo y que el artículo 45 prevé otra caución, como requisito de procedencia del recurso. El artículo 45 señala que el auto de admisión del recurso debe determinar la “...la caución...”, no se refiere a ella como una caución independiente y la única caución a la que puede estar haciendo referencia es a la del artículo 43, no requiere una nueva caución.

La Sala de Casación Civil al pronunciarse sobre la caución en el recurso de nulidad, ha mencionado que la caución prevista en el artículo 45 tiene por objeto “*garantizar los daños que puedan causarse al evitar, con la demanda de nulidad, la ejecución del laudo arbitral...*”⁸⁰,

⁷⁷ Tales como la caución exigida por el artículo 599, numeral 6 del Código de Procedimiento Civil, la exigida en el artículo 333 para la suspensión de la ejecución de la sentencia cuando se ejerce el recurso de invalidación, o la *cautio iudicatum solvi* prevista en el artículo 36 del Código Civil

⁷⁸ Adolfo Hobaica, *Algunas consideraciones sobre la Caución prevista en los artículos 43 y 45 de la Ley de Arbitraje Comercial*. 30 de mayo de 2019, Caracas, 2019, pp. 5. Disponible en https://www.academia.edu/43382639/Consideraciones_sobre_la_Caucio_n_prevista_en_la_LAC, consultado el 18 de julio de 2020.

⁷⁹ Pedro Rengel, ob. Cit., p. 4.

⁸⁰ La sentencia RC225, del 21 de abril de 2008, caso *Gerencia y Control de Ingeniería, S.A. (GYCSA)*, bajo la ponencia del Magistrado Carlos Oberto Vélez, pp. 10. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/RC-00225-210408-05813.HTM>, consultado el 19 de julio de 2020.

que es lo que prevé expresamente el artículo 43 para otorgar la medida cautelar de suspensión del laudo. La Sala Constitucional, por su parte, también ha señalado que *“no es inconstitucional requerir a la parte recurrente constituir caución para lograr la suspensión del laudo cuya nulidad se recurre, pues es una forma de garantizar que las partes del proceso queden cubiertas de los eventuales daños o perjuicios que pueden experimentar por la suspensión en su ejecución”*⁸¹. Como puede observarse, las tres sentencias emitidas por Salas del Tribunal Supremo de Justicia interpretan, de manera errónea, que la caución prevista en el artículo 43 es un requisito de admisibilidad según el artículo 45. Lo correcto en nuestra opinión, es que el artículo 43 prevé una medida cautelar de suspensión de efectos del laudo que requiere de caución para ser otorgada, mientras que el artículo 45 exige que esa caución sea fijada en el auto de admisión, pero cuando la medida haya sido solicitada, no como un requisito de admisibilidad o procedencia del recurso de nulidad.

Para nosotros es evidente que esta interpretación errónea acarrea una violación flagrante del derecho a la justicia gratuita, de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, pues si el recurrente no solicita la suspensión del laudo, la parte ganadora en el arbitraje no verá afectado su derecho a la tutela judicial efectiva, pudiendo ejecutar el laudo debido a la carencia de efecto suspensivo del recurso de nulidad, también establecido en el artículo 43. Aparte, en el derecho comparado, las normas española y colombiana (esta ya derogada) *supra* citadas, prevén la caución para salvaguardar los derechos de la parte que verá suspendida la ejecución del laudo por una medida cautelar en ese sentido dictada por el juez de nulidad. La norma venezolana, interpretada como requisito de admisibilidad del recurso, sería totalmente atípica.

⁸¹ Sentencia 1.121 de fecha 20 de junio de 2007, caso *Distribuidora Punto Fuerte D.P.F., C.A.*, bajo la ponencia del Magistrado Arcadio Delgado Rosales. En su sentencia 1.541 del 17 de octubre de 2008, la Sala Constitucional ratificó el criterio del fallo mencionado y agregó: “...una de las más importantes manifestaciones de la tutela judicial efectiva...es el derecho de la parte gananciosa a ejecutar aquellos fallos favorables, sin la admisibilidad de tácticas dilatorias temerarias por la parte perdidosa”. Consultadas en José Gregorio Torrealba R., ob. cit., pp. 264 y 269.

Otro tema, también confuso es el de las consecuencias de no otorgar la caución. Es el único punto en el que consideramos que efectivamente se trata de una norma inconstitucional y no como el anterior, cuyo problema es la interpretación que se le ha dado. Si la suspensión de efectos del laudo arbitral es una medida cautelar y la caución debe otorgarse para salvaguardar los derechos de la parte que podría ejecutar el laudo y que se ve impedida por la medida, la falta de caución no puede ser motivo para la improcedencia del recurso de nulidad. La consecuencia de no presentar la caución en los términos mencionados debería ser el decaimiento de la medida cautelar de suspensión de efectos del laudo, de lo contrario, se está sometiendo la suerte de la pretensión principal a la accesoria.

3. Inadmisibilidad e improcedencia del recurso de nulidad

El mismo artículo 45 citado *supra* establece claramente dos causas de inadmisibilidad del recurso de nulidad: (i) cuando se haya ejercido de forma extemporánea; y (ii) cuando no se fundamente en las causales establecidas en el artículo 44 *eiusdem*. No hace referencia a la caución como requisito para la admisión del recurso, tal y como hemos mencionado arriba.

Por su parte, el artículo 46 establece que *“Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará sin lugar el recurso, se condenará en costas al recurrente y el laudo se considerará de obligatorio cumplimiento para las partes”*. Consideramos que el legislador reguló con este artículo algo que no requería ser regulado, pues es una consecuencia directa que el recurso sea declarado improcedente si no prospera ninguna de las causales alegadas, tal y como tampoco era necesario mencionar que se condenaría en costas – es la regla general – y que el laudo sería de obligatorio cumplimiento para las partes, pues a menos que se hubiera dictado la medida de suspensión de efectos del laudo, el artículo 43 es claro al señalar que el recurso no tiene efecto suspensivo y si el recurso es declarado sin lugar, el efecto inmediato es también el levantamiento de la medida cautelar. La norma solo agrega mayor confusión a un capítulo bastante complicado de la Ley.

4. Sustanciación del recurso de nulidad

El artículo 47 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que “... *el Tribunal Superior conocerá del mismo conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil para el procedimiento ordinario*”. La doctrina ha acusado la confusa redacción de esta norma y tomando en cuenta diversos elementos relacionados con la finalidad del arbitraje han llegado a la conclusión de que dicho artículo se refiere al procedimiento ordinario en segunda instancia⁸², conclusión que compartimos plenamente, aunque no la consideramos suficiente para privar al recurso de nulidad de su naturaleza de acción autónoma.

5. Causales de nulidad del laudo

Las causales de nulidad del laudo arbitral se encuentran previstas de manera taxativa en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial. Ninguna de las causales permite una revisión de la decisión de fondo del tribunal arbitral – es una de las características esenciales del arbitraje y se entiende que las partes han escogido someterse a este método con total conocimiento de ello – y por lo tanto, no puede – ni debe – calificarse como una apelación, ni siquiera limitada, pues no está dado al juez de nulidad cuestionar el fondo del laudo.

Al igual que la Ley Modelo, la Ley de Arbitraje Comercial divide las causales en dos grupos: (i) las que deben ser probadas por la parte recurrente, y (ii) las que pueden ser comprobadas por el tribunal *ex officio*.

Las que deben ser probadas por la parte recurrente son las identificadas en los literales a) a d), que se señalan aspectos relacionados con la validez del acuerdo de arbitraje, la capacidad de las partes y garantías procesales:

“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

⁸² Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, ob. cit., p. 546.

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;”

El literal e) de este artículo es un error legislativo, tal y como ha sido calificado por Hung⁸³. Por su parte, el literal f) contiene las causales que pueden ser comprobadas *ex officio* por el tribunal que conozca la nulidad y que se relacionan con la arbitrabilidad de la disputa y la violación del orden público por el laudo en los siguientes términos: “*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*”.

iii. El Avocamiento en el arbitraje

El avocamiento es una institución de naturaleza procesal que subvierte el orden jurídico de la competencia de los tribunales. La doctrina no es conteste en su naturaleza jurídica, algunos lo califican como una “*institución extraordinaria*”⁸⁴, mientras otros lo califican como “*recurso extraordinario*”⁸⁵, ambas tendencias basándose en expresiones utilizadas por la jurisprudencia. El antecedente más antiguo del avocamiento tiene su origen en el Derecho Canónico en 1213 para luego ser adoptado por la legislación francesa, particularmente como una potestad

⁸³ Francisco Hung Vaillant, citado por Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, ob. cit., p. 527.

⁸⁴ Alexis Crespo Daza, *Reflexiones acerca del Avocamiento*, en Revista de Derecho Administrativo, número 17, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, p. 73-84. Susana Dobarro, Valentina Michelena y Alvaro Garrido, *Consideraciones Generales sobre el Avocamiento en la Jurisprudencia Venezolana. Especial referencia a la sentencia dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 3 de junio de 2003 (No. 809; caso: Jenny Mariela Lugo Méndez)*, en Revista de Derecho Administrativo, número 17, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 199-233

⁸⁵ Roxana Medina de Zañbert, *El Avocamiento*, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, número 130, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas : Departamento de Publicaciones, 2007, pp. 295-324.

del monarca⁸⁶, mientras que otros identifican su origen entre finales del Siglo VI y finales del Siglo XVIII en la era de las monarquías absolutistas, para ser repudiada luego de la Revolución Francesa en 1789⁸⁷.

A Venezuela llegó el avocamiento de la mano de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁸⁸ (LOCSJ) en 1976 como una potestad de la Sala Político-Administrativa sobre los demás tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. El avocamiento ha sido comparado con el *certiorary* o *writ of error* del derecho de los Estados Unidos de América⁸⁹, lo que incluso ha sido reflejado en sentencias de la propia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia⁹⁰, pero no parece tener un equivalente en el derecho comparado⁹¹.

El régimen del avocamiento fue modificado mediante una interpretación de la Sala Constitucional en su sentencia del caso *Sintracemento*⁹² en la que se extendió la competencia para avocarse a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia por considerar que el régimen previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se excedía al violentar el régimen de competencia por la materia. Posteriormente, estos cambios fueron incluidos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁹³ (LOTSJ), que derogó la LOCSJ.

⁸⁶ Alexis Crespo Daza, ob. cit., p. 73.

⁸⁷ José Peña Solís, *El avocamiento judicial como instrumento de abuso de poder en Venezuela, a propósito de la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 31 de marzo de 2004*, en *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio*, Editorial Aequitas, C.A., Caracas, 2004. Pp. 62, citado por Roxana Medina de Zaibert, ob. cit., p. 298.

⁸⁸ Congreso de la República de Venezuela, Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, publicada en Gaceta Oficial No. 1.893 Extraordinario del 30 de julio de 1976.

⁸⁹ Voto salvado del Magistrado Martín Pérez Guevara en la sentencia del caso *Xavier Anoel Pacheco y otros* de fecha 15 de febrero de 1979, citado por Alexis Crespo Daza, ob. cit., p. 78.

⁹⁰ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 1.067 del 11 de mayo de 2000, citada por Roxana Medina de Zaibert, ob. cit., p. 299.

⁹¹ En tal sentido, ver la valiosa intervención del profesor Rafael Chavero en el seminario virtual “Avocamiento y Arbitraje”, organizado por la Asociación Venezolana de Arbitraje el 30 de abril de 2020, disponible en <https://youtu.be/6ilQyQovqqs>, consultado el 18 de julio de 2020.

⁹² Sentencia 806 del 24 de abril de 2002, caso *Sintracemento*, bajo la ponencia del Magistrado José M. Delgado Ocando. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/806-240402-00-3049.HTM>, consultado el 18 de julio de 2020.

⁹³ Venezuela, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en Gaceta Oficial No. 37.942 del 20 de mayo de 2004.

Los requisitos de admisibilidad del avocamiento se encuentran previstos en el artículo 108 de la LOTSJ⁹⁴ y pueden resumirse en: (i) que el asunto curse en algún tribunal de la República, y (ii) que las irregularidades que se aleguen hayan sido oportunamente reclamadas sin éxito en la instancia a través de los medios ordinarios. Los requisitos de procedencia se encuentran en el artículo 107 *eiusdem* y se reducen a (i) que existan graves desórdenes procesales, o (ii) escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente a imagen del Poder Judicial, la paz pública y la institucionalidad democrática.

El resultado del avocamiento, lo que efectivamente puede ordenar la Sala que se avoque al conocimiento de un procedimiento, se establece en los artículos 106 y 109 de la LOTSJ y consta de varias opciones: (i) asumir el conocimiento del asunto, (ii) remitir el asunto a otro tribunal, (iii) decretar la nulidad y reposición del juicio al estado pertinente, (iv) decretar la nulidad de actos procesales, y (v) adoptar cualquier medida que considere idónea para el restablecimiento del orden jurídico infringido.

La Sala Constitucional, que hasta el momento había venido avanzando en la dirección correcta – en términos generales – sobre la institución del arbitraje en el marco jurídico venezolano, incluso resolviendo correctamente algunos de los problemas más comunes en el derecho comparado, ha dado un paso en falso al iniciar el trámite de un avocamiento mediante la sentencia número 42 del 20 de febrero de 2020⁹⁵. El avocamiento fue solicitado sobre un arbitraje que se venía tramitando en el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, cuyas reglas prevén la presentación previa del laudo arbitral a las partes. En este caso, al ser presentado el proyecto de laudo arbitral a las partes y recibidas las observaciones correspondientes, la parte que ya se sabía perdedora, decidió acudir a la Sala Constitucional para pedir su avocamiento, como si se tratara de un procedimiento judicial y en clara violación al

⁹⁴ Venezuela, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en Gaceta Oficial 5.991 Extraordinario del 29 de julio de 2010.

⁹⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 42 del 20 de febrero de 2020, caso *Alimentos Polar Comercial, C.A.*, bajo la ponencia de Juan José Mendoza Jover. Al momento de redactar este trabajo, la sentencia no se encuentra disponible en la página web del Tribunal Supremo de Justicia. Consultada en copia.

acuerdo de arbitraje que había suscrito. La sentencia no contiene una motivación que permita saber el criterio sobre el cual se fundamentó la Sala para iniciar el trámite del avocamiento, pero las decisiones tomadas en dicha sentencia constituyen una intervención judicial fuera de todo parámetro admisible en cualquier sistema civilizado de arbitraje. En efecto, la Sala decidió:

“1. Se ORDENA al Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) remitir el expediente... en el lapso de cinco (5) días de despacho siguientes.

2. ACUERDA la SUSPENSIÓN de los actos procedimentales de la causa que sigue ... ante el Tribunal Arbitral constituido ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), ... y de los actos de ejecución, hasta que se decida el fondo del asunto.”

Aunque la Sala no motivó su decisión, sí realizó una relación de las denuncias que la solicitante del avocamiento consideró de tal gravedad y de tal rareza que no podrían – a su criterio – ser resueltas mediante el recurso de nulidad. Estos argumentos son:

“...para que se avoque en forma excepcional para el conocimiento del asunto, en virtud de estar en presencia de posibles violaciones de orden público constitucional acá delatados en cuanto algunos “excesos” que habrían llevado a la “desnaturalización” de la función del Tribunal arbitral...

*...sin embargo, más adelante, en etapa de sentencia, es que ocurre una subversión **procesal** cuyas dimensiones alcanza violaciones legales y constitucionales **del orden público...***

*...se ha presentado una situación irregular que amenaza gravemente – y en general – los << **derechos constitucionales a la defensa**>>... y a la <<**tutela judicial efectiva**>>...*

*...en virtud de la necesaria preservación de los derechos constitucionales tan elementales del derecho a la defensa, **al debido proceso (sobre yodo (sic) en cuanto al derecho a probar) y la tutela judicial efectiva...***

*...a fines de evitar la materialización de violaciones al **orden público constitucional...**” (Destacado nuestro).*

La Sala asumió estas denuncias señalando que la solicitud de avocamiento está referida “...a una causa llevada ante el Tribunal Arbitral constituido ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA); por las supuestas irregularidades cometidas en el conocimiento de una demanda arbitral...y que conforme a lo denunciado se ha sustanciado con un “<<un grave desorden procesal>> que conduce a la flagrante violación de las garantías y derechos constitucionales aquí expuestos”.

El avocamiento no es una institución que tenga cabida en el sistema de arbitraje consagrado por la Constitución y las leyes venezolanas. El caso *Alimentos Polar Comercial, C.A.*, que se ha resumido arriba, debió ser declarado inadmisibile por la Sala Constitucional, pues no solo violenta la doctrina de la Sala en materia de arbitraje y avocamiento, sino que no cumple con los requisitos de admisibilidad del artículo 108 arriba mencionados. En primer lugar, no existe posibilidad de asimilar un tribunal arbitral a un tribunal de la República⁹⁶, no tienen la misma naturaleza jurídica y no cabe una interpretación, por extensiva que sea, que pueda incluirlos en la estructura del Poder Judicial. En segundo lugar, las irregularidades denunciadas nunca fueron reclamadas a través de medios ordinarios, como lo sería el recurso de nulidad o incluso la defensa ante la ejecución del laudo arbitral. Como hemos visto *supra*, los elementos que tomó en cuenta la Sala para iniciar el trámite del avocamiento solicitado se refieren a presuntas violaciones a garantías procesales y al orden público que podrían ser objeto del recurso de nulidad o, en caso de no ejercerlo por considerar la onerosidad de la caución actualmente exigida – de forma ilegal e inconstitucional – como requisito de admisibilidad del recurso de nulidad, pudieron haber sido alegadas para instar el rechazo judicial de la ejecución del laudo conforme a las causales previstas en el artículo 49 de la Ley de Arbitraje Comercial,

⁹⁶ Esto ha sido mencionado en muchas sentencias de distintas Salas del Tribunal Supremo de Justicia que han dejado clara la diferencia entre Sistema de Justicia, al que pertenecen los medios alternos de solución de controversias, y el poder judicial, al que aplica un régimen legal distinto. Ver: Sentencias de la Sala Constitucional: 1.139 (5 de octubre de 2000); 1.393 (7 de agosto de 2001); 572 (22 de abril de 2005); 192 (28 de febrero de 2008); 1.541 (17 de octubre de 2008); 1.067 (3 de noviembre de 2010); de la Sala Político Administrativa: 855 (5 de abril de 2006), 722 (21 de julio de 2010); de la Sala de Casación Civil: RC 225 (21 de abril de 2008).

que reproduce, como sucede también en la Ley Modelo, las causales de nulidad del laudo.

Pero además, el avocamiento, de admitirse, no podría ser procedente conforme a lo dispuesto en el artículo 107 de la LOTSJ, pues (i) no se denunciaron graves desórdenes procesales, sino aspectos relacionados con la valoración de la prueba en el proyecto de laudo arbitral, y (ii) en los términos de la solicitud descrita en la sentencia número 42 aquí comentada, no hay posibilidad de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial – es imposible al tratarse de actuaciones de un tribunal arbitral –, la paz pública o la institucionalidad democrática.

CONCLUSIONES

El recurso de nulidad no ha estado siempre presente en la historia del arbitraje. De hecho, como hemos mencionado, podría decirse que antes de la aprobación de la Ley Modelo y su adopción progresiva por las diversas jurisdicciones que lo han hecho, cada legislación podía prever un recurso distinto para impugnar el laudo, aunque prevalecía como defensa en la ejecución, lo que complicaba el escenario con el surgimiento del arbitraje internacional en el Siglo XIX, al poner de relieve la posibilidad de decisiones contradictorias en cada lugar donde se pudiera pretender ejecutar el laudo. Para la parte perdedora era mucho más conveniente contar con un solo pronunciamiento sobre la nulidad del laudo, que pudiera hacer valer en cualquier jurisdicción. La Ley Modelo ha contribuido de manera determinante a la universalidad del recurso de nulidad, pues, aunque cada jurisdicción puede mantener otros medios de impugnación del laudo arbitral, sobre todo cuando se trata de arbitrajes domésticos, la presencia del recurso de nulidad es generalizada. La Ley de Arbitraje Comercial venezolana, al adoptar la Ley Modelo y tener un enfoque monista, no podía sino ajustarse a la realidad que impone el arbitraje internacional, que como ya hemos visto, encuentra serias complicaciones cuando los medios de impugnación del laudo no son uniformes. El carácter único del recurso de nulidad en Venezuela es producto del propio sistema en el que se desarrolla la legislación arbitral venezolana, que lo adoptó en su artículo 45, tantas

veces mencionado. Pero también hemos visto que hay razones de sobra, ya adoptadas por la jurisprudencia patria, para impedir la pluralidad de medios de impugnación, fundamentándose en que las partes, al comprometerse a someter sus disputas a arbitraje, lo hacen con pleno conocimiento del sistema, incluyendo las limitaciones sobre la revisión de la decisión de los árbitros y la prevalencia del principio de finalidad del laudo.

Este recurso no puede ser equiparado a una apelación. Entre las legislaciones que hemos consultado, cuando se permite una apelación es generalmente en arbitrajes nacionales, respetando la necesidad de uniformidad en los medios de impugnación del laudo internacional. Pero, además, permitir una revisión del fondo de la decisión arbitral implica que un juez sustituya la decisión de los árbitros escogidos por las partes, se obligue a la parte ganadora a ir a un tribunal ordinario y además permitir que se tergiverse el carácter expedito del arbitraje, pues a diferencia del recurso de nulidad, la apelación sí suspendería la ejecución del laudo. El argumento sobre la predictibilidad se ven compensados por la flexibilidad del procedimiento arbitral.

Por otra parte, como hemos visto, particularmente por el intento belga, la comunidad internacional de negocios no parece estar preparada todavía para renunciar a algún tipo de control judicial sobre el laudo, aunque sí es un entendimiento general que ese control debe ser limitado.

Por su parte, la utilización de la acción de Amparo o Tutela Constitucional queda viva en dos jurisdicciones: Colombia, una jurisdicción que reclama haber adoptado la Ley Modelo en lo relacionado al arbitraje internacional, permite la Tutela contra laudos domésticos y algunos autores citados *supra*, reportan que la Corte Constitucional de ese país ha aceptado recientemente el ejercicio de la acción de tutela contra laudos arbitrales internacionales cuando la sede haya sido Colombia, mientras que El Salvador que no ha adoptado la Ley Modelo, mantiene la posibilidad del amparo contra laudo. En Venezuela, como ya hemos mencionado, lo que parecía haber sido una etapa superada, vuelve a estar en el tapete, sin que hasta ahora podamos decir definitivamente que el amparo contra laudo entra en una nueva era de procedencia contra laudos arbitrales, habrá que esperar.

Igualmente, hemos identificado jurisdicciones que permiten expresamente la apelación judicial, recurso además permitido en Venezuela para el arbitramento previsto en el Código de Procedimiento Civil, mas no para el arbitraje regulado por la Ley de Arbitraje Comercial. Todo depende del mecanismo al que se hayan sometido las partes, porque consideramos que no hay aplicación analógica posible de las normas del arbitramento en el arbitraje comercial. A diferencia de lo anterior, es posible que las partes acuerden un mecanismo de apelación arbitral, tal y como hemos mencionado arriba, porque esto no sería un mecanismo externo de impugnación del laudo, por el contrario, sería una nueva etapa del procedimiento arbitral.

Hemos visto también que existen jurisdicciones que permiten la procedencia de recursos de revisión o revocatoria – equivalentes a nuestro recurso de invalidación – sobre laudos arbitrales. No es el caso venezolano, pero es una realidad en Colombia, Costa Rica, España, Italia, Países Bajos y Suiza, cuyas legislaciones tienen por objeto facilitar la impugnación de laudos viciados desde el punto de vista probatorio o incluso de legitimidad. Consideramos que estos recursos son convenientes solo para aquellos casos muy graves en los que no se haya ejercido el recurso de nulidad. Esto sobre la base de que las causales del recurso de revisión podrían, en la mayoría de los casos, encontrar una causal equivalente para el ejercicio del recurso de nulidad, que es el más idóneo. Quedaría el recurso de revisión para casos en los que ya haya caducado el lapso para ejercer el recurso de nulidad. No es algo, sin embargo, que esté previsto en las legislaciones analizadas, solo ventajas que identificamos.

En cuanto al recurso de nulidad, la Ley de Arbitraje Comercial es bastante similar a la Ley Modelo en cuanto a las causales de nulidad del laudo. Sin embargo, el trámite del recurso presenta múltiples aspectos que se prestan a confusión debido a una redacción bastante incoherente y abstracta, que exige recurrir a mecanismos de interpretación complejos para darle el sentido adecuado y alineado con la intención del legislador. El punto de la caución para la suspensión del laudo o como requisito de admisibilidad merece una reflexión profunda y objetiva por la comunidad arbitral, porque puede estar causando más problemas que ventajas. Insistimos en que su calificación como requisito de admisibi-

lidad del laudo es producto de una interpretación de normas que no se engranan adecuadamente, pero que es posible, sin declarar la inconstitucionalidad de dichas normas, darle lo que consideramos su lugar correcto como garantía que se ofrece para el otorgamiento de una medida cautelar de suspensión de efectos del laudo arbitral y no como un requisito de admisibilidad. Lo contrario es imponer una carga arbitraria sobre el recurrente, inconsistente con los derechos de justicia gratuita, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

Finalmente, luego de haber pasado por todas las razones que apuntan al recurso de nulidad como recurso único contra el laudo y las que justifican que no haya una revisión de fondo del laudo arbitral, y adicionalmente haber estudiado la naturaleza jurídica y requisitos de procedencia del avocamiento, solo hay que decir que no hay interpretación posible que permita el ejercicio de esta potestad de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia sobre un procedimiento arbitral. Es, en principio, *contra natura*, pero además, a todas luces inadmisible. La Sala Constitucional debe mantener su doctrina en materia de arbitraje y también su doctrina en materia de avocamiento. Ninguna es favorable al avocamiento en materia de arbitraje, por el contrario, una decisión en ese sentido desconocería grandes avances que ha tenido la jurisprudencia constitucional venezolana en el desarrollo del arbitraje.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE ARBITRAJE: NATURALEZA JURÍDICA CECILIA SOSA GÓMEZ*

SUMARIO

1. El arbitraje en la Constitución de la República. 2. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción arbitral. 3. Aspectos vinculados a la jurisdicción del arbitraje, a manera de reflexión. 4. La cultura del arbitraje.

* Abogado, graduada en la UCV. Doctor en Derecho Universidad Paris 1, La Sorbona. Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público, UCV. Director del Centro de Investigaciones Jurídicas, UCAB. Profesor visitante de la Cátedra Andrés Bello, Oxford, Inglaterra. Profesor de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de pre y post grado de la UCV, UCAB y UAM. Juez de la República desde 1985 hasta 1999. Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Presidente de la Organización de Cortes Supremas de las Américas. Director Ejecutivo de la Organización Venezuela Progresista en Libertad (*veporlibertad*) desde 1999. Director Académico de la organización Bloque Constitucional de Venezuela. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

1. EL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

La Constitución de 1999 determina en el artículo 10 el ámbito de la soberanía de la unidad territorial y del espacio geográfico en el que se asienta la República, estableciendo que son los que correspondía a la Capitanía General de Venezuela, antes de la transformación política iniciada el 19 de abril de 1810, y agrega **con las modificaciones resultantes de los tratados y laudos arbitrales no viciados de nulidad**.

Observamos que, a diferencia de la Constitución de 1961 la modificación **la sufrió** el último párrafo ya que el artículo 7 derogado, sólo se refería a las modificaciones resultantes de los tratados celebrados válidamente por la República.

Incorporar dos palabras: “*laudo arbitral*” en la Constitución, es reconocer que se trata de una decisión o un fallo que pone fin a un procedimiento arbitral y tiene la naturaleza de una sentencia.

Más allá de las razones que el constituyente tuvo, para consagrar esa frase referida al impacto de modificaciones territoriales y del espacio geográfico, agrega que solo podrá ser modificado el ámbito del territorio como consecuencia de laudos **no viciados de nulidad**, es decir la única opción posterior a la dictación del laudo es su declaratoria de nulidad. Por tanto, el artículo 10 nos ofrece dos características de la naturaleza del arbitraje.

Por su parte, en el Capítulo III constitucional referido al Poder Judicial y Sistema de Justicia, se incorpora el arbitraje como integrante de este último. De allí, que el Sistema lo integren además del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley, otros órganos con autonomía como lo es el Ministerio Público y de manera diferenciada con el Poder Judicial, incorpora al Sistema “*los medios alternativos de justicia*”.

En el mismo Capítulo, el artículo 258 establece: *“La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.”* En consecuencia, el arbitraje como todos los medios alternativos de resolución de conflictos son declarados constitucionalmente materia de reserva legal; es decir regulados por una ley, lo que es caso cumplido en materia de arbitraje comercial.

Está establecido entonces, constitucionalmente, que el arbitraje se encuentra jurisdiccionalmente diferenciado de los órganos encargados por el poder judicial para impartir justicia.

2. LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

El arbitraje es una rigurosa excepción a la función jurisdiccional que corresponde a uno de los poderes públicos: el judicial, por tanto, conforma una vía alterna para la solución de conflictos, dando cumplimiento a la previsión constitucional.

Es decir, el arbitraje soluciona conflictos sobre la base del respeto que brinda el Derecho y la Justicia a quienes están elegidos por las partes, e investidos del poder de dictar una decisión jurídicamente obligatoria.

Es cierto, que la naturaleza jurídica se ha discutido doctrinariamente, en cuanto a que si la decisión arbitral constituye un acto jurisdiccional; la inquietud se origina, por el peso de la naturaleza contractual de la autonomía de la voluntad al elegir el árbitro, la ley aplicable, y el lugar donde funcionará el tribunal.

En tal sentido la Ley de Arbitraje en el artículo 7 dilucida la competencia del tribunal arbitral, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.

De manera que el árbitro ejerce una función judicial y más exactamente una función jurisdiccional, como bien lo afirmaba el profesor **José Luis Bonmaison**.

Es oportuno recordar el criterio de **José Román Duque Sánchez**, quien cuestionaba la afirmación hecha por Arminio Borjas, al no considerarlo un acto de jurisdicción; sí un arreglo amistoso entre las partes.

Duque Sánchez señaló: *“la función jurisdiccional la establece y permite la ley no las partes; la que inviste a los árbitros designados por las partes de la facultad de dictar sentencia, son jueces escogidos por las partes y no nombrados por el órgano del Poder Público”*.

Por su parte **Henrique la Roche** considera, que el monopolio estatal de la jurisdicción prohíbe la autotutela de los derechos, por ello el arbitraje sea una permisión de los justiciables para elegir jueces privados en los términos y condiciones consagrado en el compromiso arbitral.

Se concluye entonces que el arbitraje es una jurisdicción porque la Constitución y la ley así lo establecen.

Es conocido que el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial al consagrar la jurisdiccionalidad de los árbitros, excepcionalmente y de manera privativa e intempestiva dice: *“El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria”* en función de que las partes están de acuerdo en pasar sus disputas a la solución arbitral. **La ley autoriza a las partes a situarse fuera del régimen ordinario de la administración de justicia, atribuyendo temporalmente funciones jurisdiccionales a los árbitros.**

3. ASPECTOS ESENCIALES VINCULADOS A LA JURISDICCIÓN DEL ARBITRAJE A MANERA DE REFLEXIÓN

- 1) El monopolio de la justicia que tiene el Estado, en determinados casos el legislador *“autoriza”* a las partes a resolver sus controversias mediante un mecanismo distinto del de la función jurisdiccional ordinaria.
- 2) El origen convencional del arbitraje no le quita la naturaleza jurisdiccional de su función, ni constituye argumento suficiente para restarle eficacia a sus decisiones, porque, en última instancia, el ordenamiento legal otorga a sus decisiones el mismo status jurídico que a las sentencias judiciales, poniendo a su disposición el aparato estatal de coerción para perseguir su cumplimiento forzado.
- 3) El laudo arbitral es una verdadera *“sentencia”* dotada de fuerza **obligatoria** que alcanza la calidad de la **cosa juzgada**, y tiene **fuerza ejecutiva** que ha sido dictado para solucionar un

conflicto, mediante la aplicación del derecho al caso sometido a arbitraje; también en el arbitraje se deben respetar los principios del debido proceso. Es decir, el arbitraje reúne todos los requisitos propios de la Jurisdicción.

- 4) El principio norte de un árbitro, dar todas las garantías procesales constitucionales de defensa, igualdad y debido proceso.
- 5) Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional.
- 6) La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses, no se fundamenta sólo en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en la propia Constitución y la ley.
- 7) Los árbitros ejercen el “*poder público*” en su actuación, al desarrollar los árbitros función jurisdiccional (aunque sea disminuida en sus alcances, tal como se señaló), son órganos que ejercen el “*Poder público*” en el ámbito de sus atribuciones, por el carácter obligatorio de sus decisiones y por estar en el título V de la organización del poder público.
- 8) La “*Independencia*” e “*Imparcialidad*” de los árbitros dada la naturaleza jurisdiccional de las funciones que desarrollan, debe reunirse en los árbitros. Tales caracteres de “*independencia*” e “*imparcialidad*”, como se exige a todo juez, a fin de garantizar una decisión justa para las partes.
- 9) El arbitraje y el control de constitucionalidad. Gran parte de la doctrina considera que los árbitros pueden ejercer el control de constitucionalidad en el cumplimiento de su cometido, ya que constituyen un tribunal de justicia. Nos referimos al control difuso. Lo contrario implicaría exponer a los árbitros a aplicar -aun contra su voluntad- una norma de rango inferior por sobre un precepto constitucional, lo que resultaría inadmisibles. Parece una contradicción pretender que se desarrolle un debido proceso legal, omitiendo que el árbitro aplique la ley primera y fundamental, que no es otra que la Constitución.

- 10) Aun cuando el tribunal arbitral no se integra al poder judicial, los árbitros ejercen como jueces y en tal sentido había que plantearse que hacemos con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que no deja lugar a dudas que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado; y resultaría un contrasentido aceptar que la Constitución que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención, incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.

4. LA CULTURA DEL ARBITRAJE

Es cierto que en nuestro medio no existe todavía una “*cultura del arbitraje*” como tampoco de los otros medios alternativos, es decir, la aceptación social de que es posible dirimir conflictos fuera de los estrados judiciales con las mismas garantías y consecuencias que en éstos, aún no es parte del conglomerado social como opción alterna a dirimir un conflicto en el Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales que determine la ley.

No obstante, el arbitraje se encuentra en un momento de expansión como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. En este sentido, puede advertirse que el arbitraje ha venido ganando terreno en los últimos tiempos, y tres razones principales de tal situación se han señalado: a) el progresivo deterioro de la actividad judicial b) ahorro de tiempo y de costos; c) idoneidad de los árbitros. Componentes que requieren atención para determinar cómo ampliamos la cobertura de la confianza social en el arbitraje.

Ahora bien, creo que es necesario siempre atender al mejoramiento de las instituciones, en este caso del arbitraje, revisar sus procedimientos y tener un enfoque más amplio de los destinatarios del proceso arbitral.

De la misma manera, otros medios alternativos de justicia como la mediación tienen que avanzar en disponer de una legislación, visto que luego del cese a la usurpación, y ante un sistema judicial destruido, la manera de avanzar en la confianza de los ciudadanos en la justicia, será ofrecer los medios alternativos que ayuden a resolver conflictos, mientras avanza la implantación del sistema de justicia con sus diferentes componentes en cumplimiento de la Constitución.

Muchas gracias

PRESENTACIONES DE LIBROS

**EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS
DECISIONES JUDICIALES
AUTOR DR. RAFAEL CHAVERO
04 DE FEBRERO DE 2020**

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES

RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK*

SUMARIO

I. Introducción. II. El control constitucional de decisiones judiciales a partir de la Constitución de 1999. III. Breve resumen de los remedios procesales destinados a controlar las decisiones judiciales ante la Sala Constitucional. 3.1. El avocamiento. 3.2. Revisión extraordinaria de sentencias definitivamente firmes. 3.3. Amparos constitucionales contra decisiones judiciales. IV. Conclusiones.

* Profesor Agregado de la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello.

Me siento realmente complacido y agradecido de recibir esta invitación de los miembros de esta honorable Academia de Ciencias Políticas y Sociales, para presentarles brevemente el libro que recientemente publiqué, denominado “*El Control Constitucional de las Decisiones Judiciales*”. Para mí es realmente un honor poder compartir con ustedes el resultado de esta investigación y llevarme sus comentarios, críticas y reflexiones, las cuales asumo con la debida seriedad.

I. INTRODUCCIÓN

Cada ordenamiento jurídico define a qué órgano le otorga el rol de decidir, en última instancia, las controversias judiciales. Es obvio que todo pleito debe tener una instancia definitiva, para bien o para mal. Cada legislación define la fórmula cómo se accede a la máxima instancia, esto es, en qué tipo de casos, en qué condiciones y bajo qué tipo de reglas procedimentales.

Y parte de la tarea del Poder Judicial es defender la Constitución. Para ello, la mayoría de los países han dejado el rol de la defensa de la Constitución a un órgano (Sala, Corte o Tribunal Constitucional), el cual puede estar dentro o fuera de la estructura del Poder Judicial.

El control jurisdiccional de la Constitución ha sido una de las características fundamentales del siglo XX. Luego de las dos grandes guerras mundiales, la mayoría de los países de Europa, y por ende los países influenciados por ésta, se enfocaron en dos aspectos esenciales: i) el establecimiento de catálogos de derechos fundamentales en sus respectivas Constituciones, y ii) la creación de Cortes o Tribunales Constitucionales encargados de salvaguardar esos derechos fundamentales. Sin duda, una de las moralejas de estos conflictos bélicos fue la necesidad de desconfiar de las desproporcionadas apetencias de líderes

populares, introduciendo un poder (judicial) contramayoritario, encargado de imposibilitar las violaciones de las garantías más esenciales de una sociedad.

En el caso de Venezuela, nuestra evolución constitucional ha sido uniforme en atribuirle al Máximo Tribunal de la República, el control constitucional de los actos del poder público, al menos en el caso del sistema del control concentrado. Nuestra legislación ha venido aumentando, con la evolución del tiempo, el tipo de actos, hechos u omisiones que pueden ser objeto de control constitucional, reconociendo así, al menos en el papel, el importante rol del Poder Judicial dentro del sistema de gobierno.

Antes de la Constitución vigente de 1999, no existía ninguna Sala, Corte o Tribunal Constitucional, así como tampoco una jurisdicción constitucional como tal. El rol de la defensa de la Constitución estaba encomendado a cada Sala de la Corte Suprema de Justicia, siendo que el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes le correspondía a la Sala Plena del Máximo Tribunal.

En el caso del control constitucional de decisiones judiciales no existía tampoco un órgano especial encargado del asunto, al punto que básicamente todas las Salas de la Corte Suprema de Justicia podía conocer de denuncias constitucionales frente a las decisiones que les tocaba conocer, conforme a las competencias que le atribuía la legislación. En el caso particular de los amparos contra decisiones judiciales, la competencia se distribuía entre cada una de las Salas, dependiendo de la naturaleza de los derechos constitucionales denunciados.

Y hay que reconocer que bajo el sistema de control constitucional anterior a 1999, no podía garantizarse plenamente la integración y uniformidad del sistema de control constitucional, pues éste estaba distribuido entre varias salas de la Corte Suprema de Justicia, lo que implicaba que éstas podían tener criterios disímiles, sin la posibilidad de que una sala se impusiera sobre otra.

Al menos esto logró la Constitución de 1999 con la creación de la Sala Constitucional, pues a ésta se le encargó la tarea de unificar el control de la constitucionalidad de todos los actos del poder público. En suma, se le otorgó el rol de tener la última palabra en los conflictos que involucren asuntos constitucionales.

II. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECISIONES JUDICIALES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Al crearse la Sala Constitucional dentro del Tribunal Supremo de Justicia, la Constitución le asignó, en su artículo 336, una serie de competencias destinadas a la defensa judicial de la Constitución. Y dentro de estas competencias se estableció, en el numeral 10°, la posibilidad de que esa Sala pudiese revisar sentencias en materia de amparo y control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, a través de algunas leyes especiales y su propia jurisprudencia, la Sala Constitucional se ha encargado de diseñar un sistema que va mucho más allá de la letra de ese numeral 10° del artículo 336 de la Constitución. Como exponemos en nuestro trabajo, el sistema actual le permite a la Sala Constitucional conocer de cualquier decisión judicial, bien sea interlocutoria o definitivamente firme, incluso a pesar de que las partes no hayan solicitado su intervención. Todo ello, a los fines de verificar cualquier cuestionamiento constitucional y mantener un control férreo sobre toda la judicatura.

Incluso, la Sala Constitucional ha llegado a apoderarse de juicios que cursan ante otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, antes de que se produzca la primera sentencia del proceso; ha llegado a conocer de decisiones dictadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia; y hasta ha modificado sus propias decisiones definitivas.

Bajo este sistema, no hay ningún proceso judicial, en curso o culminado, que escape del alcance de la Sala Constitucional, pues ésta tiene la posibilidad de intervenir en cualquier juicio, independientemente de la naturaleza del asunto o de la jurisdicción en que se encuentra.

También demostramos en este trabajo como las razones que ha utilizado la Sala Constitucional para anular o modificar sentencias han sido bastante amplias y no limitadas a la verificación de una clara violación constitucional. Tan es así, que uno de los motivos que puede utilizar para anular alguna decisión dictada por otra Sala del Tribunal Supremo es cuando se viole algún principio jurídico fundamental que pueda estar recogido en la Constitución o algún tratado o convenio internacional. Lo que sin lugar a dudas extiende considerablemente los motivos de impugnación de sentencias.

La Sala Constitucional se ha aprovechado de la ausencia de una Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, para lograr que estos mecanismos o remedios judiciales puedan ser ejercidos con la mayor amplitud posible, de forma de evitar que pueda existir algún fallo que escape de su conocimiento. Así, la Sala Constitucional ha señalado que puede revisar decisiones en cualquier momento, es decir, sin ningún lapso de caducidad. Ello ha implicado hasta el control y modificación de fallos dictados antes de la entrada en vigencia de la Constitución.

Adicionalmente, otra de las conclusiones de nuestro trabajo consiste en evidenciar cómo la Sala Constitucional ha preferido ejercer estas funciones de control constitucional de decisiones judiciales sin procedimiento alguno, o en todo caso con incidencias bastante abreviadas. En efecto, la Sala no ha querido aplicar ningún procedimiento establecido en las distintas leyes procesales vigentes, para tramitar los mecanismos de control de decisiones judiciales. Ello, en franca violación al derecho al debido proceso de los particulares involucrados en los distintos procesos judiciales.

Con ello, la Sala Constitucional ha pasado a ser, de seguro, el órgano de control constitucional con más largo alcance en derecho comparado, pues difícilmente pueda conseguirse un sistema judicial donde una Corte, Tribunal o Sala Constitucional tenga tantas facultades generales y, más concretamente, atribuciones para controlar todas las decisiones judiciales del país.

III. III. BREVE RESUMEN DE LOS REMEDIOS PROCESALES DESTINADOS A CONTROLAR LAS DECISIONES JUDICIALES ANTE LA SALA CONSTITUCIONAL

Los mecanismos judiciales que analizamos en nuestro trabajo son i) la facultad de avocamiento; ii) el recurso extraordinario de revisión de sentencias definitivamente firmes; y iii) el amparo constitucional contra decisiones judiciales;

Para el análisis de cada una de estas pretensiones trataremos abordamos lo esencial de toda institución procesal, a saber, su finalidad; su particular naturaleza jurídica; las partes que pueden incoar y/o intervenir en este proceso; las decisiones que pueden ser objeto de revisión; el procedimiento para tramitar el recurso; y los efectos del recurso.

3.1. El avocamiento

La primera figura que estudiamos en nuestro trabajo es el avocamiento, una figura atípica y difícil de justificar, mediante la cual se les permite a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia asumir el conocimiento de juicios que se encuentran en curso.

El avocamiento pasó de ser una competencia excepcional que tenía la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, para convertirse en uno de los recursos más utilizados en el foro, el cual incluso puede iniciarse de oficio por la Sala respectiva.

Cada Sala puede conocer de solicitudes de avocamiento, atendiendo a sus propias competencias; mientras que la Sala Constitucional puede avocarse, básicamente, a cualquier controversia que se ventile en cualquier tribunal del país.

Si bien las causales que justificarían un avocamiento son bastante excepcionales, en la práctica han sido manejadas en forma amplia y discrecional, permitiendo que todas las Salas puedan tomar el control de los juicios donde deciden avocarse.

Y al asumir estos casos pueden no solo pueden decidir quedarse con éstos hasta la sentencia definitiva, sino que también pueden corregir cualquier error que entiendan ha sido cometido y devolver el expediente al mismo tribunal que venía conociendo del asunto o a otro distinto.

En el trabajo revisamos también todas las incidencias procesales relacionadas con esta extraña, pero frecuentemente utilizada, remedio de control de sentencias que no sean consideradas firmes.

3.2. Revisión extraordinaria de sentencias definitivamente firmes

La letra de la Constitución había reservado este remedio procesal para dos tipos de sentencias (amparos y fallos donde se haya ejercido el control difuso de normas jurídicas). Sin embargo, la Sala Constitucional consideró que para cumplir con el mandato del artículo 335 de la Constitución debía poder revisar cualquier sentencia (caso: *Corpoturismo*).¹

¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 6 de febrero de 2001. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/93-060201-00-1529%20.HTM>

Con ello, se amplió el tipo de sentencias revisables y sus motivos, hasta convertir esta figura en prácticamente una nueva instancia.

A pesar de las limitaciones que impone la letra Constitución y la propia lógica, la Sala Constitucional ha llegado a revisar sentencias interlocutorias; sentencias de la Sala Plena; sentencias anteriores a la Constitución; y hasta sentencias dictadas por ella misma.

Como demostramos con un análisis jurisprudencial reciente, la Sala Constitucional ha venido descartando procedimiento contradictorio para revisar sentencias definitivamente firmes.

3.3. Amparos constitucionales contra decisiones judiciales

El último remedio procesal que estudiamos en este trabajo es el amparo contra sentencias, un mecanismo que surgió con la *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales* de 1988.

Con el análisis de jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional demostramos como este remedio se ha venido ejerciendo sin ningún tipo de procedimiento, contrariando los propios criterios vinculantes de la misma Sala. Tampoco ha definido la Sala Constitucional la relación de este mecanismo de impugnación de sentencias con el recurso extraordinario de revisión constitucional, al punto que ambos pueden ser ejercidos contra una sentencia definitivamente firme.

IV. IV. CONCLUSIONES

Luego del análisis detallado de estos tres remedios de control constitucional de decisiones judiciales llegamos a las siguientes conclusiones:

Al margen de algunas bondades que puedan apreciarse en el nuevo sistema de control constitucional de sentencias, consideramos que éste ha generado muchos desaciertos, entre otras razones por la ausencia de una ley que regule los aspectos sustantivos y adjetivos de la jurisdicción constitucional y por la excesiva voracidad que ha demostrado la Sala Constitucional frente al resto de las Salas del Tribunal Supremo y demás tribunales del país.

Y básicamente entre los desaciertos podemos mencionar, en primer lugar, el poco respeto hacia la autonomía de las demás jurisdicciones, pues la jurisprudencia que hemos analizado en el presente trabajo pone

en evidencia como la Sala Constitucional permanentemente invade ámbitos naturales de otras Salas y tribunales, no sólo arrebatándoles en algunas oportunidades el conocimiento directo del caso, sino sobre todo al revocar sus decisiones con la imposición de criterios propios que deberían ser reservados a los órganos judiciales de cada jurisdicción.

Otro de los desaciertos que hemos podido verificar en nuestro sistema es el poco respeto hacia las reglas procedimentales preestablecidas. No solo no hay una ley de la jurisdicción constitucional, sino que además las pocas normas legales que imponen regulaciones y límites a la Sala Constitucional son constantemente irrespetadas. Si algo queda claro con la jurisprudencia de esta Sala es que ésta ha asumido labores legislativas para modificar a su antojo los aspectos sustantivos y adjetivos de cada una de las pretensiones procesales.

Pero además, hemos podido verificar una clara tendencia hacia la eliminación de la participación de los interesados en los distintos mecanismos de control constitucional de sentencias, pues la Sala Constitucional se ha encargado de minimizar y hasta eliminar las fases procesales que permiten garantizarle a las partes su derecho a presentar argumentos y consideraciones.

También pudimos verificar el gran incremento de la asignación de poderes de oficio a la Sala Constitucional, los cuales ha utilizado en muchas ocasiones para intervenir políticamente en situaciones de interés para la colectividad. Básicamente no hay nada que pueda escapársele a la Sala Constitucional, pues tiene potestades para asumir directamente, y sin que nadie se lo pida, cualquier juicio en trámite o sentencia definitiva, independientemente de la fecha en que haya sido dictada.

Finalmente, llama poderosamente la atención la ausencia de pautas interpretativas en la motivación de los fallos dictados por la Sala Constitucional. Con ello nos referimos a los procedimientos cognoscitivos que permiten orientar a los intérpretes, y en particular, a los funcionarios judiciales, sobre la forma de cómo deben resolverse los conflictos constitucionales. Las pautas interpretativas constituyen un excelente mecanismo para reducir la arbitrariedad judicial y para surtir a nuestra sociedad de un mayor grado de seguridad jurídica a la hora de administrar justicia, sobre todo, en el caso de la justicia constitucional.

En definitiva, el estudio de estos 3 mecanismos de control constitucional nos permite concluir que la Sala Constitucional se ha convertido en un tribunal omnipotente, capaz de influir directamente en cualquier controversia, en curso o finalizada, y sin mayores argumentos o trámites procedimentales.

**PRESENTACIÓN VIRTUAL DEL LIBRO
RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO:
LA OTRA MIRADA
16 DE JUNIO DE 2020**

**PALABRAS
DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES
PARA EL ACTO DE PRESENTACIÓN
DEL LIBRO
"RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO.
LA OTRA MIRADA".
COORDINADO POR EL PROFESOR
CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA
CELEBRADO EL 16 DE JUNIO DE 2020 EN
FORMA TELEMÁTICA**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales se complace en patrocinar institucionalmente la edición y presentación del libro **“Régimen Jurídico del Trabajo. La Otra Mirada”**, coordinado por el académico profesor César Augusto Carballo Mena, bajo la Serie Estudios No. 121.

Este evento tiene especial significación para la Corporación porque hoy se cumplen 105 años de la fundación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y a su vez se cumplen 20 años de la fundación de la Biblioteca de la Academia que lleva el nombre del connotado numenario Andrés Aguilar Mawdsley.

“Crisis” es una palabra empleada con frecuencia en los discursos políticos, económicos y también jurídicos. El vocablo crisis en su acepción común o simplista connota una *“situación mala o difícil”*. Pero también significa un *“...cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en que estos son apreciados”*. Esta acepción resulta pertinente con la orientación del libro que hoy presentamos. Y no es una coincidencia.

El derecho del trabajo exige hoy un cambio profundo. El derecho del trabajo también está en crisis y necesita **“...otra mirada”**. En este contexto las contribuciones para este libro abordan temas novedosos como el surgimiento de nuevas formas de trabajo, la descentralización del trabajo y la aplicación de principios e indicios típicos del derecho de trabajo a nuevas realidades, con base en la experiencia extranjera y local.

En un primer orden de ideas, el libro objeto de presentación contiene un llamado a rescatar la identidad del derecho del trabajo y ello pasa necesariamente por entender cuáles deben ser los fines y propósitos del derecho de trabajo en la realidad actual.

Las nuevas formas de trabajo y sus efectos pueden ser una ventana de oportunidad para redimensionar y replantear un derecho cuya tradicional rigurosidad parece ineficiente para dar respuesta a los retos de la realidad dinámica de los mercados laborales. Quizá sea tiempo de adoptar un enfoque más “*universalista*” del derecho del trabajo, frente al enfoque tradicional “*selectivo*” que radica los fines de derecho laboral casi exclusivamente como medio para corregir o compensar el desbalance de poder de negociación entre trabajador y patrono, centralizado en el trabajador como categoría a proteger. Una visión más universalista integraría el derecho del trabajo como herramienta para optimizar la competitividad de los negocios y de las economías nacionales, sin desatender a ese desbalance de poderes y sin caer en la desregulación.

Es innegable que la cooperación de la fuerza laboral es fundamental para alcanzar el crecimiento económico. Los intereses tanto del trabajador, como los del empleador y los de la sociedad en general, deben ser considerados en las políticas públicas y regulatorias.

Dicho de otro modo, se debe evaluar el rol del derecho del trabajo para que coadyuve a la eficiencia productiva, preservando el bienestar del trabajador. Posiblemente, esto conlleve a redimensionar el derecho del trabajo hacia la flexibilidad laboral por un lado, a través de normas que permitan a los empleadores mayor discreción en la contratación o despido de trabajadores y en la forma de organizar el trabajo; y por otro lado, facilitar una autentica seguridad y protección en el empleo, mediante políticas activas de mercado que permitan al trabajador asegurar un sustento en caso de desempleo, una formación de acuerdo a las necesidades del mercado que le permita ser empleado con rapidez, disposición de un régimen de pensiones y de asistencia sanitaria.

Si bien esta fórmula tiene resultados óptimos en países europeos, no puede obviarse que en países como el nuestro, también deben ponderarse aspectos adicionales al momento de implementar tales políticas y regulaciones, como la existencia de un marcado sector de economía informal; la insuficiencia de ingresos fiscales para financiar un sistema de protección social y laboral que proporcione seguridad a la población; y la brecha existente entre el compromiso gubernamental asumido por vía de la legislación laboral y la real protección del empleo en la práctica.

Esto nos lleva a una segunda reflexión. Las abundantes referencias al derecho y experiencia comparada tratadas en las contribuciones del

libro, nos obliga a mirar lo doméstico y preguntarnos ¿dónde se ubica Venezuela en medio de estos cambios de mercado, en la llamada cuarta revolución industrial? ¿Cómo están respondiendo nuestros legisladores y tribunales? La respuesta es penosa.

La producción normativa laboral es casi inexistente, la innovación jurisprudencial es escasa, el acceso a los servicios básicos es muy limitado para la generalidad de la población y ni se diga del acceso a las tecnologías. La falta de inversión extranjera nos aleja de la capacitación para el uso y activación de tecnologías modernas que supone esta cuarta revolución industrial caracterizada por la robótica, la inteligencia artificial, el **block-chain** (cadena de bloques), nanotecnología, la biotecnología, internet de las cosas, impresión 3D y vehículos autónomos. A ello se suma, un mercado laboral local con escasa movilidad, baja productividad, ausentismo laboral, la inexistencia de diálogo social, y un discurso nocivo tendente a estigmatizar al empleador. Todo ello dificulta cualquier intento de conciliación de intereses en el entorno laboral.

En Venezuela hemos perdido de vista el valor del derecho laboral como herramienta clave para incentivar la economía de un país. Es más, la Ley actual es solo una causa más que contribuye a la ruina económica del país. De ahí que, sea necesaria una reforma laboral integral y autónoma (sin tintes políticos) que se formule tomando en cuenta y en coordinación con políticas económicas efectivas que estimulen la inversión y producción para lograr la reactivación del aparato económico del país. Se impone entonces la reivindicación del valor del trabajo, la dignidad del trabajador y de los que generan trabajo.

Es en estas situaciones de “*crisis*” que, precisamente los académicos son los llamados a elevar el nivel de la discusión, traer lo nuevo, visualizar el futuro. Recuérdese que en japonés “*crisis*” significa “*oportunidad o surgir*”¹. Esta es la oportunidad para promover los

¹ **La palabra “crisis” en japonés.** Existe en idioma japonés la palabra “kiki” que nosotros traduciríamos como “crisis”. Esta palabra se escribe con dos ideogramas diferentes. El primer ki, significa “peligro o temor” y el segundo ki se puede traducir como “oportunidad o surgir”. O sea que la crisis nos puede llevar a dos resultados opuestos. Si nos concentramos en el peligro o nos dejamos llevar por el miedo, el resultado será negativo. Pero si la vemos como una oportunidad, si aprendemos de las causas que originaron la crisis, la adversidad se transformará en un hecho positivo.

espacios de discusión y proposición. El esfuerzo no resultará en vano, pues sentará las bases de las políticas y principios que en el futuro seguramente se aplicarán. El futuro no nos tomará desprevenidos. Esa es la expectativa que promueve este libro.

Agradecemos a los colaboradores por sus valiosos aportes para construir esta “...otra mirada...” al derecho laboral: los profesores Javier Eduardo Almanza, Pablo Arellano Ortiz, Jair De Freitas, Reinaldo Guilarte Lamuño, Tamara Adrián Hernández, Victorino Márquez Ferrer, Carlos E. Weffe H. y a los académicos Carlos Eduardo Acedo Sucre y Oscar Hernández Álvarez.

Felicitamos al académico César Carballo Mena coordinador de esta espléndida obra, por este nuevo logro intelectual y por acrecer el patrimonio moral de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Le agradecemos su esfuerzo de investigación y los emplazamos, como al resto de los académicos, a seguir produciendo mucho más de lo mucho que ya nos han dado para que la corporación siga siendo una institución de cultura reconocida como la conciencia jurídica y política del país.

Muchísimas gracias.

**INDICIOS DE LA RELACIÓN DE TRABAJO
Y EMPRESAS DIGITALES
ENSAYO SOBRE LA CEGUERA***

**INDICATORS OF THE EMPLOYMENT
RELATIONSHIP AND DIGITAL COMPANIES
ESSAY ON BLINDNESS
CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA****

* Publicado en *Trabajo y Derecho*, N° 65, 1° de mayo de 2020, Editorial Wolters Kluwer, pp. 146-164.

** Profesor-investigador, Jefe del Departamento de Derecho Social y Jefe de la Cátedra de Derecho Colectivo del Trabajo en la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Profesor en la Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Libre (Bogotá). Profesor en el Curso de Derecho Constitucional Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela). carballomena@gmail.com.

I

*Creo que no nos quedamos ciegos,
creo que estamos ciegos, ciegos que ven,
ciegos que, viendo, no ven*

José Saramago, *Ensayo sobre la ceguera****

Quienes prestan servicios personales en el ámbito de empresas organizadas en torno a plataformas digitales suelen ser contractualmente calificados como trabajadores independientes, a pesar de estar sometidos a restricciones incompatibles con la más básica idea de autonomía¹.

Colocadas bajo el prisma del principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias² se advierte que en dichas empresas se insertan trabajadores ajenos a las estrategias de mercado, carentes de clientela propia, extraños a la fijación del precio de obras o servicios, sometidos a controles algorítmicos y medidas disciplinarias -en la esfera de una disponibilidad plural y difusa que la nueva tecnología hilvana-, aportadores tan solo de esfuerzo personal y herramientas básicas de trabajo -cuya importancia deviene marginal si se contrasta con la plataforma digital-, y obligados -en ciertos casos- a prestar el servicio personalmente, usar uniforme y/o exhibir símbolos de la empresa que otro organiza.

¡Qué rancio y subordinado luce el “nuevo trabajador autónomo” de las plataformas digitales!

*** Los epígrafes de las subsiguientes secciones (II-XVII) son citas de la misma obra.

¹ Berg, Janine et al, Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital, OIT, Ginebra, 2019, p. 114.

² Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), párr. 9.

II

...podría tratarse de una variante de ceguera psíquica

A primera vista podría sostenerse que se trata solo de una nueva práctica de encubrimiento de relaciones de trabajo subyacentes a través de la simulación de vínculos jurídicos de naturaleza disímil, primordialmente civil o mercantil. De ser así, el juzgador la enervaría mediante la simple conjugación de los principios de primacía de la realidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales, y la presunción —donde esta rija— de existencia de una relación de trabajo a partir de uno —generalmente la prestación personal del servicio— o varios indicios³.

No obstante, la -extensa e intensa- conflictividad que —en sede administrativa y judicial— ha desatado mundialmente la calificación jurídica del trabajo mediante plataformas digitales sugiere -prudentemente- reparar en sus ambigüedades objetivas, esto es, en la amalgama de rasgos típicos tanto de subordinación como de autonomía que dicha modalidad ciertamente exhibe⁴; explorar lo concerniente a su debida ponderación; y vertebrar un método idóneo de reconocimiento de la existencia —en dicho entorno— de relaciones de trabajo.

³ El párr. 11.b de la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) OIT destaca que, con el objetivo de “facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo”, convendría “consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios”. En el ámbito iberoamericano, dicha presunción aparece consagrada —por ejemplo— en los arts. 23 de la Ley del Contrato de Trabajo (Argentina), 8 del Código del Trabajo (Chile), 24 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia), 18 del Código de Trabajo (Costa Rica), 23 del Código de Trabajo (Cuba), 20 del Código de Trabajo (El Salvador), 8.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (España), 21 del Código de Trabajo (Guatemala), 21 de la Ley Federal del Trabajo (México), 66 del Código de Trabajo (Panamá), 19 del Código del Trabajo (Paraguay), 12.1 del Código de Trabajo (Portugal), 15 del Código de Trabajo (República Dominicana), y 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela).

⁴ Organización Internacional del Trabajo, *Promoviendo empleo y trabajo decente en un escenario cambiante*, 109ª Conferencia Internacional del Trabajo, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra, 2020, párrs. 193 y 228, pp. 93 y 101, respectivamente.

III

...hicimos de los ojos una especie de espejos vueltos hacia adentro

El Derecho del trabajo se ensambla a partir del imperativo de tutela del trabajador prototípico de la revolución industrial, sometido a rígidas coordenadas de tiempo y espacio impuestas por el titular de la empresa –quien organiza los factores productivos, apropia originariamente sus réditos y asume consecuentemente los riesgos- con el objeto de garantizar el eficaz ejercicio de sus poderes de dirección, vigilancia y disciplina.

Es ese estado de sumisión al poder de mando patronal lo que -universalmente⁵- reflejan las voces, bajo perenne -y quizá interesado- cuestionamiento⁶, subordinación⁷ y dependencia⁸.

Esta última, en los ordenamientos jurídicos donde dichas nociones no se estiman sinónimas⁹, suele aludir al estado de sumisión económica del trabajador frente al patrono, en los términos que, por ejemplo, reflejan los indicios contenidos en el párr. 13.b de la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

⁵ “[L]os Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia”. Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) OIT, párr. 12.

⁶ Ermida, Oscar y Hernández, Oscar, «Crítica de la subordinación», *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, P. Kurczyn V. y C. Puig, coordinadores, UNAM, México, 2003, pp. 276-280.

⁷ Por ejemplo, arts. 9.a del Código de Trabajo (Cuba), 19 del Código del Trabajo (Nicaragua), 20 de la Ley Federal del Trabajo (México), y 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Perú).

⁸ Por ejemplo, arts. 22 de la Ley de Contrato de Trabajo (Argentina), 3 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (Brasil), 7 del Código del Trabajo (Chile), 18 del Código de Trabajo (Costa Rica), 8 del Código del Trabajo (Ecuador), 17 del Código de Trabajo (El Salvador), 18 del Código de Trabajo (Guatemala), 1 del Código de Trabajo (República Dominicana), y 55 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela).

⁹ Por ejemplo, art. 62 del Código del Trabajo (Panamá).

IV

...los ciegos sentían entonces con sentimientos ajenos

La ajenidad¹⁰ -en el contexto de la relación de trabajo- refiere a la circunstancia de que el prestador de servicios no ostenta la titularidad de los medios de producción, razón por la cual se encuentra extrañado de las decisiones relativas a la conjugación de los mismos, de la apropiación originaria de los réditos o frutos que se generen, y consecuentemente de los riesgos que esta entrañe dicha actividad empresarial.

Deviene así justificada –ética y jurídicamente¹¹– la sujeción del trabajador al poder patronal de dirección, vigilancia y disciplina: el trabajo subordinado es concebido como elemento que el empleador combina con otros para alcanzar los fines empresariales.

La ligazón entre ajenidad y subordinación resulta trascendente, toda vez que aquel que suministre materiales, instrumentos o herramientas para la ejecución de una determinada obra o servicio, aspire apropiarse los réditos que de ello deriven, y deba –consecuentemente– soportar los riesgos asociados a dicho emprendimiento, tenderá -en salvaguarda de sus propios intereses- a dirigir, vigilar y disciplinar el modo en que es ejecutado el trabajo y utilizados los medios por él provistos.

Esto último explica que en ordenamientos jurídicos donde la ajenidad no ha sido tipificada como presupuesto o condición de la relación de trabajo –como es el caso común en América Latina- se reconozcan, no obstante, por vía jurisprudencial, sus más típicas manifestaciones –fijación de precios, suministro de instrumentos, máquinas o herramientas, apropiación originaria de réditos trabajo, o asunción de riesgos- como relevantes indicios de existencia de aquel vínculo jurídico¹².

¹⁰ Por ejemplo, arts. 1.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (España), y 2 de la Ley General del Trabajo (Bolivia).

¹¹ Ermida, Oscar y Hernández, Oscar, ob.cit., p. 285.

¹² Por ejemplo, el test de laboralidad ensablado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela), en sentencia 489 de 13 agosto de 2002, incluye: “forma de efectuarse el pago [...]; inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinarias [...]; asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio [...]; propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio [...]; [...y]; aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena”.

V

...no hay cegueras sino ciegos

A los fines de reconocer la existencia de una relación de trabajo se suelen confeccionar –mediante ley¹³, jurisprudencia¹⁴, concertación social¹⁵, políticas corporativas¹⁶, y/o doctrina- catálogos de sus más reveladores indicios.

Dichos indicios refieren a rasgos o datos fácticos que arquetípicamente exhibe la relación de trabajo. Su aplicación a una concreta modalidad de prestación de servicios permite al juzgador –a través del método tipológico- pronunciarse acerca de su naturaleza jurídica.

En este sentido, el párr. 13 de la Recomendación sobre la relación de trabajo 2006 (núm. 198) OIT contempla, con carácter meramente enunciativo¹⁷, un cúmulo de indicios de la existencia de una relación

¹³ La Ley de Relaciones Laborales (2002), sección 200A (Sudáfrica) prevé un cúmulo de indicios de la relación de trabajo, cada uno de los cuales, debidamente acreditado, haría presumir la existencia de dicho vínculo jurídico.

¹⁴ Ver, por ejemplo, (i) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (Colombia), sentencias 23721 de 13 de abril de 2005, 33849 de 28 de abril de 2009, 35201 de 22 de julio de 2009, 34393 de 24 de agosto de 2010, 39600 de 24 de abril de 2012, 9801 de 29 de julio de 2015, 46704 de 26 de octubre de 2016, y 6621 de 3 de mayo de 2017; (ii) Tribunal Supremo, Sala de lo Social (España), sentencia 96/2020 de 4 de febrero de 2020, cuarto fundamento de derecho, numeral 2.d.3; (iii) Tribunal Constitucional (Perú), Exp. N° 03146-2012-PA/TC, sentencia de 22 de octubre de 2012, fundamento 3.3.3; y (iv) Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia 489 de 13 agosto de 2002.

¹⁵ Por ejemplo, *Programme for Prosperity and Fairness, Employment Status Group: Code of Practice for determining employment or self-employment status of individuals*, Dublin (Irlanda), julio de 2001, actualizado en 2007. Ver, Oficina Internacional del Trabajo, *Informe sobre el ámbito de la relación de trabajo*, OIT, Ginebra, 2003, pp. 65-67.

¹⁶ Por ejemplo, test de la *Unie van Zelfstandige Ondernemers* (UNIZO), organización que representa pequeñas empresas y trabajadores autónomos en Bélgica y ofrece criterios ponderados para la evaluación del grado de autonomía en la ejecución de los servicios. Ver, Bronstein, Arturo, *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos Actuales*, OIT-Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010, pp. 59 y 60.

¹⁷ Por tanto, cabría incorporar indicadores no expresamente previstos, dependiendo de la particular percepción de los rasgos prototípicos de la relación de trabajo que impere en la órbita de cada ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, la jurisprudencia de Suecia, Corea del Sur y Venezuela incluyen la *equivalencia de la remuneración respecto de trabajadores asalariados en ejecución de labores análogas*; el Código de Seguridad Social de Alemania prevé entre los indicadores presuntivos de la naturaleza laboral del vínculo escrutado,

de trabajo, ordenados en dos bloques según atiendan al modo de prestación del servicio o a las prestaciones causadas (*subordinación y dependencia económica*, respectivamente, en los términos del más reciente Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones OIT¹⁸):

a) El hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo; y b) El hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

La multiplicidad de indicios de existencia de una relación de trabajo revela, de un lado, la complejidad que puede entrañar la calificación jurídica de ciertos vínculos objetivamente ambiguos, y del otro, que —no siendo presupuestos o condiciones— revisten carácter contingente, esto es, pueden -o no- materializarse en un caso concreto, dependiendo —primordialmente— de la específica organización empresarial en cuya esfera se inserte el trabajo.

“haber ejecutado ese mismo trabajo anteriormente en calidad de empleado”; la jurisprudencia de los Países Bajos refiere al otorgamiento de *permisos por ausencia*; el Código de Práctica de Irlanda incorpora el *pago de horas extraordinarias o la concesión de un descanso compensatorio por ese concepto*; la jurisprudencia de Canadá alude a la *formación conferida al prestador de servicios*; y el Código de Buenas Prácticas de Sudáfrica consagra la extinción del vínculo jurídico como consecuencia de la muerte del prestador de servicios.

¹⁸ OIT, *Promoviendo empleo y trabajo decente...*, ob.cit., párr. 242, p. 108.

VI

Aquella noche, el ciego soñó que estaba ciego

El carácter contingente de los indicios de existencia de una relación de trabajo –cualquiera sea su fuente- pone al descubierto lo que bien podría denominarse el *mito de la inmaculada subordinación*, según el cual la más mínima mancha sobre el manto sagrado del modelo arquetípico de sumisión, forjado al calor de la revolución industrial y elevado a los altares del emergente Derecho del trabajo, bastaría para desechar -en desprecio de la primacía de la realidad- la existencia de una relación de trabajo.

Desde esta equívoca concepción se fundamenta la inexistencia de una relación de trabajo mediante la simple enumeración de indicios desvirtuados en el caso concreto que se escruta, omitiéndose su conjugación para evidenciar el –consecuente- carácter autónomo de los servicios personales. El argumento falaz discurre así: siendo que el trabajador mediante plataformas digitales no está sometido a horarios ni deber de exclusividad, puede rechazar requerimientos de servicios y -en algunos casos- hacerse sustituir por otros, y proporciona herramientas de trabajo, cuyo costo y riesgo de utilización asume; queda en evidencia la inexistencia de una relación de trabajo.

Sin embargo, a los fines de calificar la naturaleza jurídica de una interacción objetivamente ambigua lo que procede es aprehender los indicios pertinentes, ordenarlos según su significancia -indicativos de existencia de una relación de trabajo o, por el contrario, sugerentes de un servicio autónomo- para, luego, -sin perjuicio de la presunción de existencia de la relación de trabajo¹⁹, donde esta rija²⁰- ponderar los

¹⁹ En caso de presumirse la existencia de la relación de trabajo recaerá sobre el empleador presunto la carga de desvirtuarla mediante la prueba de elementos fácticos –atendiendo al principio de primacía de la realidad- que evidencien que el servicio fue ejecutado en condiciones de autonomía o independencia, o que resultan incompatibles con la obtención de medios de subsistencia (por ejemplo, trabajos ejecutados por razones comunitarias, familiares, éticas o altruista ex arts. 29 del Código de Trabajo del Paraguay y 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de Venezuela).

²⁰ El párr. 11.b de la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) OIT destaca que, con el objetivo de “facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo”, convendría “consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo

referidos cúmulos indiciarios según su gravedad, concordancia y convergencia²¹.

VII

*...los ciegos, con la boca abierta,
abriendo también los ojos hacia el cielo blanco*

Al margen de su exhaustividad, un catálogo de indicios de existencia de una relación de trabajo –por si solo- no garantiza la interdicción de prácticas dirigidas al encubrimiento de dicho vínculo jurídico ni el idóneo escrutinio de las ambigüedades objetivas que este pudiese entrañar. Resulta imperativo articularlo con otros instrumentos y metodologías.

En este sentido, la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) OIT, además del amplio cúmulo de indicios previsto en su párr. 13, contempla otros cuatro puntales destinados a facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo:

“(i) Clarificación de las “condiciones [o presupuestos] que determinan la existencia de una relación de trabajo”, como por ejemplo “la subordinación [-sujeción al poder patronal de dirección, vigilancia y disciplina, en el sentido que expresan los indicios contemplados en el párr. 13.a-] o la dependencia [económica, en el sentido que denotan los indicios contemplados en el párr. 13.b]” (párr. 12);

cuando se dan uno o varios indicios”. En el ámbito iberoamericano, dicha presunción aparece consagrada –por ejemplo- en los arts. 23 de la Ley del Contrato de Trabajo (Argentina), 8 del Código del Trabajo (Chile), 24 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia), 18 del Código de Trabajo (Costa Rica), 23 del Código de Trabajo (Cuba), 20 del Código de Trabajo (El Salvador), 8.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (España), 21 del Código de Trabajo (Guatemala), 21 de la Ley Federal del Trabajo (México), 66 del Código de Trabajo (Panamá), 19 del Código del Trabajo (Paraguay), 12.1 del Código de Trabajo (Portugal), 15 del Código de Trabajo (República Dominicana), y 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela).

²¹ La Corte Suprema de California (EE.UU.), en su icónica sentencia de 23 de marzo de 1989 (S003956), *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations*, destacó que los factores que integran el test de laboralidad o control no pueden ser aplicados “mecánicamente” como si fuesen evaluaciones independientes. Por el contrario, dichos factores se encuentran entrelazados y su peso depende a menudo de específicas combinaciones.

- (ii) *Aproximación al fenómeno a través del principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, esto es, prevalencia de circunstancias fácticas vinculadas a la ejecución del trabajo y su –consecuente- retribución (párr. 9);*
- (iii) *Consagración legal –a partir de uno o varios indicios- de la existencia presunta de la relación de trabajo y, por tanto, carga del empleador –presunto- de desvirtuarla mediante la prueba de pertinentes elementos fácticos²² (párr. 11.b); y*
- (iv) *Garantía –tanto en sede judicial como administrativa- de la aplicación del referido régimen jurídico (párrs. 14 y 15)”.*

En este orden de ideas, cabe destacar la relevancia –por lo menos en lo que respecta a América Latina²³- del indicio –hasta ahora escasamente desarrollado jurisprudencial y doctrinariamente- de “*integración del trabajador en la organización de la empresa*” (párr. 13.a), asociado a la subordinación como condición de la relación de trabajo (párr. 12). Se trata de un indicio de tipología abierta y compleja²⁴ que permite al juzgador –según el alcance y conjugación de los conceptos que incardina- deducir –por enervación de los rasgos esenciales del trabajo autónomo- la existencia de una relación de trabajo.

²² La presunción de existencia de la relación de trabajo se justifica por el hecho de que “a menudo resulta difícil para el trabajador cumplir con esta carga [probatoria], toda vez que el empleador normalmente es quien controla la información concerniente a dicha relación. Por esta razón, la Recomendación [198 OIT] impulsa a sus Estados a admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo (párrafo 11.a), lo cual también sirve para disuadir las prácticas de encubrimiento de relaciones de trabajo”. OIT, *Promoviendo empleo y trabajo decente...*, ob.cit., párr. 232, p. 103. “[E]sta presunción legal resulta crucial para contrarrestar el desigual poder de negociación de las partes y se desgaja del principio *in dubio pro operario* el cual reviste carácter fundamental en el ámbito de la legislación del trabajo”. Ibidem, párr. 233, p. 104.

²³ En sentencia 77 de 11 de noviembre de 2019, a propósito de demanda incoada contra Uber Technologies Uruguay S.A., el Juzgado Letrado de Trabajo de 6º Turno de Montevideo (Uruguay) destacó: “A situaciones como la de autos apunta la Recomendación 198 de OIT cuando indica como uno de los indicios ilustrativos de la relación de trabajo, la inserción del trabajador en la organización, independientemente de la forma y grado de dirección del trabajo. Este indicio es ni más ni menos que el resultado del actual mundo del trabajo en el que se asiste, en la mayor parte de los casos, a una nueva modalidad de subordinación, prioritariamente caracterizada por la inserción de quien presta trabajo en la estructura de la empresa...”.

²⁴ Villasmil, Humberto y Carballo Mena, César Augusto, *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, 2ª edición, Universidad Libre, Bogotá, 2019, pp. 83, 84, 124, 125 y 129.

En efecto, dicho indicio resulta idóneo, a la luz del principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias (párr. 9), para revelar al juzgador –en sede administrativa o judicial (párrs. 14 y 15)- la existencia de una relación de trabajo a partir del hecho de que el trabajador se encuentra extrañado de la organización, rédito y riesgos de la actividad desempeñada según los cánones establecidos por el titular o titulares²⁵ de la empresa (subordinación estructural).

VIII

*...los ciegos siempre estaban rodeados
de una blancura resplandeciente,
como el sol dentro de la niebla*

La contracara de la subordinación es la autonomía. No existe término medio. Por tanto, si se sostiene que un trabajador no presta servicios bajo subordinación y que, por tal virtud, deviene desechada la existencia de una relación de trabajo, se estará afirmando –implícita e irreductiblemente- que actúa en condiciones de autonomía o independencia.

Si trabajador subordinado es –como se precisó en párrafo precedente- la persona natural que presta servicios bajo el poder de dirección, vigilancia y disciplina del titular de la empresa -a quien se adjudica estatus patronal-; trabajador autónomo -por contraposición- será quien preste servicios personales en la forma y con los elementos²⁶

²⁵ La Junta Nacional de Relaciones Laborales (EE.UU.), en decisión de 27 de agosto de 2015 (Case 32–RC–109684), *Browning-Ferris Industries of California, Inc.*, define *empleadores conjuntos* como aquellos que “comparten o codeterminan aquellas materias que regulan lo esencial de los términos o condiciones de trabajo”. Recuperado de: <https://www.nlr.gov/news-outreach/news-story/board-issues-decision-browning-ferris-industries>. En sentido análogo, el art. 1.º del Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189) de la OIT prevé que “la expresión trabajo doméstico designa el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos”, lo cual sugiere, desde la perspectiva que ofrece el principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, que la condición de empleador corresponde –pluralmente- a los integrantes del grupo familiar que se benefician del servicio ejecutado por el trabajador doméstico, independientemente de quién haya suscrito el respectivo contrato de trabajo o asumido el pago de la remuneración correspondiente.

²⁶ Al *contratista* se le considera autónomo –y, por ende, no compromete la responsabilidad patronal del beneficiario- por ejecutar obras o servicios *con sus propios elementos*: por

que estime de mérito, organizando así libremente su propia actividad empresarial²⁷⁻²⁸.

Por lo expuesto, -cabe reiterarlo- quien se integra en empresa ajena y en dicho ámbito presta servicios personales según los lineamientos o directrices que otro ha establecido, deberá reputarse trabajador subordinado.

IX

*Algunos de estos ciegos no lo son sólo de los ojos,
también lo son del entendimiento*

Conviene advertir que la aplicación de un catálogo de indicios multifactoriales sobre la existencia de una relación de trabajo ha merecido críticas por virtud de su excesiva complejidad, impredecibilidad, consecuente afectación de la seguridad jurídica de los sujetos concernidos, y -lo que resulta ciertamente paradójico- facilitación de prácticas de simulación y encubrimiento mediante la organización del trabajo en torno a ciertos -y convenientes- indicios de -aparente- autonomía²⁹.

Siendo que -desde una lógica binaria- la autonomía se contrapone a la subordinación, cabría confeccionar un test -más simple, predecible y teleológicamente invulnerable- que asuma dicha perspectiva. En

ejemplo, arts. 34.1 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia), 5, único aparte del Código de Trabajo (Guatemala), 89 del Código del Trabajo (Panamá), 12 del Código de Trabajo (República Dominicana), y 49 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela). Por contraposición, el *intermediario* se limita a suministrar trabajadores, evidenciando así que carece de empresa a su cargo y, por tanto, comprometiendo la responsabilidad patronal del beneficiario.

²⁷ El art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (España) define al trabajador autónomo como aquella persona física que realiza de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo.

²⁸ “[N]o consta que el actor fuera un verdadero empresario que -titular de un negocio- ofreciese su actividad empresarial en el mercado y que asumiera el riesgo y ventura de tal hipotética actividad; lo que se desprende, por el contrario, es que la actividad se prestaba exclusivamente para la demandada en la forma y condiciones que esta determinaba.” Tribunal Supremo, Sala de lo Social (España), sentencia 96/2020 de 4 de febrero de 2020, quinto fundamento de derecho, numeral 1.

²⁹ Sentencia de 30 de abril de 2018, N° S222-732, dictada por la Corte Suprema de California, EE.UU. (*Dynamex Operations West, Inc v. The Superior Court of Los Angeles County*), pp. 62-64. Recuperado de: <https://cases.justia.com/california/supreme-court/2018-s222732.pdf?ts=1525107724>.

este contexto se inserta –a guisa de ejemplo- el test ABC que la Corte Suprema de California, en sentencia S222-732 de 30 de abril de 2018 (*Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County*)³⁰, implementó en sustitución –por lo menos en lo que respecta al régimen salarial³¹- del clásico test Borello³².

Este cambio supuso dejar atrás el análisis de los indicios multifactoriales de existencia de una relación de trabajo para, en su lugar, volcarse exclusivamente sobre los presupuestos o condiciones del trabajo autónomo o independiente. A tal fin, opera la presunción de un vínculo laboral entre el prestador personal del servicio y quien lo tolera, permite o recibe, recayendo sobre este la carga de desvirtuarla mediante la prueba de tres elementos concurrentes:

(a) Ausencia –contractual y fáctica- de control y dirección sobre la forma y medios de ejecución del trabajo, en los términos a los que se sometería –en el contexto específico- a trabajadores subordinados; y

³⁰ Recuperado de: <https://cases.justia.com/california/supreme-court/2018-s222732.pdf?ts=1525107724>.

³¹ En *Garcia v. Border Transportation Group, LLC* (22 de octubre de 2018), la Corte de Apelaciones de California (4° Distrito) consideró que el test ABC –en los términos previstos en *Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County*- solo resulta aplicable en lo concerniente a las directivas sobre salario (*wage orders*) emanadas de la Industrial Welfare Commission. Por tanto, el test de laboralidad –según contempló la Corte Suprema del Edo. de California en *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations* (23 de marzo de 1989)- sigue resultando aplicable para dirimir las controversias ajenas a dicho régimen, esto es, aquellas derivadas de las previsiones del Código de Trabajo.

³² Refiere al catálogo desarrollado por la Corte Suprema de California en sentencia de 23 de marzo de 1989 (S003956), *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations*. Dicha sentencia analizó el caso del servicio de cosecha de hortalizas, ejecutado sin control directo del beneficiario, con retribución según el resultado, y contractualmente al margen de una relación de trabajo. En el caso concreto fue reconocida la existencia de una relación de trabajo toda vez que el accionado controlaba íntegramente las operaciones: adquisición de semillas, siembra, provisión y aplicación de fertilizantes, fumigación, oportunidad de cosechar, suministro de empaques, distribución, y fijación del precio de venta. En dicho ámbito, el trabajo manual ejecutado por los demandantes, aunque arduo y metódico, no requería particulares destrezas, hasta el grado de que solo podía ejecutarse correctamente de una única manera, razón por la cual la supervisión y disciplina directas resultaban innecesarias. Asimismo, se advierte que los demandantes solo aportaron su trabajo personal, careciendo de oportunidades para influir sobre sus eventuales ganancias o pérdidas económicas.

(b) Independencia entre el trabajo ejecutado y la actividad habitual del contratante. En la sentencia comentada se ilustra así el alcance del criterio expuesto: si en una compañía de ventas al detal se contrata a un plomero para reparar una fuga en un baño ubicado en sus instalaciones o con un electricista externo para instalar una nueva línea eléctrica, tales servicios no forman parte del curso habitual del negocio del contratante y, por tanto, no podrá considerarse que este haya tolerado o permitido que el plomero o el electricista presten servicios como trabajadores; en cambio, si una compañía fabricante de ropa contrata costureras -que trabajan en casa- para confeccionar vestidos a partir de telas y patrones suministrados por dicha compañía y que esta luego vende a sus clientes, o cuando una panadería contrata decoradores de pasteles para trabajar regularmente en el diseño personalizado de sus pasteles, dichos servicios forman parte de la operación habitual del negocio de la contratante y, por tanto, se asume que esta toleró o permitió que tales servicios fuesen prestados como si se tratase de trabajadores (subordinados); y

(c) Habitualidad del prestador del servicio en la ejecución independiente de actividades productivas de la misma naturaleza que el trabajo realizado en beneficio del contratante.

El referido criterio jurisprudencial –que ya contaba con precedentes normativos de ámbito estatal³³- devino plasmado en la Ley AB 5 de 18 de septiembre de 2019³⁴ que reformó, con vigencia a partir del 1º de enero de 2020, el Código de Trabajo y el Código del Seguro de Desempleo de California, EE. UU³⁵.

³³ Por ejemplo, Maine (1935) y Massachusetts (2004). Deknatel, Anna y Hoff-Downing, Laurie, «ABC on the books and in the Courts: an analysis of recent independent contractor and misclassification statutes», *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, vol. 18, p. 65. Recuperado de: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=jlasc>.

³⁴ Assembly Bill N° 5. Recuperado de: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5.

³⁵ La Ley B5 excluye del test ABC a una amplia gama de categorías profesionales (por ejemplo, vendedores inmobiliarios, médicos, abogados, dentistas, ingenieros, psicólogos, arquitectos, agentes de viaje, administradores de recursos humanos, diseñadores gráficos, y fotógrafos). En estos casos, la determinación de la existencia de una relación de trabajo se verificará a través del clásico test Borello, junto con aquellos otros criterios de escrutinio expresamente previstos en la Ley.

En sentido análogo, esta vez como reacción a la evaluación aplicada -desde 1987- por el Servicio de Impuestos Internos (*Internal Revenue Service*) de los EE.UU.³⁶, se ha ensayado la verificación de un único factor a los fines de determinar la naturaleza laboral –o no- de la actividad desplegada por el contribuyente (*step-back test*): ¿puede el beneficiario o contratante ejercer cualquier control más allá de: (i) la determinación de una lista inicial de requerimientos acerca del resultado –producto o servicio- esperado, y (ii) la inspección y aceptación de los productos o servicios?³⁷ Si la respuesta es afirmativa, se declarará la existencia de una relación de trabajo. En caso contrario, se considerará que el trabajo fue ejecutado en condiciones de autonomía o independencia.

X

*...la ceguera no era vivir banalmente rodeado de tinieblas,
sino en el interior de una gloria luminosa*

Con base en los indicios de existencia de una relación de trabajo –y su contracara, los presupuestos del trabajo autónomo- procede explorar –sumariamente- la calificación jurídica del trabajo mediante plataformas digitales.

En términos generales, el trabajo ejecutado en dicho contexto exhibe rasgos objetivamente ambiguos, es decir, indiciariamente reveladores tanto de autonomía como de subordinación:

(i) De un lado, el trabajador no presta servicios en condiciones de exclusividad, puede –en ciertos casos- hacerse sustituir por otro,

³⁶ Este test de control abarca tres ejes sustantivos: (i) control conductual (tipo de instrucciones, grado de instrucciones, sistemas de evaluación, y entrenamiento brindado al prestador de servicios); (ii) control financiero (inversiones significativas, gastos no reembolsables, oportunidad de ganancias o pérdidas, servicios disponibles para el mercado u otros negocios, y método de pago); y (iii) tipo de relación (contrato escrito, beneficios –típicos- de trabajador dependiente, permanencia del vínculo, y servicios prestados en la actividad esencial -*key activity*- del contratante). Ver: <https://www.irs.gov/es/businesses/small-businesses-self-employed/independent-contractor-self-employed-or-employee>.

³⁷ Ver, Harned, Karen R., Kryda, Georgine M. y Milito, Elizabeth A., «Creating a Workable Legal Standard for Defining an Independent Contractor», *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Vol. 4, No. 1, 2010, p. 113. Recuperado de: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=jbel>.

aporta sus propias herramientas de trabajo —generalmente, vehículo y teléfono móvil—, soporta los costos y riesgos asociados a la utilización de estas, y organiza —con suma flexibilidad— su tiempo de trabajo, pudiendo incluso desconectarse de la aplicación tecnológica a voluntad y rechazar requerimientos de servicios; y

(ii) Del otro, el trabajador presta servicios de naturaleza idéntica al negocio principal (*core business*) del contratante, extrañado de las estrategias de mercado, carente de clientela propia, impedido de fijar precio a su trabajo, sometido a controles algorítmicos, sujeto a sanciones y, en ciertos supuestos, obligado a prestar el servicio personalmente (*intuitu personae*)³⁸, usar uniforme y exhibir símbolos corporativos ajenos³⁹.

La gravedad, concordancia y convergencia de los indicios que integran el segundo cúmulo evidencian sobradamente la naturaleza laboral del vínculo escrutado. Los detalles recabados y debidamente articulados dibujan —si se aprecia el conjunto desde distancia óptima⁴⁰— una prestación personal de servicios en condiciones de nítida subordinación o dependencia jurídica.

En efecto, el trabajador se inserta en una empresa que, contrariamente a lo que suele alegar quien detenta el poder de organizarla, dirigirla y disciplinarla, no puede concebirse como “*compañía de*

³⁸ Es el caso, por ejemplo, de Uber, toda vez que uno de los rasgos del servicio de transporte que se ofrece es la *seguridad*, transmitiéndose al cliente los datos personales e imagen del conductor que atenderá su requerimiento.

³⁹ Es el caso, por ejemplo, de Dynamex, Glovo, Rappi o Deliveroo. A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), en sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019 (considerando trigésimo quinto), destacó: “Tampoco cabe desdeñar que en las bolsas o cajas que el [demandante...] porta para transportar los productos figura siempre el logotipo, nombre y colores de la demandada [Glovo], lo que contribuye a aumentar su reputación digital”.

⁴⁰ Recurro a la metáfora de la apreciación de una pintura que aparece en el Manual sobre la condición de trabajador (*Employment Status Manual*) del Reino Unido (Recuperado de: <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/employment-status-manual/esm0515>): “El efecto general solo puede apreciarse retrocediendo de la imagen detallada que ha sido pintada, viéndola desde la distancia y haciendo una ponderación meticulosa, meditada y calificada del conjunto. Es una cuestión de evaluación del efecto global, lo cual no equivale necesariamente a la suma total de los detalles individuales”. OIT, *Promoviendo empleo y trabajo decente...*, ob.cit., p. 112.

tecnología”⁴¹ cuyo objeto se limite a intermediar comercialmente entre proveedores y clientes finales. En realidad, la plataforma digital es solo uno de los factores –aunque sin duda, con mucho, el más trascendente- que aquél articula para ofrecer –en los términos y condiciones que estima convenientes- ciertos servicios –como transporte o mensajería- que son, en definitiva, ejecutados por trabajadores bajo subordinación.

Como se destacó –con inocultable sorna- a propósito del modelo empresarial de la sociedad Uber Technologies Inc.⁴²:

“[...ésta] diseñó un método de software para conectar a los conductores con los pasajeros, pero ello configura simplemente una herramienta utilizada en el contexto de su negocio principal. Uber no solo vende software, vende traslados. Uber no es una compañía de tecnología así como no lo son, por ejemplo, Yellow Cab solo porque use radios CB [Citizen Band] para despachar taxis, John Deere porque use computadoras y robots para fabricar cortacéspedes, o Domino Sugar porque use modernas técnicas de riego para cultivar su caña de azúcar”.

En los casos de plataformas tecnológicas que se comentan resulta inobjetable que el trabajador presta servicios en el ámbito del negocio principal de otro⁴³, razón por la cual procede reconocer –indiciariamente- la existencia de una relación de trabajo. La integración de aquel en

⁴¹ Así lo destacó, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 20 de diciembre de 2017 (caso C-434/15): “el servicio de intermediación de Uber [Systems Spain, S.L.] se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por el otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores [...] Por consiguiente, debe considerarse que *este servicio de intermediación forma parte de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte...*” (cursivas mías).

⁴² Corte del Distrito Norte de California (EE.UU.), sentencia No. C-13-3826 de 11 de marzo de 2015 (*Douglas O'Connor et al. v. Uber Technologies, Inc.*).

⁴³ “El trabajo ejecutado por la demandante se inserta en el negocio de las demandadas. Las demandadas desarrollan el negocio de provisión de servicios de transporte a los pasajeros. La demandante prestó servicios de transporte a dichos pasajeros. Sin conductores, tales como la demandante, el negocio de las demandadas no existiría”. Sentencia de 16 de junio de 2015 (Caso CGC-15-546378), proferida por la Corte Superior del Condado de San Francisco (California, EE.UU.), (*Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick*).

empresa ajena le somete a una especie de subordinación estructural⁴⁴ por cuya virtud debe amoldar su conducta a la cultura corporativa dominante y observar los estándares que imperan en dicho ámbito.

XI

*...ser fantasma debe ser algo así,
tener la certeza de que la vida existe [...] y no poder verla*

La “*integración del trabajador en la organización de la empresa*”, como indicio de existencia de una relación de trabajo -ex párr. 13.a de la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) OIT-, supone reconocer que dicho sujeto es ajeno a los poderes de organización del proceso productivo, queda extrañado de estrategias de mercado, clientela⁴⁵ y fijación de precios, exhibe apenas la condición de factor que otro combina para alcanzar los fines –generalmente lucrativos- que estime valiosos, y carece –por tanto- de organización empresarial propia⁴⁶.

Se devela así un manifiesto déficit de autonomía o, expresado desde la perspectiva contraria, un inobjetable estado de sujeción a los estándares y condiciones de desempeño impuestos por el titular de la plataforma digital⁴⁷.

⁴⁴ Sentencia dictada en RR-119400-55.2007.5.03.0001, proferida por el Tribunal Superior del Trabajo (Brasil), 23 de abril de 2013, *apud* sentencia de 13 de febrero de 2017 dictada por el Juzgado 33^{ro} del Trabajo de Belo Horizonte (Brasil), en juicio incoado por *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnología Ltda.*

⁴⁵ “Es determinante y muy significativo que los usuarios (clientes) no puedan acceder a la aplicación de los *riders* (repartidores) y que estos *riders* no puedan acceder a la aplicación de los usuarios...”. Tribunal Superior de Justicia, Sala Social (Cataluña), recurso 5613/2019, sentencia de 21 de febrero de 2020, fundamento de derecho octavo. Ver, Beltran, Ignasi, «El Pleno del TSJ de Cataluña también califica a los “riders” de Glovo como trabajadores por cuenta ajena», en blog <https://ignasibeltran.com/> (consultado el 10 de marzo de 2020).

⁴⁶ El trabajador se “ha integrado así a un servicio de transporte creado y enteramente organizado por Uber BV, que existe únicamente gracias a dicha plataforma, un servicio de transporte a través del cual no constituye su propia clientela, no fija libremente sus tarifas o las condiciones de ejercicio de su servicio de transporte, las cuales son regidas en su totalidad por la empresa Uber BV”. Corte de Casación, Sala de lo Social (Francia), sentencia 373 de 4 de marzo de 2020 (*Uber France – Uber BV*).

⁴⁷ Como los destacó la Comisión de Conciliación, Mediación y Arbitraje de Sudáfrica, en dictamen de 7 de julio de 2017 (caso WECT12537-16).

XII

...los mismos ciegos rebuscando en la misma basura

Además de integrarse en la actividad productiva que otro organiza, el trabajador de plataformas digitales presta servicios en típicas condiciones de subordinación o dependencia jurídica, esto es, bajo la dirección, vigilancia y disciplina del titular de la empresa, tal como se desgaja –entre otros indicios- del deber de prestación personal del servicio, uso de uniforme, exhibición de símbolos empresariales ajenos, y –sobre todo- sujeción a controles algorítmicos, evaluación de desempeño, y medidas disciplinarias.

En efecto, bajo ciertos modelos empresariales al trabajador le está prohibido ceder, en todo o en parte, a otro u otros, la ejecución del servicio contratado, a menos que el titular de la plataforma digital consienta expresa o implícitamente en ello. El referido carácter *intuitu personae* del servicio, además de constituir un trascendente indicio de existencia de una relación de trabajo⁴⁸, revela, en el contexto específico y apreciado desde óptima distancia, rasgos relevantes de la empresa en cuyo ámbito se inserta. Por ejemplo, en el caso de Uber dicho atributo responde claramente al objetivo de ofrecer un servicio de transporte confiable y seguro⁴⁹ a través de la transmisión al cliente de las señas de identidad tanto del conductor como del vehículo utilizado.

En segundo lugar, el uso imperativo de cierta indumentaria⁵⁰ -manifestación palmaria de pérdida de individuación- y la exhibición de

⁴⁸ El *Código de Buenas Prácticas de Sudáfrica: quién es trabajador* (párrafo 32) incluye entre los indicios de existencia de la relación de trabajo (número 5) la circunstancia de que la muerte del prestador de servicios extinga el vínculo jurídico. Recuperado de: https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/294450.pdf.

⁴⁹ Además de *eficiencia* -atención inmediata gracias a la organización algorítmica-, *calidad* -conductores y vehículos cumplen con ciertos requerimientos y, además, los clientes evalúan el servicio mediante encuestas de satisfacción-, y *bajo costo* -precios fijados por el titular de la plataforma digital.

⁵⁰ Ver, por ejemplo, **Tribunal Supremo, Sala de lo Social (España), sentencias de 19 de abril de 2011** (“...nos encontramos con una iniciativa empresarial que en principio se encuentra dentro de las facultades de su poder de dirección, como es la orden de uniformidad de los empleados...”) y **23 de enero de 2001** (“...las condiciones contractuales, que derivan de la actividad desempeñada en la empresa pueden implicar la adopción de condiciones

símbolos de empresa ajena revelan emblemáticamente el robusto poder directivo del titular de esta y, consecuentemente, el estado de sujeción del trabajador a estándares y directrices confeccionados por otro.

Asimismo, es de destacar que la actividad del trabajador de plataformas digitales –a pesar de prestar servicios al margen de centros de trabajo y supervisión personal directa- se encuentra efectivamente sometida a –rígidos y ininterrumpidos- controles algorítmicos que permiten recabar datos tempo-espaciales relacionados con la conexión a la aplicación tecnológica y el modo de ejecución del servicio⁵¹; dilatando significativamente el alcance de los tradicionales poderes patronales de dirección y vigilancia⁵².

Adicionalmente, en ciertos casos, la actividad del trabajador está sujeta a encuestas de satisfacción cumplimentadas por la clientela, las cuales son diseñadas, remitidas, recabadas y ponderadas por el titular de la plataforma digital. Esta modalidad de control indirecto⁵³ o diferido del trabajador configura un indicio –también- robusto de existencia

de diverso tipo, entre las que puede figurar la uniformidad en la vestimenta prevista en el desarrollo de la actividad, y que la determinación de esta uniformidad en principio –en defecto de pacto colectivo o individual de los interesados- es competencia del empleador, salvo, naturalmente, que la decisión patronal atente a la dignidad y honor del trabajador...”). Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, sentencia de 7 de octubre de 2007: *“es de conocimiento común que determinadas actividades laborales requieren una mínima corrección o pulcritud indumentaria conforme unas reglas de trato social comúnmente admitidas, que por ello se dan por supuestas sin necesidad de un acuerdo expreso. Siendo ello así, quien aceptó prestar tareas de aquella índole carece de justificación para eximirse de las obligaciones que al respecto y conforme a esos usos sociales requiera el desempeño de sus cometidos profesionales”*.

⁵¹ “[L]a plataforma ejerce cierto grado de supervisión y control [sobre el trabajador], determinando con precisión cuándo, cómo y dónde el trabajo debe ser prestado”. OIT, *Promoviendo empleo y trabajo decente...*, ob.cit., párr. 317, p. 139.

⁵² “[L]a empresa, merced al sistema de geolocalización instalado, ejerce un control efectivo y continuo sobre la actividad que el [trabajador...] desempeña.” Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019 (considerando trigésimo octavo, *in fine*). “[L]a empresa tenía en todo momento geolocalizado al trabajador, a quien podía pedir explicaciones en cualquier momento sobre el servicio”. Juzgado de lo Social, número 6, Valencia (España), sentencia 244/2018 de 1º de junio de 2018.

⁵³ “[E]n la economía de plataformas, el control es parcialmente ejercido a través de evaluaciones cumplimentadas por los clientes”. Organización Internacional del Trabajo, *Promoviendo empleo y trabajo decente...*, ob.cit., párr. 249, p. 112.

de una relación de trabajo⁵⁴, tal como ha sido ampliamente destacado por la jurisprudencia⁵⁵.

Por último, conviene señalar que la información obtenida –a través de la plataforma digital y las encuestas de satisfacción- sobre el desempeño del trabajador -períodos de desconexión, rechazo de servicios, rutas de ejecución, trato a la clientela, etc.- suele justificar la adopción de medidas disciplinarias; algunas directas y evidentes como la suspensión –temporal⁵⁶ o definitiva⁵⁷⁻⁵⁸– de la cuenta asignada para conectarse

⁵⁴ “[E]l uso de sistemas de evaluación o mecanismos automáticos de revisión para monitorear y evaluar el desempeño laboral está en contradicción con el supuesto estatus de trabajador autónomo que se adjudica a quienes prestan servicios mediante plataformas tecnológicas.” Ibídem, párr. 317, p. 139.

⁵⁵ “Ambas partes son alentadas a calificar a la otra con *estrellas*, siendo una (1) sinónimo de mala experiencia y cinco (5) equivalente a la mejor experiencia concebible. Un proveedor de servicios de transporte debe mantener un promedio de, por lo menos, 4,6 *estrellas*. Si el promedio se redujese las demandantes suspenderían la aplicación, tanto respecto del proveedor de servicios de transporte como del usuario.” Sentencia de 16 de junio de 2015 (Caso CGC-15-546378), proferida por la Corte Superior del Condado de San Francisco (California, EE.UU.), (*Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick*). En sentido análogo, en sentencia de 13 de febrero de 2017 (*Processo Nº 0011359-34.2016.5.03.0112*), proferida por el Juzgado 33^{ro} del Trabajo de Belo Horizonte (Brasil), (*Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnologia Ltda.*), se destaca, como manifestación de control sobre la ejecución del trabajo, la aplicación de “evaluaciones en forma de notas y de las quejas de los consumidores del servicio”. “Al fin y al cabo, ya no es necesario el control dentro de la fábrica, tampoco el sometimiento a agentes específicos o a una jornada rígida. Es mucho más eficaz y represor el control difuso, realizado por todos y por nadie. En este nuevo paradigma, los controladores, ahora, están esparcidos por la multitud de usuarios y, a la vez, se esconden en algoritmos que definen si el conductor debe o no ser sancionado, debe o no ser excluido”.

⁵⁶ “[D]espués de tres negativas de solicitudes, se envía el mensaje «¿Sigues ahí?», con la carta invitando a los choferes que no desean aceptar viajes a «simplemente» desconectarse [... Dicha] invitación debe ser interpretada respecto a lo estipulado en el punto 2.4 del contrato, según el cual: «Uber también se reserva el derecho de deshabilitar o restringir el acceso o el uso de la Aplicación de Conductores o los Servicios de Uber por el Cliente o cualquiera de sus choferes o por cualquier otra razón, a la discreción razonable de Uber», que tienen por efecto el de alentar a los conductores a permanecer conectados con el fin de esperar hacer un viaje y así permanecer constantemente a disposición de Uber BV durante la duración de la conexión, sin poder realmente elegir libremente, como lo haría un conductor independiente, el viaje que les convenga o no”. Corte de Casación, Sala de lo Social (Francia), sentencia 373 de 4 de marzo de 2020 (*Uber France – Uber BV*).

⁵⁷ Por ejemplo, la aplicación expiraría automáticamente si transcurriesen ciento ochenta días sin que el trabajador preste servicios de transporte: ver sentencia de 16 de junio de 2015 (Caso CGC-15-546378), proferida por la Corte Superior del Condado de San Francisco (California, EE.UU.), (*Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick*).

⁵⁸ “Por otra parte, el trabajador carecía de libertad, dentro de su horario, para rechazar pedidos, resultando de la documental aportada que es precisamente, según manifestaciones de la

a la plataforma o el ajuste –peyorativo- de la tarifa por trabajo ejecutado ineficientemente⁵⁹, y otras indirectas o sutiles como el deterioro de la valoración interna a los fines de la selección de franjas horarias⁶⁰.

XIII

...ahora es el reino duro, cruel e implacable de los ciegos

Resultan abrumadores los indicios de existencia de relaciones de trabajo en el seno de las empresas digitales analizadas en los párrafos precedentes.

No obstante, conviene –por razones de exhaustividad- ofrecer algunos comentarios en torno a los rasgos de autonomía que, aunque escasamente relevantes o, incluso, impertinentes, han servido para negar carácter laboral a los vínculos escrutados.

En primer lugar, se ha destacado que el trabajador no se compromete a prestar servicios en condición de exclusividad. Se trata –en el sentido negativo indicado- de un indicio endeble puesto que refiere a una previsión contractual –meramente formal- que nada predica acerca de las condiciones fácticas –modo, tiempo y lugar- de ejecución del trabajo o de la dependencia económica deducible de las prestaciones causadas⁶¹. De otra parte, es de advertir que resulta plausible –y no poco

empresa (Roofoods Spain S.L.U., titular de la plataforma Deliveroo), el rechazo de ofertas y falta de disponibilidad reiterados, lo que ha dado lugar a la extinción de la relación entre las partes.” Juzgado de lo Social, número 6, Valencia (España), sentencia 244/2018 de 1º de junio de 2018.

⁵⁹ “En cuanto a las tarifas, [...estas] se fijan contractualmente mediante los algoritmos de la plataforma Uber por medio de un mecanismo de predicción, imponiendo al conductor una ruta determinada que no es libre de elegir, ya que el contrato prevé en su artículo 4.3 una posibilidad de ajuste de la tarifa por parte de Uber, en particular si el conductor eligió una «ruta ineficiente» ...”. Corte de Casación, Sala de lo Social (Francia), sentencia 373 de 4 de marzo de 2020 (*Uber France – Uber BV*).

⁶⁰ “[E]l rechazo de un servicio puede que no esté penalizado directamente, mas sí de forma refleja, ya que ello supone que su valoración -excelencia- disminuya y, por tanto, la imposibilidad de acceder a las franjas horarias mejores y más ventajosas no sólo por razones de comodidad, sino, sobre todo, por la calidad y número de encargos a efectuar.” Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019, trigésimo noveno fundamento de derecho.

⁶¹ Párr. 9 de la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) OIT: “...la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador...”.

común- que un mismo trabajador preste servicios simultáneamente en el ámbito de dos o más relaciones de trabajo⁶², sin que ello desnaturalice los vínculos trabados. En cambio, se tornaría relevante el indicio si la prestación del servicio en condición de exclusividad fuese pactada o se verificase fácticamente⁶³, toda vez que quedaría así en evidencia el estado de dependencia económica⁶⁴ del trabajador y su amplia disponibilidad frente al poder de mando patronal.

Se destaca también que en ciertos supuestos el trabajador –según previsión contractual- puede hacerse sustituir por otro u otros, enervándose el carácter *intuitu personae* que caracteriza el servicio prestado bajo relación de trabajo. Se trata -al igual que la exclusividad- de un indicio endeble por su carácter meramente formal, ajeno a los datos fácticos que describen la modalidad de prestación del servicio y la retribución del mismo. Adicionalmente, en el caso de que efectivamente opere, dicha fungibilidad suele ser marginal y, a todo evento, condicionada a la autorización o tolerancia del titular de la plataforma tecnológica⁶⁵;

⁶² “[E]l hecho de no haber prestado servicios de forma exclusiva para la accionada, no constituye un elemento relevante a los fines de desvirtuar la presunción de la relación de trabajo”. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia 1206 de 12 de agosto de 2014. Recuperado de: [http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/168210-1206%20%20\(SALA%20ESPECIAL%20I\)%20-12814-2014-12-033.HTML](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/168210-1206%20%20(SALA%20ESPECIAL%20I)%20-12814-2014-12-033.HTML). “Aunque la exclusividad es un elemento frecuente en las relaciones de trabajo no es un elemento definitorio de las mismas, por lo que puede resultar perfectamente posible que un trabajador labore para dos empresas a la vez, más aún cuando por la naturaleza misma de la función [...] no está sometido a régimen, jornada, ni asistencia a la sede de la empresa, sino que se ejerce el control de su actividad mediante el control de los resultados de la misma”. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia 797 de 16 de diciembre de 2003. Recuperado de: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/RC797-161203-02624.HTM>.

⁶³ Párr. 13.a de la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) OIT: entre los “indicios específicos” que permiten determinar la existencia de una relación de trabajo se incluye “el hecho de que el trabajo [...] es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona”.

⁶⁴ En 2015 y 2017 la Organización Internacional del Trabajo encuestó a “3.500 trabajadores que residen en 75 países del mundo y que trabajan en cinco de las principales plataformas [digitales] dedicadas a la asignación de microtarefas”, verificándose que “cerca de 32 por ciento de los encuestados afirmaron que el que el trabajo en las plataformas es su fuente primaria de ingresos”. Berg, Janine *et al*, *Las plataformas digitales...*, ob.cit, pp. v, xvii y 43.

⁶⁵ “[L]a subcontratación era totalmente residual, sin que conste que el trabajador hiciera uso de ella en momento alguno, resultando, además, de la lectura del contrato que la subcontratación de los servicios acordados con terceros requería previa autorización de la empresa por

no resultando por tanto idónea para desvirtuar la existencia de una relación de trabajo⁶⁶.

Otro aspecto particularmente relevante es la facultad del trabajador de organizar el tiempo de prestación del servicio, hasta el grado de conectarse y desconectarse de la aplicación a voluntad y rechazar –sin aparente sanción– los requerimientos dirigidos por el titular de la plataforma digital⁶⁷. Al respecto, cabe advertir que dicha flexibilidad resulta intrínseca a la específica modalidad de organización empresarial en cuyo ámbito el trabajo se inserta. La actividad productiva se ensambla a partir de una plataforma digital que hilvana trabajadores, cuya densidad espacial y temporal –para atender adecuadamente los requerimientos del mercado– es perennemente ajustada mediante algoritmos. Así, el núcleo tecnológico de la empresa permite sustituir la clásica y rígida disponibilidad del trabajador individual, sujeto a horario y puesto de trabajo, por una más eficiente *disponibilidad plural y difusa*⁶⁸, configurada por una red de potenciales prestadores de servicios, integrados al sistema, cuyo número, ubicación y franja horaria devienen ordenados algorítmicamente para asegurar los objetivos trazados. En este contexto, donde la individuación del prestador de servicios es sustituida por un colectivo –delimitado, homogéneo y no deliberante– de potenciales trabajadores, queda de manifiesto la impertinencia de los indicios referentes a horario, puesto de trabajo y exclusividad, y la irrelevancia del derecho a libre desconexión⁶⁹ o al rechazo de requerimientos de servicio⁷⁰.

escrito”. Juzgado de lo Social, número 6, Valencia (España), sentencia 244/2018 de 1º de junio de 2018.

⁶⁶ Ver, por ejemplo, sentencias 902/2017 y 365/2000 de 16 de noviembre de 2017 y 25 de enero de 2000, respectivamente, proferidas por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social (España).

⁶⁷ Ver, por ejemplo, sentencia 284/2018 de 3 de septiembre de 2018, quinto fundamento de derecho, numeral 2, proferida por el Juzgado de lo Social Nº 39 (Madrid).

⁶⁸ En sentido análogo: “el uso de medios tecnológicos para distribuir tareas a una fuerza laboral indeterminada no puede justificar que dichas actividades sean consideradas modalidades de trabajo separadas del resto del mercado laboral.” OIT, *Promoviendo empleo y trabajo decente...*, ob.cit., párr. 327, p. 142.

⁶⁹ En general, los contratos prevén que la prolongada desconexión del trabajador acarrea su exclusión del sistema puesto que –cabe inferir– ello incrementaría las probabilidades de ineficacia del modelo empresarial de disponibilidad plural y difusa de sus trabajadores.

⁷⁰ La frecuencia de tales rechazos podría afectar la calificación del trabajador y, por tanto, reducir las probabilidades de escogencia preferente de futuros requerimientos de servicio,

En último lugar, el hecho de que el trabajador aporte el vehículo –generalmente, automóvil, motocicleta o bicicleta- y el teléfono celular, como herramientas o instrumentos de trabajo⁷¹⁻⁷²⁻⁷³, y deba además soportar los gastos y riesgos asociados a su mantenimiento y funcionamiento, reviste una importancia marginal si se contrasta con los elementos provistos por el titular de la empresa⁷⁴, entre los cuales destaca –como núcleo empresarial- la plataforma tecnológica⁷⁵.

sancionando así conductas que atentan contra la eficacia del modelo empresarial de disponibilidad plural y difusa de sus trabajadores.

⁷¹ Resulta inconveniente revestir de significancia el hecho de que el trabajador aporte los “útiles de su propio oficio.” *Code of Practice for determining employment or self-employment status of individuals*, Irlanda, julio de 2001, actualizado en 2007. Ningún servicio personal habría de excluirse del ámbito de la relación de trabajo por el solo hecho de que sean utilizados “los implementos o la maquinaria del trabajador.” Ley de Contratos de Trabajo, N° 55, 2001, Finlandia (ver, Oficina Internacional del Trabajo, *La relación de trabajo: una guía anotada a la Recomendación N° 198*, Dialogue, Documento N° 18, OIT, Ginebra, 2008, p. 44). Se trata, por el contrario, de ponderar inversiones profesionales significativas por parte del prestador de servicios, en los términos empleados por el test UNIZO de Bélgica (Bronstein, Arturo, ob.cit., pp. 59-60), o herramientas y maquinarias de alto valor, según ha sostenido la jurisprudencia del Japón (Oficina Internacional del Trabajo, *La relación de trabajo...*, ob.cit., p. 45).

⁷² El art. 1.1. del Convenio 177 OIT sobre el trabajo a domicilio (1996) dispone que la expresión *trabajo a domicilio* significa el trabajo que una persona realiza en su domicilio -o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador-, a cambio de una remuneración, y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, “independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello...”.

⁷³ “[R]esulta destacable la escasísima cuantía en inversión que el actor ha de realizar para poder desarrollar la actividad encomendada (herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo) frente a la mayor inversión que realiza la principal y entrega al actor.” Tribunal Supremo, Sala de lo Social (España), sentencia 96/2020 de 4 de febrero de 2020, quinto fundamento de derecho, numeral 2.

⁷⁴ “[E]n algunos casos, como en el trabajo a domicilio, los trabajadores normalmente utilizan sus propios materiales. Esto también ocurre en el trabajo mediante plataformas digitales, donde los trabajadores proveen sus bicicletas o computadores. Por ejemplo, en los servicios de entrega prestados mediante aplicaciones digitales, la bicicleta o motocicleta utilizada por mandadero no constituye la esencia del negocio, y es en cambio un servicio provisto a través del algoritmo que administra y evalúa el trabajo ejecutado”. OIT, *Promoviendo empleo y trabajo decente...*, ob.cit, párr. 246, p. 111.

⁷⁵ A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección N° 01 de lo Social), en sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019, con ocasión del escrutinio de la naturaleza jurídica del vínculo entre GLOVOAPP23, S.L. y los recaderos que prestan servicios en el ámbito de la empresa organizada por dicha sociedad, sostuvo lo siguiente: “En cuanto a la ajenidad en los medios, su presencia en este caso resulta inobjetable. Basta con comparar, de

En síntesis, resulta imperativo contextualizar el trabajo cuya naturaleza jurídica se pretende escrutar, delimitando la actividad empresarial en cuya esfera se desenvuelve, para –luego y sin obviar, si fuese el caso, la presunción de existencia del vínculo laboral- aprehender y ponderar –según su gravedad, concordancia y convergencia- los indicios que, en el supuesto específico, se estimen pertinentes y relevantes.

En la hipótesis del trabajo mediante plataformas digitales, en los términos expuestos en los párrafos que anteceden, no cabe duda que se trata de arquetípicos vínculos de subordinación, apenas matizados por el influjo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación⁷⁶.

XIV

*...ya tienen una luz dentro de las cabezas,
tan fuerte que los había cegado*

Las hondas dubitaciones y no pocos extravíos que engendra la calificación jurídica del trabajo mediante plataformas tecnológicas parecen

un lado, la enorme importancia económica de la plataforma digital propiedad de la demandada que representa su marca como señal de identidad en el mercado y constituye, a su vez, su herramienta esencial de funcionamiento a través de distintas aplicaciones informáticas en relación tanto a los comercios asociados y los clientes finales o usuarios que se conectan a ella, cuanto a los recaderos que como instrumento medial contribuyen con su prestación de servicios al logro de los objetivos productivos de la empresa en el marco de su modelo de negocio y, de otro, los escasos elementos materiales, a su vez de limitado valor, que el demandante aporta, consistentes en un teléfono móvil con el que entrar en la aplicación y una motocicleta, aunque las más de las veces se trate de una bicicleta, motorizada o no”.

⁷⁶ En este sentido, por ejemplo, la modalidad empresarial de Glovo no dista demasiado de la tradicional organización de servicios de mensajería o recados: “sobre cuestión muy similar a la que ahora se somete a nuestra atención enjuiciadora, si bien el modo de comunicación entonces existente entre el mensajero y la empresa no se materializaba a través de una plataforma digital a la que conectarse, sino valiéndose de los medios que a la sazón había, tuvo ocasión de pronunciarse tiempo ha la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en su emblemática sentencia de 26 de febrero de 1.986 [...] Se trata, pues, de supuesto que se asemeja en buena medida al que ahora nos ocupa, salvo, insistimos, en lo que toca al medio de comunicación entre la empresa y el repartidor, que en el presente caso se vale para ello de una plataforma digital y la aplicación informática que se anuda a ella propiedad de la demandada, elementos que, como se verá, resultan de suma trascendencia”. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019, fundamento de derecho vigésimo quinto.

asociados a tres criterios distorsionantes de la concreta realidad que se escruta⁷⁷:

(i) *Confusión entre los conceptos –esenciales, inescindibles e interdependientes– de empleador y empresa; obviando que esta es la actividad desplegada bajo el poder de organización, dirección y disciplina de aquel, lo cual impulsa –desde la miopía– que se asuma al titular de la plataforma digital como “compañía de tecnología” y, por tanto, mero intermediario entre usuarios y prestadores de servicios (desvanecimiento de la empresa). En realidad, aquella combina los factores de la producción –incluyendo el trabajo– para ofrecer bienes o prestar servicios en los términos y condiciones que estima convenientes*⁷⁸.

(ii) *Ponderación de los indicios de existencia de una relación de trabajo al margen del específico modelo de organización empresarial en cuyo ámbito se inserta el trabajo (descontextualización de la subordinación); desatendiendo –en el caso específico– el influjo de la plataforma digital sobre una organización flexible del trabajo basada en la disponibilidad plural y difusa de potenciales trabajadores. Como consecuencia de ello deviene sobrevalorada la opción del trabajador de conectarse y desconectarse libremente a la aplicación y rechazar requerimientos sin –aparente– sanción; y*
 (iii) *Adopción de una concepción débil del trabajo autónomo equivalente a aquel ejecutado en condiciones de tenue subordinación por déficit de algunos rasgos arquetípicos (dilución de la autonomía); siendo que la autonomía, bajo la hipótesis que se analiza, refiere a la disponibilidad de elementos –humanos, materiales e inmateriales– propios, conjugados libremente para alcanzar objetivos que se estiman relevantes. Si el juzgador no aprehendiese dichos rasgos denotativos debería declarar –desde una perspectiva binaria– el carácter subordinado del servicio y, por ende, la existencia de una relación de trabajo.*

⁷⁷ Ver, Carballo Mena, César Augusto, «Trabajo mediante plataformas. El espejismo de la autonomía», *Revista jurídica del trabajo*, N° 1, enero-abril 2020, Montevideo, pp. 146-164.

⁷⁸ En sentencia 244/2018 de 1° de junio de 2018, proferida por el Juzgado de lo Social Número Seis (Valencia, España), se transcribe parcialmente el correo electrónico – denominado *informationBikers_VLC*– que Deliveroo remite a los nuevos *riders*, cuyo encabezamiento reza: “Bienvenido a Deliveroo! ¡Nuestra misión es llevar comida de los mejores restaurantes de la ciudad a domicilio u oficinas, rápido!” (Hechos que se declaran probados, número 8).

En síntesis, el desconocimiento de una relación de trabajo en el ámbito que se comenta suele fundamentarse -en desprecio del principio de primacía de la realidad- en la concepción de la empresa digital como intermediaria entre el prestador del servicio y los clientes finales, enfatizándose, fuera de contexto, la independencia de horarios, la opción de rechazar requerimientos de servicios, la aportación de herramientas de trabajo, y la asunción de costos y riesgos asociados al uso de estas. De este modo se obvia el protuberante déficit de autonomía que se desgaja de la integración del trabajador en empresa ajena, extrañado de las más básicas prerrogativas para organizar el modo, tiempo y lugar de ejecución de los servicios.

XV

*...hay una gran diferencia entre un ciego que esté durmiendo
y un ciego a quien de nada le ha servido el haber abierto los ojos*

El lenguaje técnico, por lo general, se percibe neutro y desangelado. Quizá por ello convenga de vez en cuando explorar otro discurso, aquel que, más allá de reglas y criterios jurisprudenciales, atienda al más básico sentido común: por veredas, calles y avenidas pedalea presuroso un sujeto uniformado, mientras ojea de cuando en cuando su teléfono móvil. Lleva a la espalda una amplia mochila -estampada con colores y logotipos de una empresa ajena- donde resguarda la comida que recientemente recogió en un restaurante cercano -debidamente registrado en la aplicación tecnológica que el titular de la empresa ha desarrollado- y que debe entregar a algún famélico y ansioso cliente - con el cual no ha contratado de modo directo-, en la dirección y por la ruta que le han sido indicadas, a cambio de una contraprestación cuya cuantía no le es dado estipular.

¿Trabajador autónomo? Demasiada jerigonza y fuegos de artificio⁷⁹. ¿En qué fatua hoguera ardió el principio de primacía de la reali-

⁷⁹ En *Y. Aslam y J. Farrar v. Uber B.V., Uber London Ltd., y Uber Britannia Ltd. (Case Nos 2202551/2015 & Others)*, dictada el 12 de octubre de 2016 por el Tribunal Laboral de Londres - Subregión Central (Reino Unido), se inserta -satíricamente- una cita de *Hamlet* (William Shakespeare), *Me parece que la dama promete demasiado (The lady doth protest too*

dad sobre las formas o apariencias? Organizan su jornada de trabajo y son dueños del vehículo y del teléfono móvil, pero, al mismo tiempo, ajenos a la plataforma tecnológica e impedidos de fijar precio a sus servicios, aglutinar clientela, o trazar estrategias para incrementar sus ganancias. ¿Qué espejismo nos ganó la partida?

¿No resulta acaso obvio que se trata de trabajadores subordinados que, conectados en red, se mantienen atentos -cuanto puedan y requieran- para ejecutar la actividad que el dueño de la plataforma digital ofrece -por cierto precio y bajo determinadas condiciones- a su clientela? ¿Qué impide admitir que una densa fila -digital- de trabajadores, ordenados por rígidos algoritmos, aguarda para transportar personas o bienes -o ejecutar cualquier otra actividad- bajo los estándares que otro ha fijado, dentro del perímetro de la empresa que -este- organiza, dirige y sanciona?

¿Qué velo cubre los ojos de la disciplina jurídica que brindó tutela al trabajador domiciliario⁸⁰, a pesar de insertarse en “*empresa dispersa*”, libre de horarios y puesto de trabajo, proveedor de sus propias herramientas y -en muchos casos- de la materia prima, y -sobre todo- al margen de la dirección y control directo de un tercero?^{81- 82}

much, methinks), para poner al descubierto la sobreabundante jerigonza de las sociedades accionadas describiendo el vínculo comercial trabado con los conductores (accionantes) y sus pasajeros.

⁸⁰ “Se trata de una prestación con cierto grado de autonomía, pero cuyo fruto no es colocado directamente en el mercado por quien lo realiza, a diferencia del artesano. Además, la actividad que se despliega reconoce un tenue grado de dirección, más o menos indirecta, por parte del intermediario o del empresario, según los casos. La oferta de los bienes producidos corre por cuenta de este último”.

⁸¹ Rocha, Armando *et al.*, «Estatutos especiales. Trabajo a domicilio», *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. 6, Antonio Vázquez Vialard, director, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 1010.

⁸² Cosechadores de hortalizas que prestaban servicios sin control directo del beneficiario, retribuidos según el resultado, y contractualmente al margen de una relación de trabajo, fueron declarados sujetos de relación de trabajo toda vez que: (i) el accionado controlaba íntegramente las operaciones (adquisición de semillas, siembra, provisión y aplicación de fertilizantes, fumigación contra insectos, oportunidad de cosechar, suministro de empaques, distribución, y fijación del precio de venta); (ii) los servicios personales no requerían particulares destrezas y, por tanto, solo podían ejecutarse correctamente de una única manera, resultando innecesaria la supervisión y disciplina directas; y (iii) los cosechadores solo aportan su trabajo personal, careciendo de iniciativas empresariales que pudiesen influir sobre sus eventuales ganancias o pérdidas económicas. Corte Suprema del Edo. de California, sentencia de 23 de marzo de 1989, *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations*.

El trabajador a domicilio -como el de las plataformas tecnológicas- se integra en empresa ajena, produce para otro, en los términos y condiciones que este determine, sin posibilidad de hacerse de clientela propia, extraño a las medidas o estrategias de mercado que influyen sobre el precio de los bienes⁸³ o servicios, sometido –en definitiva- a una nítida subordinación estructural⁸⁴.

XVI

*Si alguna vez vuelvo a tener ojos,
miraré verdaderamente a los ojos de los demás,
como si estuviera viéndoles el alma*

¿Qué tienen en común la empresa arquetípica de la revolución industrial -centralizada, jerarquizada, asfixiante, mecanizada y monótona- con aquella otra desconcentrada, aplanada, vivificante, flexible y creativa que nos brindan –o prometen- las nuevas tecnologías de la información y la comunicación? Si son empresas, aquella y esta, entrañan la combinación consciente de factores productivos para alcanzar un determinado resultado estimado valioso por su titular. De tal modo que quien ostente el poder de organización del referido ensamblaje habrá de reputarse -*prima facie* y salvo robusta prueba en contrario- empleador de aquellos que -en dicho ámbito- presten servicios personales.

XVII

El último velo del sueño se abrió súbitamente

Parafraseando *El dinosaurio*⁸⁵ de Augusto Monterroso: cuando despertemos del embeleso por la empresa digital, el dinosaurio de la subordinación todavía estará allí.

⁸³ “[E]l dueño de la negociación es quien contribuye a provocar el alza o la baja de los precios, asunto en el que no participa el trabajador a domicilio”. De la Cueva, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, T. I, 4ª edición, reimpresión, Editorial Porrúa, México, 1959, pp. 866 y 867.

⁸⁴ “La eventualidad del trabajo en plataformas digitales junto con la desagregación de tareas grandes en piezas más pequeñas no parece tan diferente de las modalidades laborales temporales que aún existen en la industria textil y de ropa, ya sea en talleres clandestinos o en el hogar del trabajador...” Berg, Janine *et al*, *Las plataformas digitales...*, ob.cit., p. 7.

⁸⁵ “Cuando despertó, el dinosaurio todavía estaba allí”.

RESUMEN

El presente ensayo aborda, desde una perspectiva crítica, la técnica de aplicación y ponderación de indicios de existencia de una relación de trabajo en el ámbito de empresas organizadas mediante plataformas digitales. Bajo el prisma del principio de primacía de la realidad, queda en evidencia una modalidad de trabajo subordinado, apenas alterada por el influjo de las nuevas tecnologías: la clásica sumisión del trabajador individual deviene sustituida por una disponibilidad plural y difusa, configurada por una red de potenciales prestadores de servicios, cuyo número, ubicación y franja horaria son ordenados algorítmicamente para asegurar los objetivos empresariales.

PALABRAS CLAVE

Relación de trabajo, plataforma digital,
subordinación, indicios.

ABSTRACT

This essay approaches, from a critical perspective, the technique of application and weighting of the indicators of the existence of an employment relationship in the field of companies organized through digital platforms. Under the prism of the principle of primacy of reality, a subordinate modality of work is evident, scarcely altered by the influence of new technologies: the classic submission of the individual worker becomes replaced by a plural and diffused availability, configured by a network of potential service providers, whose number, location and time slot are algorithmically ordered to ensure business goals.

KEY WORDS

Employment relationship, digital platform,
subordination, indicators.

PREMIOS DE LA ACADEMIA

**ENTREGA DE LOS PREMIOS
"DR. GUSTAVO PLANCHART MANRIQUE",
"DR. TOMÁS POLANCO ALCÁNTARA"
Y "ABOG. ANDRÉS ELOY BLANCO"
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES 2018-2019**

**PALABRAS DE APERTURA DEL PRESIDENTE
DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI, LEÍDAS POR
EL DR. JULIO RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA,
PRIMER VICEPRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

DISCURSO SOBRE LOS PREMIOS DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES VERSIÓN 2018-2019

Desde su mismo momento fundacional esta Corporación conjugó la misión de estimular y resaltar la labor intelectual de los juristas y científicos sociales, con la de evocar la memoria de figuras eminentes cuyas obras han contribuido notablemente al desarrollo de nuestras disciplinas. Esta intención institucional pretende mantener viva la llama del conocimiento reflexivo y crítico en los juristas y demás científicos sociales, como precondition -no la única- para que el Derecho evolucione y se perfeccione como instrumento para alcanzar ciertos fines sociales valiosos, como la seguridad, la justicia, la paz social o la legitimación del poder.

Por eso uno de los primeros actos institucionales de esta centenaria Academia de Ciencias Políticas y Sociales, fue la creación de los certámenes de investigación como estímulo al desenvolvimiento de la actividad intelectual de nuestra disciplina y un reconocimiento a quienes pueden significar un ejemplo por su dedicación y acierto en los campos de la investigación sensibilizando sobre el valor del conocimiento. Mediante el Acuerdo público del 19 de abril de 1917 se convocó el primer Concurso bajo el nombre de **“Premio Aranda”** en homenaje al ilustre jurista Francisco Aranda. El segundo Concurso llevó el nombre del eminente intelectual Cecilio Acosta.

Esto explica por qué el Reglamento de la Academia ordena que los premios que hayan de otorgarse en los certámenes científicos que ella promueva ***“...deberán llevar el nombre de alguna persona que haya contribuido notablemente al desarrollo de las Ciencias Políticas y Sociales”***.

En esta oportunidad nos convoca la edición del premio correspondiente al periodo **2018-2019**, los cuales en cada una de sus versiones llevan los siguientes epónimos y fueron adjudicados a los participantes galardonados, que de seguidas se mencionan:

EL PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES, para tesis de post-grado y para trabajos de ascenso en el **escalafón universitario**, correspondiente al período **2018-2019**, tiene como epónimo al Dr. Tomas Polanco Alcántara, individuo de número y expresidente de la corporación quien ocupó el Sillón No. 26 de esta Academia. El doctor Polanco Alcántara fue un conspicuo jurisconsulto, historiador, escritor y diplomático venezolano. Es considerado una de las *“figuras más luminosas de la Venezuela intelectual”* de todos los tiempos.

EL PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES, para tesis de post-grado y para trabajos de ascenso en el escalafón universitario le fue otorgado al Profesor Javier L. Ochoa Muñoz, por el trabajo *“La Eficacia de las Sentencias Extranjeras y el Derecho de Acceso a la Justicia, una Mirada desde la Gobernanza Global”*.

Sin duda un meritorio esfuerzo de investigación que cumple con una sólida estructura metodológica sobre un tema de inagotable actualidad, al tomar en cuenta la necesidad de asegurar la eficacia de las sentencias extranjeras tanto desde una perspectiva universal, expresada en la consideración de la llamada *“gobernanza global”*, como desde la perspectiva individual de la protección del derecho de acceso a la justicia del individuo, en definitiva es una reflexión para pensar el derecho como instrumento de libertad y bienestar global.

EL PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES PARA PROFESIONALES 2018-2019, tiene como justo epónimo al doctor Gustavo Planchart Manrique, individuo de número y expresidente de esta Academia quien ocupó el Sillón No. 32. El Doctor Planchart Manrique es considerado el paradigma del abogado exitoso y del profesor y académico meritorio. Su trayectoria de vida ejemplar es una referencia del académico sabio y digno.

El Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales fue otorgado a los abogados Natalia Boza Scotto y Emilio Spósito Contreras por el trabajo **“La derrota china en el Banco**

Interamericano de Desarrollo: impacto de la crisis venezolana en el marco de la banca multilateral de desarrollo". El trabajo galardonado examina como la situación venezolana se inserta en la dinámica de confrontación entre China y los Estados Unidos, haciendo evidente la necesidad de promover una visión que permitan una relación equilibrada con el gigante asiático, mediante el fortalecimiento de instituciones regionales como el BID y foros de discusión para generar líneas de acción conjuntas en pro de los intereses latinoamericanos.

Adicionalmente, el jurado otorgó mención de honor al profesor Carlos Fernando Calatrava Piñerua por el trabajo *intitulado "De la crisis a la traición: post-chavismo y sistema político venezolano"*.

Finalmente, **EL PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**, para Estudiantes, tiene como epónimo al abogado Andrés Eloy Blanco, eminente jurista, diplomático, político y poeta venezolano, considerado *"... un símbolo de la civilidad vigilante y una expresión genuina de venezolanidad extrovertida"*.

EL PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES para estudiantes correspondiente al período 2018-2019, fue otorgado a los bachilleres Katherine Mendoza y Maria Angelina Socorro Patiño, por el trabajo *"Análisis de los aspectos bioéticos y jurídicos del reconocimiento de la ciudadanía saudí a la inteligencia artificial Sophia"*, quienes participaron en el certamen bajo los seudónimos Rael Eloy y Marina Rumbos.

El trabajo galardonado constituye una investigación novedosa y actual relacionada con los retos jurídicos y bioéticos que suponen los avances tecnológicos a propósito de la irrupción de la inteligencia artificial en el mundo moderno. Las autoras evidencian la paradoja ética que significa el otorgamiento de la ciudadanía a una máquina que representa una inteligencia artificial (*Sophia*) cuando todavía hay países que no reconocen los derechos humanos de sus ciudadanos de carne y hueso.

Para esta Corporación es una auténtica satisfacción observar que la labor de los juristas venezolanos no ha decaído en estos tiempos menguados para el Derecho y para la democracia. Este es un acto que reafirma nuestra misión: 17 trabajos presentados en los tres Certámenes dan cuenta de la valía de los investigadores venezolanos, del empeño serio, riguroso y respetable por presentar estudios científicos de importancia,

especialmente en tiempos en que el descarrío del poder, las falencias jurídicas y el déficit democrático, exigen de los juristas prácticos, de los docentes investigadores y de los jóvenes en formación, un decidido compromiso argumentativo por dar más y mejores razones a favor de la democracia, para que el Derecho evolucione y se perfeccione para alcanzar esos fines sociales que todos reputamos como valiosos.

Para finalizar solo nos resta agradecer a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, por su indetenible empeño civilizador para impulsar el progreso de las Ciencias de su especialidad. Igualmente agradecemos a todos los participantes en estos certámenes por seguir creyendo y teniendo fe en el derecho “*...como el mejor instrumento para la convivencia humana*”. También las gracias a los académicos miembros de los jurados de los Premios por su valioso tiempo y apoyo en estas tareas. Finalmente, gracias muy especiales por su generosidad a las familias de los profesores Tomás Polanco Alcántara, Gustavo Planchart Manrique y a la Sociedad de Amigos de Andrés Eloy Blanco Meaño como patrocinantes de los certámenes de investigación y por la dotación de los fondos para los premios correspondientes.

Por supuesto, una cordial y calurosa enhorabuena a todos los galardonados de hoy.

Muchas gracias.

**LECTURA DEL VEREDICTO DEL PREMIO
MENCIÓN PROFESIONALES
"DR. GUSTAVO PLANCHART MANRIQUE"
POR EL DR. RAMÓN GUILLERMO AVELEDO,
MIEMBRO DEL JURADO**

VEREDICTO DEL PREMIO
“DR. GUSTAVO PLANCHART MANRIQUE”
MENCIÓN PROFESIONALES, 2018-2019

Quienes suscriben, Ramón Guillermo Aveledo, Rafael Badell Madrid y Ramón Escovar León, individuos de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, integrantes del jurado especial designado para el **PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, MENCIÓN PROFESIONALES, 2018-2019, “DR. GUSTAVO PLANCHART MANRIQUE”**, al ser la oportunidad para emitir el VEREDICTO, se hace de la manera siguiente:

- I.** En atención a las Bases del Certamen para optar al referido Premio, fueron sometidos a la consideración del Jurado seis (6) trabajos que se identifican a continuación:
- 1) Luis Daniel Álvarez Vanegas: *Instituto cultural venezolano israelí 60 años esclareciendo la historia.*
 - 2) Natalia Sofia Boza Scotto y Emilio Spósito Contreras: *La derrota China en el BID. Impacto de la crisis venezolana en el marco de la banca multilateral de desarrollo.*
 - 3) Carlos Fernando Calatrava Piñerúa: *De la crisis a la traición Post- chavismo y sistema político venezolano.*
 - 4) Edgar Darío Núñez Alcántara: *Una propuesta para el derecho constitucional agrario venezolano del siglo XXI.*
 - 5) Gerson Revanales M.: *Los tratados y acuerdo como indicadores en las relaciones internacionales. Caso relaciones Venezuela China 1974- 2013.*
 - 6) Jorge Andrés Romero: *La prueba de mensaje de datos en el procedimiento civil venezolano.*

- II.** Después de constatar los requisitos formales para la admisión de los seis (6) trabajos mencionados, y luego de su lectura por parte de los integrantes del jurado, este manifiesta su reconocimiento al esfuerzo de todos los concursantes por la variedad de obras presentadas, lo cual resalta la importancia y significación del premio y su efecto de estímulo para la investigación científica. Luego de debatir sobre los méritos de cada uno de los mismos, y sin menoscabo de las cualidades de las cinco obras restantes el jurado decidió, POR UNANIMIDAD, otorgar el Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, menciones profesionales, “Dr. Gustavo Planchart Manrique” correspondiente al período 2018-2019, al trabajo LA DERROTA CHINAENELBID. IMPACTO DE LA CRISIS VENEZOLANA EN EL MARCODE LA BANCA MULTILATERAL DE DESARROLLO, cuyos autores son Natalia Boza Scotto y Emilio Spósito Contreras.

Igualmente decidió otorgar MENCIÓN DE HONOR al trabajo siguiente: DE LA CRISIS A LA TRAICIÓN. POST-CHAVISMO y SISTEMA POLÍTICO VENEZOLANO, cuyo autor es Carlos Fernando Calatrava Piñerúa.

- III.** El jurado quiere expresar también su especial satisfacción por la labor de investigación y contenido de los trabajos presentados al certamen, con la convicción de que cada uno de ellos constituye un aporte a la bibliografía jurídica nacional. Adicionalmente, el jurado hace un especial reconocimiento a los trabajos: UNA PROPUESTA PARA EL DERECHO CONSTITUCIONAL AGRARIO VENEZOLANO DEL SIGLO XXI, cuyo autor es Edgar Darío Núñez Alcántara; y al trabajo titulado: INSTITUTO CULTURAL VENEZOLANO ISRAELÍ 60 AÑOS ESCLARECIENDO LA HISTORIA, cuyo autor es Luis Daniel Álvarez Vanegas.

- IV. Los autores galardonados con el Premio y el autor merecedor de la Mención de Honor conservarán sus derechos de autor sobre sus respectivas obras, salvo en lo que respecta a una única edición que resolviere efectuar la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, bien en texto separado, o bien en su Boletín, o en cualquiera de las colecciones de obras de su fondo editorial.
- V. El Premio y la Mención de Honor serán entregados a los galardonados en sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

En fe de lo anterior, suscribimos el presente Veredicto en Caracas, quince (15) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

**PALABRAS
DE CARLOS FERNANDO CALATRAVA PIÑERÚA,
GANADOR DE LA MENCIÓN DE HONOR
AL TRABAJO:
"DE LA CRISIS A LA TRAICIÓN.
POST-CHAVISMO Y SISTEMA POLÍTICO
VENEZOLANO"**

Señores Individuos de Número,
Señores miembros del jurado calificador,
Señores y señoras,

El reconocimiento que recibimos los premiados el día de hoy puede entenderse –al menos- de dos maneras. Una de ellas está relacionada con el asombro. Asombro que deviene del agobiante e inhumano contexto en el cual nos encontramos. Contexto que nos expone a una Nación que desdibuja los rasgos de su propia identidad, que está perdida del camino que eligió en 1958, que se muestra extraviada de cualquier posibilidad de pensarse nuevamente como próspera, pujante y profundamente comprometida con ella misma. En este estado de cosas, donde la institucionalidad política es de papel, asombra que la expresión más prístina del conocimiento y la ciencia del país califique como meritorio el esfuerzo y la producción intelectual de sus profesionales, a tal nivel que desde las Academias se celebre el esfuerzo, el empeño, la rigurosidad y –sobre todo- el profundo amor por esta Tierra de Gracia.

Una segunda manera viene de la mano del agradecimiento. Agradecimiento que trasciende al lugar común. Agradecimiento que viene de lo profundo de nuestro ser, ya que recibir un mérito de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales es asumir que nuestras ideas, análisis, consideraciones y conclusiones sobre el país que nos tocó vivir no son locura, no son especulación. Esta corporación donde nos encontramos contó, cuenta y contará con la reserva intelectual y moral de la Nación que, junto con las universidades, tendrá en su pronto destino la vital obligación del orientar la reconstrucción de la institucionalidad política. Los aportes premiados hoy ya tendrán guardado un renglón muy pequeño en esta nueva página que todos, entiéndase bien, todos los venezolanos escribimos con lágrimas de sufrimiento y dolor por los ausentes en pos de nuestra liberación.

Buena parte del primer borrador del texto *De la Crisis a la Traición, post-chavismo y sistema político* se escribió durante el año 2017, año marcado por la acción explosiva de la resistencia civil contra régimen que pasó de la forma híbrida heredada del chavismo hacia la consolidación de una autocracia militar. El post-chavismo tuvo un origen democrático, pero progresivamente reforzó la base autoritaria, situación que permite calificarlo como autocracia militar. Autocracia militar que profundiza un momento de regresión político-militar, a través del ejercicio de un gobierno militar que separa al Oficial de las funciones que constitucionalmente le corresponden. Ello genera severas consecuencias sobre la seguridad y defensa militar del Estado, privilegiándose el principio administrativo por encima del principio operativo. Autocracia militar demostrada en la peligrosísima evidencia que ninguna institución o estamento cumple la función constitucional de la Fuerza Armada. (p. 163).

Esta es la realidad a la que nos enfrentamos. Pareciera que escribir sobre nuestra particular situación puede considerarse un acto temeridad, sin embargo, poder establecer criterios, categorías y generar ideas sobre tal complejidad colabora en alumbrar la razón en tanta oscuridad. Oscuridad creada por el chavismo, profundizada durante el post-chavismo, alimentada por la ausencia de una verdadera ética de compromiso de buena parte de la dirigencia nacional, pero también —en buena medida— aupada por el anonimato y la comodidad que ofrecen las redes sociales. Contra la oscuridad, luz. Contra la fuerza, razón. Contra la mentira, verdad. Contra la especulación, ciencia. Ese es el significado del acto el día de hoy: luz, razón, verdad y ciencia, hechas en Venezuela por sus hijos. Aquí estamos con nuestros nombres y rostros, convencidos que el bien siempre triunfa sobre el mal, que la luz es generadora de vida y que la verdad se revela sola.

Esta acción de agradecimiento del día de hoy quisiera cerrarla con el texto de la placa de conmemoración del centenario de la Independencia que está adosada al Palacio Municipal de Caracas, donde se puede leer “La patria morirá con el último venezolano”. Aquí estamos, vean a su derecha e izquierda, al frente y atrás, todos somos Venezuela y todos somos responsables de su porvenir. ¡Que Venezuela nunca muera!

Carlos Fernando Calatrava Piñerúa

**PALABRAS
DEL PROF. PEDRO PLANCHART POCATERRA*
CON MOTIVO DE LA ENTREGA DEL PREMIO
GUSTAVO PLANCHART MANRIQUE**

* Abogado, Summa Cum Laude, Universidad Católica Andrés Bello, julio 1985; Master en Derecho Comparado (MCJ) New York University School of Law, junio 1987, Becario Fulbright., Profesor de Contratos y Derecho de las Garantías, Universidad Católica Andrés Bello, desde octubre 1989, socio de Araque Reyna, miembro de la lista de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y del CEDCA. Abogado del Año 2020 en sus áreas de práctica según Best Lawyers, publicación internacional.

Respetados miembros de la Academia,
Respetados recipiendarios de los Premios Gustavo Planchart Manrique,
Tomás Polanco Alcántara y Andrés Eloy Blanco, el abogado.
Querida Sra. María Antonia Fernández de Polanco, hijos, nueras y nietos del Dr. Tomás Polanco Alcántara

En nombre de mi madre Inés Margarita Pocaterra de Planchart, eterna compañera por más de 60 años de Gustavo Planchart Manrique, y quien por sus casi 91 años ,no consideramos conveniente que nos acompañara hoy, mis hermanos Inés María, Gustavo Enrique, quien está hoy con nosotros, Manuel Julio, Julio Alfredo, María Luisa, María Gabriela y en el mío propio, de los nietos, bisnietos, nueras y yernos de Gustavo Planchart Manrique, me honra y tengo el compromiso de decir estas breves palabras, por la entrega del Premio Gustavo Planchart Manrique y el premio honorífico.

Antes que nada, debo dar las gracias a la Academia y a los ganadores del premio y del premio honorífico. Aunque lo usual sería felicitar a los ganadores del premio, lo que siento es que debo dar las gracias. El porqué de ello, lo diré al final de estas breves palabras.

A pesar de mi merecida fama de parlanchín, adelanto que estas serán unas breves palabras. Entre los queridos Académicos, hay uno que por ser mi “jefe” en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), sabe que de vez en cuando, puedo portarme bien y decir breves palabras.

Ante la duda, de si de acuerdo con las reglas del protocolo que rigen este tipo de actos en la Academia, iba a poder hablar, anoche, mientras pensaba que decir, se me ocurrió escuchar ese hermoso concierto de guitarra y orquesta: la Fantasía para un Gentil Hombre, compuesta por el compositor español Joaquín Rodrigo, dedicada a su amigo, el gran guitarrista Andrés Segovia, a quien Rodrigo llamaba el Gentil Hombre.

Ese concierto, lo escuché muchas veces con ese otro Gentil Hombre: Gustavo Planchart Manrique. De modo que voy a tomar prestado ese título, dedicado a Andrés Segovia, para referirme a papá, ese gran Gentil Hombre.

Dos de los académicos, uno por ser mi socio y uno de mis guías y maestros morales, y otro por ser mi “jefe” en la UCAB, saben que no soy muy dado a citar autores cuando hablo en este tipo de actos. Bueno, incluso, en mis clases o en mis escritos.

No creo que estos actos sean para hacer disertaciones académicas, sino para celebrar, celebrar la obra de los premiados, honrar a través de los premios, a quienes cuyos nombres designan estos premios: Gustavo Planchart Manrique, Tomás Polanco Alcántara y Andrés Eloy Blanco.

Gustavo Planchart Manrique fue un Gentil Hombre, no por sus buenas maneras y sobrio vestir, que lo caracterizaban. Quien les habla, pese a que viste en este momento corbata (como suelo hacer), no cree que *“el hábito hace al monje”*. No es el ropaje, lo externo, lo que indica las cualidades ni las virtudes morales de un ser humano.

Gustavo Planchart fue un Gentil Hombre por su honestidad. Dentro de ella, algo en lo que permanentemente nos hizo hincapié a sus hijos: la honestidad intelectual, la coherencia entre lo que expresamos y nuestro actuar, sin ser perfectos. Eso era papá. Más allá de su indiscutible cultura y sapiencia no solo en el campo del Derecho, papá fue un hombre esencialmente honesto. Honesto en todo, honesto intelectualmente, se coincidiese o no con sus ideas.

Ese Gentil Hombre fue para nosotros, la viva expresión del mejor padre de familia en el concepto del Derecho Civil. Por cierto, y en ello coincido plenamente con las ideas de otro académico y querido amigo, nuestro Código Civil no exige, ni siquiera en materia extracontractual, la diligencia del mejor padre de familia. Pero este no es el momento para aburrirlos con análisis de Derecho Civil. Hoy, a través del premio Gustavo Planchart Manrique y del premio honorífico, celebramos, en esta Academia, de la que papá fue parte, a un Gentil Hombre, al mejor padre de familia.

Por ser Gentil Hombre y por añadidura sabio y conocedor del Derecho, papá era jurista. Palabra trivializada en nuestra Venezuela, donde basta que se sea profesor, escribir libros u obras, para que ya le digan

a uno jurista. Papá era jurista, porque su sapiencia era lo añadido. Era jurista por su honestidad, su rectitud, por ser Gentil Hombre.

Recuerdo en una conversación en los inicios de esta dictadura, que ya lleva 21 años, en la que papá me dijo: “el tribunal supremo, en especial la sala constitucional, violando la misma Constitución, es y será el instrumento de la dictadura para perpetuarse en el poder y destruir el Estado de Derecho”. Ese Estado de Derecho al cual con pasión defendía en su amada cátedra de Derecho Constitucional en su querida UCV, donde fue Decano de la Facultad de Derecho, y su querida UCAB, de cuya Escuela de Derecho fue miembro fundador, y durante casi de 60 años de ejercicio profesional.

Respetados Académicos, estimados Natalia Boza Scotto y Emilio Spósito, Carlos Fernando Calatrava: al principio dije que, con la entrega de estos premios, lo correcto era felicitarlos. Sin embargo, en nombre de mi mamá y el resto de la familia, lo correcto es darles las gracias, porque con la entrega y recepción de este premio, la Academia permite que ese Gentil Hombre siga presente en ella y Uds. al recibir el premio y el premio honorífico, permiten, nos hacen el honor, que ese Gentil Hombre, que fue papá, entre en sus casas.

Muchísimas gracias.

Pedro Luis Planchart Pocaterra en nombre de Inés Margarita Pocaterra de Planchart, mis hermanos Inés María, Gustavo Enrique, quien me acompaña hoy, Manuel Julio, Julio Alfredo, María Luisa, María Gabriela y en el mío propio, de los nietos, bisnietos, nueras y yernos de Gustavo Planchart Manrique.

**LECTURA DEL VEREDICTO DEL PREMIO
MENCIÓN TESIS DE POST-GRADO
Y TRABAJOS DE ASCENSO
EN EL ESCALAFÓN UNIVERSITARIO
"DR. TOMÁS POLANCO ALCÁNTARA"
POR EL ACADÉMICO
GERARDO FERNÁNDEZ VILLEGAS,
MIEMBRO DEL JURADO**

**VEREDICTO DEL PREMIO MENCIÓN
TESIS DE POST-GRADO Y TRABAJOS DE ASCENSO
EN EL ESCALAFÓN UNIVERSITARIO
“DR. TOMÁS POLANCO ALCÁNTARA”**

Quienes suscriben, Eugenio Hernández-Bretón, José Antonio Muci Borjas y Gerardo Fernández Villegas, Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, integrantes del jurado especial designado para decidir el **“PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, MENCIÓN TESIS DE POST-GRADO Y TRABAJOS DE ASCENSO EN EL ESCALAFÓN UNIVERSITARIO “DR. TOMÁS POLANCO ALCÁNTARA”**, período 2018-2019, siendo la oportunidad para emitir el correspondiente veredicto, lo hacen previas las siguientes consideraciones:

- I. En atención a las Bases del Certamen para optar al referido Premio, fueron sometidos a la consideración del jurado dos trabajos, identificados a continuación:

Título: Trabajo Especial de Grado “La Igualdad Constitucional en la Justicia del proceso”	Autor: Gerardo Rafael Gascón Domínguez
Título: Tesis Doctoral “La Eficacia de las Sentencias Extranjeras y el Derecho de Acceso a la Justicia, una Mirada desde la Gobernanza Global”	Autor: Javier L. Ochoa Muñoz

- II. Después de constatar los requisitos formales para la admisión de los dos trabajos presentados y luego de su lectura por parte de cada uno de los integrantes del jurado, éste declara que los trabajos referidos constituyen serios y respetables estudios científicos de importancia y de especial valía sobre los temas respectivamente tratados en ellos.

Luego de debatir con amplitud sobre los méritos de cada uno de los mismos y sin menoscabo de las cualidades del otro trabajo presentado, el jurado decidió, por unanimidad, otorgar el “Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Mención Tesis de Post-Grados y Trabajos de Ascenso en el Escalafón Universitario “Dr. Tomás Polanco Alcántara”, período 2018-2019 al trabajo **“La Eficacia de las Sentencias Extranjeras y el Derecho de Acceso a la Justicia, una Mirada desde la Gobernanza Global”**, cuyo autor es Javier L. Ochoa Muñoz.

Sin hacerse solidario con todas las conclusiones de dicho trabajo, el jurado destaca que el mismo constituye un minucioso estudio con un plan de trabajo bien estructurado, que analiza un tema clásico tomando en cuenta nuevas y actuales perspectivas que el autor combina con acertada precisión, al tomar en cuenta la necesidad de asegurar la eficacia de las sentencias extranjeras tanto desde una perspectiva universalista, expresada en la consideración de la llamada “gobernanza global”, como desde la perspectiva individualista de la protección del derecho de acceso a la justicia del individuo.

- III. De igual manera, el jurado quiere expresar su especial felicitación por la labor de investigación y contenido de los dos trabajos presentados al certamen, en la certeza de que cada uno de ellos constituye un sobresaliente aporte a la bibliografía jurídica nacional.
- IV. El autor galardonado con el Premio conservará sus derechos de autor sobre su respectiva obra, salvo en lo que respecte a una única edición que resolviere ordenar efectuar a su solo arbitrio la Academia, bien en texto separado, o bien en su Boletín Electrónico o en cualquiera de las colecciones de obras de su fondo editorial.

El Premio será entregado al galardonado en sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

En fe de lo anterior suscribimos el presente veredicto, en Caracas, a los veintinueve días de octubre de dos mil diecinueve.

**PALABRAS DE LA SEÑORA
MARÍA ANTONIA FERNÁNDEZ DE POLANCO**

Presidente y demás miembros de la Junta Directiva de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Distinguidos Académicos

Autores hoy premiados, y en especial el profesor Javier Ochoa Muñoz

Familiares muy queridos del Dr Gustavo Planchart Manrique
Señoras, señores

Para mí que vengo en representación de mi Familia, es un gran honor poder asistir de nuevo a este lugar, donde se conjugan tantos recuerdos positivos, y donde nuestro muy querido Tomás Polanco Alcántara, pudo desarrollar su talento, en armonía con sus compañeros académicos, teniendo a Venezuela siempre como principal objetivo, dejando una obra, y un ejemplo, que alimenta nuestra historia.

Tomás fue un venezolano ejemplar, que, desde su Familia, utilizó al Derecho, a las Universidades, y a las academias nacionales, para contribuir a poder tener un mejor País, destacando siempre lo positivo, y buscando darle al interés colectivo, una jerarquía mayor que a las conveniencias personales. La Universidad y dentro de ellas su condición de profesor, fue quizás una de sus actividades más intensas y queridas. Ser profesor lo llevó a estudiar, a enseñar, a escribir, a ayudar. Llegó a ser Profesor Titular en dos escuelas de derecho nacionales, y fue junto con muchos otros colegas suyos muy queridos, un gran promotor de nuevos profesores.

Hoy se distingue con la “Mención Tesis de Post-grado y Trabajos de ascenso en el Escalafón Universitario “Dr Tomás Polanco Alcántara””, al trabajo: “La Eficacia de las sentencias extranjeras y el Derecho de acceso a la Justicia, una mirada desde la Gobernanza Global”, del profesor Javier L. Ochoa Muñoz.

Se conjugan en el profesor Ochoa condiciones que Tomás aplaudiría: abogado, profesor, escritor. La obra premiada nos ubica en un tema que también fue de su especial interés; La Justicia, el acceso a la misma, y en este mundo que va perdiendo sus fronteras físicas, también el tema de cómo poder incorporar sentencias de otros países en el nuestro, de forma que esa justicia no pierda eficacia.

Profesor Ochoa, celebro que este premio le haya sido otorgado, le deseo mucho éxito en sus actividades. Yo no soy abogado, pero soy Esposa, Madre, Suegra, Consuegra, Hermana, Tía, Prima, Abuela, Madrina, amiga, y hasta vecina de abogados. Mis hijos abogados que son cuatro, le prometo que leerán su libro con interés, y estoy segura que lo incorporaran en sus consultas acerca de lo que Usted allí, en forma premiada, ha escrito.

¡Muchas gracias!

**PALABRAS DEL PROF.
JAVIER L. OCHOA MUÑOZ,
GANADOR DEL PREMIO
"DR. TOMÁS POLANCO ALCÁNTARA",
MENCIÓN TESIS DE POST-GRADO
Y TRABAJOS DE ASCENSO
EN EL ESCALAFÓN UNIVERSITARIO,
POR SU TRABAJO
"LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS
EXTRANJERAS Y EL DERECHO DE ACCESO
A LA JUSTICIA, UNA MIRADA DESDE
LA GOBERNANZA GLOBAL"**

Presidente y demás miembros de la Junta Directiva de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Distinguidos Académicos,
Señoras y señores,

Recibo este reconocimiento con humildad y con mucha gratitud.

Decía Gandhi: *“Nuestra recompensa se encuentra en el esfuerzo y no en el resultado. Un esfuerzo total es una victoria completa”*.

Más allá de los méritos que puedan atribuírsele a mi tesis doctoral, debo decir que ésta es el resultado de un inmenso esfuerzo, de una prolongada tarea de investigación y reflexión, llevada a cabo durante uno de los períodos más complejos de nuestra historia. Ustedes saben, tanto como yo, lo difícil que resulta enfocarse entre estas borrascas.

Cada trabajo de investigación que llegamos a concluir los venezolanos en estos tiempos, representa de algún modo un acto de resistencia a la barbarie, una suerte de “forcejeo con el diablo”. Por ello, expreso mis sentimientos de estima y consideración a todos los que hoy están siendo premiados, y a todos los que participaron en la convocatoria, así como a los convocantes; ustedes, señores de la Academia, que representan buena parte de las reservas intelectuales de esta Nación.

Ver, pues, reconocido mi trabajo en este ilustre reducto intelectual del país, le da un sentido mayor de satisfacción al premio. Hago, además, un llamado a una mayor participación, a una mayor producción académica, a una mayor resistencia intelectual.

Debo agradecer muy especialmente a la Dra. Claudia Madrid, por su valiosísima ayuda como tutora de la tesis y su apoyo durante todo el proceso. Claudia tiene eso que yo llamo un “ojo implacable”, no solo con los aspectos metodológicos y de forma, sino con la coherencia y la profundidad del contenido.

No puedo dejar de mencionar y agradecer también a mi querida Maestra y mentora, la Dra. Tatiana Maeklet, quien me dio las herramientas y la motivación para aproximarme al espléndido mundo académico.

Aprovecho igualmente la oportunidad para agradecer al Dr. Eugenio Hernández-Bretón, a quien considero siempre como uno de mis Maestros, por sus valiosas enseñanzas durante mi formación en el postgrado, en especial, la de "pensar el Derecho".

Desde esa fórmula fue elaborada mi tesis.

Al margen de sus contenidos y conclusiones, que no tenemos tiempo de comentar aquí, mi propuesta llama a pensar en el Derecho con un sentido de trascendencia mayor. Invita a pensar en el Derecho, no como un simple mecanismo de control, ni aun de garantía de la paz social, o solo como una herramienta de la justicia; sino, además, y especialmente, como un instrumento para la consecución de la libertad y el bienestar general. Desde la perspectiva internacional, convoca a pensar en el Derecho como un instrumento clave de la libertad y el bienestar global.

Permítanme concluir, citando a Couture. Seguramente todos han leído y conocen este "mandamiento" del Maestro uruguayo. Pero bien vale la pena leerlo y citarlo, una mil veces más, especialmente en medio de estas tempestades:

"Ten fe en el Derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la Justicia, como destino normal del Derecho; en la Paz, como substitutivo bondadoso de la Justicia; y, sobre todo, ten fe en la Libertad, sin la cual no hay Derecho, ni Justicia, ni Paz."

Muchas gracias.

**LECTURA DEL VEREDICTO
DEL PREMIO MENCIÓN ESTUDIANTES
"ABOG. ANDRÉS ELOY BLANCO"
POR EL ACADÉMICO
PROF. ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS,
MIEMBRO DEL JURADO**

VEREDICTO DEL PREMIO MENCIÓN ESTUDIANTES “ABOG. ANDRÉS ELOY BLANCO”

Quienes suscriben, Enrique Urdaneta Fontiveros, Carlos Eduardo Acedo Sucre y Juan Cristóbal Carmona Borjas, Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, integrantes del jurado especial designado para decidir el **PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES” ABOG. ANDRÉS ELOY BLANCO” PARA ESTUDIANTES**, correspondiente al período 2018-2019, siendo la oportunidad para emitir el correspondiente veredicto, lo hacen previas las siguientes consideraciones:

- I. En atención a las bases del concurso para optar al referido Premio, fueron sometidos a consideración del jurado los siguientes trabajos:
 1. *“El control concentrado del sistema de justicia constitucional venezolano”*, cuyo autor se identificó con el seudónimo KELSMITT;
 2. *“El rol de las criptomonedas dentro de las obligaciones pecuniarias y su uso en las cláusulas de valor”*, cuyo autor se identificó con el seudónimo L.M. Piastra; y
 3. *“Análisis de los aspectos bioéticos y jurídicos del reconocimiento de la ciudadanía saudí a la inteligencia artificial Sophia”*, cuyos autores se identificaron con los seudónimos Raquel Eloy y Marina Rumbos.
- II. El jurado después de haber leído cada uno de los trabajos antes referidos hace un reconocimiento a los méritos de sus autores, especialmente por la novedad y relevancia de los temas desarrollados, así como por el interés demostrado en contribuir al estudio de las ciencias jurídicas.

- III.** Verificado por el jurado el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en las bases del concurso para la admisión de los trabajos participantes y efectuadas las deliberaciones correspondientes respecto de los méritos de dichos trabajos, el jurado decidió por mayoría otorgar el **PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES “ABOG. ANDRÉS ELOY BLANCO” PARA ESTUDIANTES**, correspondiente al período 2018-2019, al trabajo “Análisis de los aspectos bioéticos y jurídicos del reconocimiento de la ciudadanía saudí a la inteligencia artificial Sophia”, cuyos autores se identificaron con los seudónimos Raquel Eloy y Marina Rumbos.

Sin hacerse solidario de los criterios expuestos en el trabajo galardonado, el jurado reconoce que dicho trabajo constituye un estudio bien desarrollado sobre un tema novedoso en el cual, después de identificarse los principios bioéticos lesionados con el otorgamiento de la ciudadanía saudí a la inteligencia artificial Sophia, se examinan los problemas que suscita la concesión de dicha ciudadanía a una inteligencia artificial; tópicos estos que concitan el interés y la atención de juristas, filósofos, sociólogos, técnicos y otros especialistas e investigadores y constituyen cuestiones que plantean más incógnitas que soluciones.

- IV.** Conforme a las bases del concurso, los autores del trabajo galardonado conservarán su derecho de propiedad intelectual sobre la obra, salvo por lo que respecta a la única edición que acordare efectuar la Academia, bien en un texto separado, o bien en su Boletín o en cualquiera de las colecciones de obras de su fondo editorial.

El premio será entregado a los galardonados en sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

En fe de lo anterior suscribimos el presente veredicto, en Caracas a los tres días del mes de octubre de dos mil diecinueve.

**PALABRAS DE MARIANGELINA SOCORRO,
GANADORA DEL PREMIO
"ABOG. ANDRÉS ELOY BLANCO",
MENCIÓN ESTUDIANTES POR EL TRABAJO
"ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS BIOÉTICOS
Y JURÍDICOS DEL RECONOCIMIENTO
DE LA CIUDADANÍA SAUDÍ
A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL SOPHIA"**

Presidente y demás miembros de la Junta Directiva de esta Academia
de Ciencias Políticas y Sociales
Distinguidos Académicos,
Señoras y señores,

Los avances tecnológicos traen necesariamente cambios políticos y cambios en el Estado.

Aunque nuestro país no haya estado a la par, el mundo globalizado no duerme, y los avances de igual forma nos alcanzan. Es por esto que el Derecho, nuestro Derecho, también debe seguir avanzando.

Debemos estar a la altura del reto que esto conlleva... Desde el Parlamento, desde la Universidad, desde la Academia.

Sophia es una Inteligencia Artificial a la cual se le concedió la ciudadanía de Arabia Saudita en 2017, a través de un proceso irregular que no es comparable con ningún otro en el mundo, y en un país donde el respeto a los Derechos Humanos es más que cuestionable.

Surgieron interrogantes como ¿Qué implica que un robot tenga ciudadanía? ¿Vota? ¿Paga impuestos? ¿Se puede casar, heredar, adoptar? No lo sabíamos, y de la duda surgió la oportunidad...

En este trabajo, mi compañera Katherine y yo analizamos las implicaciones bioéticas que se derivan del reconocimiento, lo que significa para nosotros como humanidad. Estudiamos la legislación Saudita para entender qué había sucedido. Y finalmente evaluamos los efectos legales y repercusiones sociales para el mundo entero.

Concluimos que Sophia no cumplió el procedimiento regular para la adquisición de la ciudadanía Saudí, y que no hay proceso, si quiera Ad Hoc donde, se determinen los derechos y obligaciones derivadas

de la misma. Arabia Saudita tampoco ha publicado información posterior, jurisprudencia o doctrina que hable al respecto. Esta concesión vulnera los derechos de cientos de personas, entre ellas todos aquellos migrantes que buscan cambiar su estatus, así como los derechos de las mujeres saudíes que han estado minimizados por años, mientras que Sophia puede desenvolverse libremente sin necesidad de un guardián o una burqa.

En la primera clase de introducción al Derecho de todo estudiante le dicen que una de las características inherentes a la carrera, es su dinamismo. Que se adapta a la sociedad mientras ésta evoluciona.

Hoy la inteligencia artificial es un hecho, tan real como ustedes y como yo. Por esto es fundamental que sigamos esta conversación, para que los avances tecnológicos no sobrepasen los principios bioéticos y fundamentales del derecho. Es por esto que recomendamos implementar una regulación propuesta por el Parlamento Europeo, de crear una personalidad jurídica electrónica en torno al procedimiento de regularizar el registro de Inteligencias Artificiales, o lo que pueda venir en el futuro.

Justamente, que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales nos haya reconocido con tan prestigioso premio, nos dice que vamos por buen camino. Que, a pesar de las circunstancias, ser reconocidas por tan honorables y respetadas personas, por aquellos quienes han escrito los libros con los cuales estudiamos, por aquellos que nos han dado clases, por aquellos que admiramos en el mundo del derecho venezolano. Este premio representa para nosotras el no habernos equivocado de carrera y de país, y que todavía hay mucho por hacer con tantísimo cariño. Gracias.

Gracias también a nuestra tutora Angélica Calzadilla, sin la cual nada de esto sería posible. Por guiarnos a este camino, por siempre creer en nosotras, por impulsarnos a postular nuestro trabajo a este concurso. Por seguir llevándonos de la mano durante este tiempo. Sin usted nada de esto sería posible.

Gracias a la Universidad Metropolitana, pero especialmente a todos aquellos profesores que nos han guiado en la carrera. Que con su sabiduría y entereza nos han formado para ser no sólo Abogados, sino personas de bien. Sin ustedes, el futuro del país estaría perdido.

No podemos dejar de agradecer al Observatorio de Bioética de la Universidad y a MetroMUN World, siendo una continua fuente de apoyo durante este tiempo.

A nuestros amigos, también gracias. Por ser quienes escucharon por meses sobre Sophia, nos motivaron, creyeron en nosotras. Por ser gente como una, por creer en esa mejor versión de Venezuela y hacer país en sus áreas. Por apoyarnos infinitamente.

Finalmente, gracias a nuestras familias. A nuestros papás, a la familia Chávez, Socorro Patiño y Dow Rumbos. A Lawrence. Gracias por ayudarnos a ser la mejor versión de nosotras mismas, gracias por hacer hasta lo imposible para que tengamos las oportunidades que hemos tenido. No nos alcanzará la vida para agradecerles.

*“Lo que hay que hacer es amar lo libre en el ser humano,
lo que hay que hacer es saber,
alumbrarse los ojos y manos,
y corazón y cabeza,
y después ir alumbrando”*

Palabras de Andrés Eloy Blanco, Bajo La Palma.

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

¿CUÁNTO VALE EL PETRO?

ABG. JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS*

* Abogado mención *Summa cum laude* de la Universidad Católica Andrés Bello en 1987. Magister en Derecho Comparado de Georgetown University, especialista en Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello, mención *Cum laude*. Socio Consultor, Grau García Hernández & Mónaco. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Sillón No. 30.

Cae el precio del petróleo a niveles inimaginables, pero el valor del Petro (PTR) en dólares se mantiene inalterado. Todos los venezolanos nos preguntamos, ¿Cómo ha sido ello posible?

Para abordar esta inquietud, es necesario comenzar por recordar que a partir de la versión del *Whitepaper* emitida por la SUNACRIP y refrendada por Nicolás Maduro el 1° de octubre de 2018, el precio para la primera emisión del PTR estaría “*referenciada en el valor de venta en los mercados internacionales de los recursos que forman parte de la canasta de Commodities...*” que la respalda.

Para evitar que la volatilidad del mercado Petrolero impactara excesivamente la estabilidad del PTR, requerida dada la pretensión que tiene el Ejecutivo Nacional de hacer de él una reserva de valor, se decidió ajustarlo diariamente no sólo en función al comportamiento del precio del barril de petróleo, como originalmente estuvo previsto (Dic. 2017), sino a través de una canasta de *commodities* representativa de la riqueza del subsuelo venezolano, integrada además por el hierro, el oro y los diamantes.

En la fórmula de cálculo del precio del PTR cada *commodity* (X) tiene un peso específico (P): petróleo 50%, oro 20%, hierro 20% y diamantes 10%. En virtud de que cada *commodity* cuenta con su propia unidad de medida, en el caso del petróleo, el barril; en el del oro, la onza; la tonelada métrica, respecto del hierro y; los quilates, en cuanto a los diamantes, se incorpora también a la fórmula un factor de corrección (Fc) dirigido a homogenizar las diferencias en dimensiones que tales unidades suponen¹.

¹ $PTR = (X_{1,t} \cdot Fc_1 \cdot P_1 + X_{2,t} \cdot Fc_2 \cdot P_2 + X_{3,t} \cdot Fc_3 \cdot P_3 + X_{4,t} \cdot Fc_4 \cdot P_4).$

Sin necesidad de ser un matemático avezado, puede deducirse que sea por variaciones en las cotizaciones de cada *commodity* o del tipo de cambio publicado por el BCV que ha de utilizarse para convertir a bolívares aquellos valores (expresados en divisas por provenir del mercado internacional), el precio del PTR determinado y publicado por la SUNACRIP ha de variar forzosamente a diario.

Bajo la fórmula contenida en el *Whitepaper* del 1° de octubre de 2018, se fijó en US\$ 60 el precio inicial del PTR, importe este al que a toda costa ha procurado el Ejecutivo Nacional mantener atado el valor del “criptoactivo soberano”.

La aparente complejidad de la fórmula de fijación del precio del PTR, el comportamiento del mercado Petrolero durante el 2019 y la falta de estadísticas confiables para conocer las cotizaciones utilizadas por la SUNACRIP respecto del resto de los *commodities* que integran la fórmula adoptada a partir del 1° de octubre de 2018, hicieron que los cuestionamientos a la valoración del PTR no pasaran de simples especulaciones.

Fue, sin embargo, la llegada del año 2020, cargada de factores generadores de gran impacto, la que terminó de correr el tenue velo que aun amparaba la credibilidad en la fijación del precio del PTR conforme a las tantas veces mencionada fórmula. Entre los múltiples factores que han hecho del año en curso uno de los más convulsos de la historia reciente, destaca la **“guerra de precios del petróleo”**.

El exceso de oferta de crudo con el que se inició esta década, que hacía fácilmente previsible su acentuación producto de la pandemia provocada por el COVID-19, condujo a que los países productores (OPEP y OPEP+) procuraran acuerdos dirigidos a preservar los precios del petróleo. A esos fines, a comienzos del mes de marzo de 2020, la OPEP propuso la clásica fórmula del recorte de producción (1,5 millones de barriles adicionales por día), a lo que Arabia Saudita y Rusia se opusieron alegando la pérdida de mercados que para ellos supondría tal medida y que favorecería a los Estados Unidos de Norteamérica.

El fracaso de aquel intento se tradujo el 8 de marzo de 2020 en una caída en los precios del crudo de aproximadamente 10%, que se vio a los pocos días acentuada cuando Arabia Saudita inició una política de descuentos en sus precios de venta en Europa Noroccidental, Asia y

Estados Unidos de Norteamérica, así como en un aumento de su producción de 9,7 millones a 12,3 millones de barriles diarios².

Para el 9 de marzo de 2020, el crudo Brent del Mar del Norte, uno de los principales marcadores europeos cayó de US\$ 45/1b a US\$ 31,52/1b, considerada su caída más pronunciada desde la guerra del Golfo de 1991. Para el 16 de marzo del año en curso, aquel crudo se cotizó en US\$ 29,43/1b, en tanto que el *West Texas Intermediate* (WTI) se ubicó en US\$ 27/1b. El 18 de ese mismo mes, ambos crudos marcadores continuaron su descenso a US\$ 20,37/1b y 25,86/1b, respectivamente³.

La OPEP y la OPEP+, con la mediación de los Estados Unidos de Norteamérica, el 9 de abril de 2020 acordaron recortar la producción global de crudo en 9,7 millones de barriles diarios, en un intento por detener la caída en los precios del petróleo.

A pesar de aquella medida, el 20 de abril de 2020, representó otro día histórico en el comportamiento del precio del barril de petróleo, cuando en el caso del WTI (contratos a futuro con entrega/mayo) registró valores negativos por primera vez desde que los futuros del petróleo empezaron a cotizarse en NYMEX⁴ en 1983 (US\$ -37,63)⁵.

El exceso de oferta de crudo acentuada por la paralización económica ocasionada por el COVID-19 se ha traducido así en causa fundamental del descenso en los precios del petróleo que, aunado a limitaciones de almacenamiento, han conducido a escenarios en los que los compradores a futuro del crudo están dispuestos a pagar por liberarse de sus compromisos contractuales o del bien.

Generalmente la compra de crudo a nivel internacional tiene lugar con anticipación a su entrega. Se celebran así contratos a futuro en los

² Jillian Ambrose, *Saudi, Arabia steps up oil Price war with big production increase*, The Guardian, Reino Unido, 2020. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/11/saudi-arabia-oil-price-war-production-increase-aramco> consultado el 20 de abril de 2020.

³ Ibid.

⁴ New York Mercantile Exchange.

⁵ Matt Egan, *El peor día: el petróleo de EE.UU. termina a US\$ -37 (sí, eso es un número negativo)*, CNN en Español, Estados Unidos, 2020. Disponible en <https://cnnespanol.cnn.com/2020/04/20/el-peor-dia-el-petroleo-de-ee-uu-termina-a-us-37-si-eso-es-un-numero-negativo/> consultado el 20 de abril de 2020

que se fijan hoy las condiciones de la compraventa, incluido el precio, pero se pacta su entrega en una fecha futura determinada. Las condiciones del mercado al momento de la celebración del contrato no necesariamente se mantienen para cuando corresponde su ejecución, de ahí que se utilice el término “*Backwardation*” para referirse a escenarios en los que el precio futuro (fecha de entrega) se avizora termine siendo menor que el precio al que se pactó la compra.

En otras ocasiones, ejecutado el contrato, el comprador prefiere mantener almacenado el crudo, para revenderlo en un futuro cercano en el que las condiciones sean más favorables. A esos efectos, el propietario del crudo celebra contratos de almacenamiento por los que tiene que pagar cantidades de dinero.

Cualquiera sea el caso, cuando en un contrato el comprador ha pagado o asumido la obligación de pagar un precio que se proyecta mayor al ingreso que le reportará la venta del crudo o, habiendo incurrido en la obligación de pagar un almacenaje que aunado al precio de compra se prevé supere el precio al que podrá venderse el petróleo, este registrará una cotización negativa. En esos casos, una de las opciones que se puede plantear el propietario del bien es la de ofrecerle al vendedor o a terceros el pago de una cantidad de dinero por liberarlo de sus compromisos. Ese importe o, la proyección de esa pérdida, son las que determinan que la cotización del crudo se torne negativa.

La debacle Petrolera que se vive actualmente, si bien se ha registrado de manera diversa, según el tipo de crudo de que se trate y el tipo de contrato celebrado, en líneas generales se ha traducido en una disminución en el precio del hidrocarburo líquido que no tiene precedentes históricos en el mundo. En ese contexto, vale entonces preguntarse, **¿cómo ha impactado esa situación al crudo venezolano?**

Al intentar abordar tan relevante tema nos encontramos, como es frecuente en nuestro país, con la ausencia de fuentes estadísticas oficiales confiables, lo que no impide, sin embargo, afirmar que desde el inicio del desplome del precio del barril de petróleo el 8 de marzo de 2020, el crudo venezolano también ha visto disminuido su valor.

Si bien, como fue señalado, no contamos con información cronológica exacta y de una fuente oficial respecto del comportamiento del barril de petróleo en la cesta venezolana, a los efectos que aquí interesa

no es necesario llegar a niveles absolutos de exactitud. En ese sentido, vale simplemente señalar que:

1. Del 9 al 13 de marzo de 2020, el Ministerio del Poder Popular de Petróleo (MPPP) publicó en su página web que el barril de petróleo se cotizaba en la cesta venezolana a 189,38 yuanes p/b o lo que sería lo mismo, alrededor de US\$27 p/b⁶.
2. Para el 27 de marzo de 2020, según el Portal Petroguía, el precio del barril en la cesta venezolana se había desplomado a \$15,93 p/b⁷.
3. Para el 3 de abril de 2020 se reportaba una cotización de nuestro crudo en \$13,74 p/b⁸.
4. Más recientemente, el 17 de abril de 2020, el barril de petróleo se cotizaba en \$13,03⁹.

Independientemente del carácter no oficial de la mayoría de aquellas fuentes, es un hecho cierto e irrefutable que, desde el mes de marzo de 2020 se acentuó considerablemente el descenso del precio del barril Petrolero a nivel mundial, de lo que no quedó exento el barril de petróleo venezolano, que valga señalar, por sus especificaciones técnicas siempre se ha cotizado muy por debajo de marcadores como el WTI y el Brent, antes mencionados.

Volviendo al tema del PTR, es importante agregar que los efectos del COVID-19 no se han limitado al descenso en el precio del barril

⁶ Página Oficial del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, Venezuela, 2020. Disponible en: <https://web.archive.org/web/20200327055310/http://www.minpet.gob.ve/index.php/es-es/> . consultado el 21 de abril de 2020

⁷ Petroguía, *Crudo venezolano acumula caída de 72,7% en 12 semanas del 2020 al cotizarse en \$15,92*, Venezuela, 2020. Disponible en: <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/crudo-venezolano-acumula-ca%C3%ADda-de-727-en-12-semanas-del-2020-al-cotizarse-en-1592> consultado el 20 de abril de 2020

⁸ Petroguía, *Desplome de 76,4% registra precio del crido venezolano en 13 semanas al cotizarse en \$13,73 por barril*, Venezuela, 2020. Disponible en: <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/desplome-de-764-registra-precio-del-crudo-venezolano-en-13-semanas-al-cotizarse-en> consultado el 21 de abril de 2020

⁹ Petroguía, *Precio del petróleo venezolano descendió a \$13 por barril*, Venezuela, 2020. Disponible en: <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/precio-del-petr%C3%B3leo-venezolano-descendi%C3%B3-13-por-barril> consultado el 21 de abril de 2020.

de petróleo, sino que también se ha puesto en evidencia en la baja del precio de casi todos los demás *commodities* que integran la fórmula de cálculo de su precio. Es el caso, sin embargo, que los precios del “*criptoactivo soberano*” publicados por la SUNACRIP durante los meses de marzo y abril de 2020, se han mantenido insólitamente incólumes en dólares, registrando un precio para el 20 de abril de US\$ 58,90, es decir, 1,8% menos de su precio original de US\$ 60 fijado el 1° de octubre de 2018.

Tampoco se necesita ser matemático para entender que, si una de las variables de la fórmula se ve reducida en más de un 78% (US\$ 60 a US\$ 13) y, además, es la variable que más peso en ella tiene (50%), pero que, adicionalmente, otros de sus componentes también han visto disminuido su precio, es imposible que el valor del PTR se mantenga prácticamente invariable (1,8%). **Lo anterior, nos conduce a una única conclusión posible: la fórmula de fijación del precio del PTR prevista en la última versión del *Whitepaper* emitida por la SUNACRIP, no está siendo cumplida.**

En lo que respecta al **precio del PTR en bolívares**, resulta igualmente obvia su forzosa variación diaria, esta vez, por efecto de la constante devaluación que registra el bolívar respecto del dólar que es la divisa en la que generalmente están expresadas las cotizaciones de los *commodities* a nivel internacional.

Es así como para el 10 de marzo de 2020 el tipo de cambio oficial publicado por el BCV era de Bs. 73.255,76/1US\$, para el 06 de abril de 2020 de Bs. 86.657,88 y para el día 21 de abril de 2020 de Bs. 128.044,28, devaluaciones todas ellas que impactaron el precio del PTR en bolívares. Las siguientes cotizaciones del precio del PTR en bolívares publicadas por la SUNACRIP, nos permiten crearnos una idea de su comportamiento en ese sentido hasta el día de hoy.

08-01-20: Bs. 3.349.956,26

11-02-20: Bs. 4.318.214,27

10-03-20: Bs. 4.328.462,83

22-04-20: Bs. 7.583.621,13

Al Ejecutivo Nacional tal vez le había resultado manejable disimular el impacto en la fórmula de determinación del precio del PTR de la variación de los precios del petróleo, el hierro, el oro y los diamantes, pero no ocurría lo mismo en cuanto al impacto que en ella tiene el tipo de cambio oficial. Posiblemente por ese motivo, en bolívares no le había sido posible alcanzar la anhelada o supuesta estabilidad del “criptoactivo soberano” o, quizá, ello poco importaba por poderle achacar tal efecto al bolívar y no al PTR, en sí mismo.

Aquel comportamiento por parte del Ejecutivo Nacional tiene importantes implicaciones, especialmente para los venezolanos obligados a soportar una serie de **tasas denominadas en PTRs** (Ej. pasaportes), pero pagaderas en su equivalente en bolívares. Al no aplicarse debidamente la fórmula contenida en el *Whitepaper*, manteniéndose el PTR en dólares inalterado, su equivalente en bolívares siempre será mayor por efecto de la devaluación y con ello más alto el importe a pagar por dichas tasas. En ese contexto, el PTR no puede considerarse una unidad de cuenta confiable que, entre otras cosas, violenta el Principio de Reserva de Ley previsto en el artículo 317 de la Constitución Nacional.

Efectuadas estas consideraciones, puede también concluirse que, el precio del PTR es el que decida, a su total discreción, el Ejecutivo Nacional, a quien el año 2020 llegó, en época de pandemia, a quitarle la máscara.

BIBLIOGRAFÍA

- Jillian Ambrose, Saudi, Arabia steps up oil Price war with big production increase, The Guardian, Reino Unido, 2020. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/11/saudi-arabia-oil-price-war-production-increase-aramco> consultado el 21 de abril de 2020.
- Matt Egan, El peor día: el petróleo de EE.UU. termina a US\$ -37 (sí, eso es un número negativo), CNN en Español, Estados Unidos, 2020. Disponible en <https://cnnespanol.cnn.com/2020/04/20/el-peor-dia-el-Petroleo-de-ee-uu-termina-a-us-37-si-eso-es-un-numero-negativo/> consultado el 21 de abril de 2020
- Página Oficial del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, Venezuela, 2020. Disponible en: <https://web.archive.org/web/20200327055310/http://www.minpet.gob.ve/index.php/es-es/> . consultado el 21 de abril de 2020

Petroguía, Crudo venezolano acumula caída de 72,7% en 12 semanas del 2020 al cotizarse en \$15,92, Venezuela, 2020. Disponible en: <http://www.Petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/crudo-venezolano-acumula-ca%C3%ADda-de-727-en-12-semanas-del-2020-al-cotizarse-en-1592> consultado el 21 de abril de 2020

Petroguía, Desplome de 76,4% registra precio del crido venezolano en 13 semanas al cotizarse en \$13,73 por barril, Venezuela, 2020. Disponible en: <http://www.Petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/desplome-de-764-registra-precio-del-crudo-venezolano-en-13-semanas-al-cotizarse-en> consultado el 21 de abril de 2020

Petroguía, Precio del petróleo venezolano descendió a \$13 por barril, Venezuela, 2020. Disponible en:

<http://www.Petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/precio-del-petr%C3%B3leo-venezolano-descendi%C3%B3-13-por-barril> consultado el 21 de abril de 2020.

ARTHUR KAUFMANN: EL PENSAR FILOSÓFICO DESPUÉS DE LA CALAMIDAD JULIO RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA*

SUMARIO

Introducción. Primera parte: Acerca de la filosofía del Derecho. 1.1. El problema histórico de la filosofía del Derecho (Derecho natural y positivismo). Segunda parte: Algunas reflexiones de Kaufmann sobre la práctica de la teoría científica del Derecho y sobre el análisis racional del proceso de creación del Derecho. 2.1. Reflexiones sobre la práctica de la teoría científica del Derecho. 2.2. Reflexiones sobre un análisis racional del proceso de creación del Derecho. Tercera parte: Los conceptos jurídicos o una forma de hablar acerca de la Teoría general del Derecho. Cuarta parte: El Derecho y el lenguaje en la obra de Kaufmann. Quinta parte: El concepto de Derecho. Sexta parte: La idea de Derecho. Séptima parte: La validez del Derecho. Derecho de resistencia y desobediencia civil. Octava parte: Derecho y moral. Novena parte: La doctrina del "espacio libre de derecho". Décima parte: La libertad. Undécima parte: Corrientes modernas de la filosofía del Derecho. Duodécima parte: El principio de tolerancia. Filosofía del Derecho en una sociedad pluralista de riesgo. • Algunos comentarios finales. • Bibliografía.

* Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

El positivismo legal debilita cualquier habilidad para defendernos
en contra del mal uso de la legislación Nacional Socialista

Gustav Radbruch

Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, 1946

(Citado por Vittorio Hösle en *A Short History of German Philosophy*, 2017)

INTRODUCCIÓN

En ocasión de compilar material para la elaboración de un estudio acerca del filósofo alemán Adolf Reinach tuvimos oportunidad de revisar, otra vez, la obra de Arthur Kaufmann *Filosofía del Derecho*¹. Los comentarios realizados por el profesor alemán son valiosos en términos de apreciar “*otras tendencias*” filosófico-jurídicas que se produjeron luego de la posguerra. Adicionalmente permite darnos una idea aproximada acerca de cómo algunos filósofos del Derecho asumieron los nuevos retos, en el entendido de que confrontaban una nueva realidad en la cual se requería la intuición necesaria para armonizar un pasado, que se quería olvidar, con un futuro que se tenía que construir. Lo anterior requería lo que “Radbruch” llamaba un “*sentimiento jurídico*” ágil.

En la filosofía de Kaufmann está presente, bajo el influjo de Radbruch, el esfuerzo por encontrar caminos diferentes que nos permitan desplazar nuestra atención de análisis meramente dicotómicos. En el fondo, la consideración de la realidad requiere de una síntesis mucho más amplia que la que nos puede aportar un simple proceso dialéctico. Así señala Kaufmann:

¹ Para dicho trabajo consultamos la segunda edición de la *Filosofía del Derecho* de 1977 traducida por Luis Villar y Ana María Montoya. Debe mencionarse que tal obra es citada por otras obras similares de origen alemán como por ejemplo la *Filosofía del Derecho. Conceptos básicos* de Wolfgang Nauke y Regina Harzer la cual fue traducida al español en una edición de Astrea de 2008. Ver Arthur Kaufmann, *Filosofía del Derecho*. Segunda reimpresión. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

*“Nosotros tenemos que encontrar un camino más allá del Derecho natural lógico-substancial y del positivismo legal funcionalista. El impulso para la superación de esa guerra de posiciones entre los dos campos fue dado ya por Gustavo Radbruch. Si se observa su obra en conjunto, es claro que su sitio ha estado más allá del Derecho natural y el positivismo”*².

Lo anterior, a pesar del tiempo transcurrido, se plantea hoy en día en la filosofía anglo-norteamericana con respecto al debate entre Dworkin y Hart o entre un positivismo blando (que admita a la moral) y uno duro³. Maksymilian Del Mar lo expresó de forma clara cuando se refiere en *New Waves in philosophy of Law* a los cambios que nuestra disciplina debe afrontar en los años venideros. Si bien sus comentarios se refieren en particular a la filosofía del Derecho anglo-americano son dignos de ser considerados como un punto de inicio extremadamente valioso para la reflexión del filósofo del Derecho de hoy. El autor sobre el cual centramos nuestra atención señala que la filosofía anglo-americana del Derecho se encuentra en un momento en el cual –a pesar de su corta historia– se están produciendo cambios importantes. En una tradición poco usual dominada –a diferencia de cualquier otro campo de la filosofía contemporánea– no solo por un filósofo (H.L.A. Hart), sino también por un libro. (*El concepto del Derecho*, 1961; segunda edición de 1994).

² Ibid. p. 83.

³ Brian Leiter habla de positivismo incluyente y excluyente. En tal sentido señala: “Los positivistas incluyentes interpretan la tesis de la separación como una tesis que implica solamente una generalización existencial modal de la siguiente forma: es (conceptualmente) posible que exista al menos una regla de reconocimiento y, por ende, un sistema jurídico, en los que la moralidad no es un criterio de validez jurídica. En cambio, el positivismo excluyente interpreta la tesis de la separación como una tesis que requiere una generalización universal del tipo: para todas las reglas de reconocimiento y por ende para todos los sistemas jurídicos, no se da el caso de que la moral constituya un criterio de validez jurídica; a menos que algún criterio neutral en cuanto a su contenido la haga tal. Los positivistas incluyentes interpretan la tesis de las fuentes sociales como una tesis que afirma solo que la regla de reconocimiento de una cierta sociedad está constituida por hechos sociales acerca del modo que los funcionarios deciden efectivamente las disputas; así, por ejemplo, si existe, entre los funcionarios una práctica o convención de decidir las disputas mediante la referencia a la moral, entonces la moral, de dicha sociedad, es un criterio de legalidad...”. Ver Brian Leiter, *Naturalismo y teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012. pp. 174 y 175. Ver Julio Rodríguez Berrizbeitia, “El positivismo jurídico en la obra de Luigi Ferrajoli” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nro. 151, Caracas, 2012.

Tradición que en los últimos años ha respondido, de manera apasionada, tanto a favor o en contra de la más importante, *magnum opus* de Hart⁴. Un inspirado mapa de la disciplina analizada lleva a plantear temas que se relacionan estrechamente con debates contemporáneos como el relativo a las discusiones entre positivismo suave y positivismo duro. En el análisis de Hart ello lleva a profundizar acerca de la aprobación de la tesis de la respuesta correcta; la convencionalidad de la regla de reconocimiento y la explicación oportuna en lo relativo al concepto de sistema legal el cual resulta de la unión de reglas primarias y secundarias⁵. Por supuesto que no todos están tan claros en la interpretación que debe darse a la tesis hartiana, entre ellos están los llamados institucionalistas y los neoinstitucionalistas. A los anteriores habría que añadir a los seguidores de la teoría del discurso; a los seguidores de la autopoiesis⁶;

⁴ Nicole Lacey en su ilustrativa obra acerca de Hart señala: “La idea de la obra de Hart (se refiere al *Concepto de Derecho*) tenía como objeto presentar su teoría del Derecho en un texto accesible para los estudiantes. De hecho, el libro fue recibido como una contribución original a la jurisprudencia analítica lo cual movió el tema dentro de una nueva era. *El Concepto de Derecho* atrajo la atención de muchas publicaciones inglesas y norteamericanas de Derecho y filosofía... Herbert Morris en la revista de Derecho de Harvard (*Harvard Law Review*) encontró a la obra de Hart como elegantemente escrita y brillantemente argumentada... Ella permanece, cuarenta años después de su publicación, como punto central de referencia para la enseñanza de la jurisprudencia analítica, conjuntamente con *La Teoría pura del Derecho* y la *Teoría general del Derecho y del Estado* de Kelsen. Las mencionadas obras constituyen el punto de partida de la investigación jurisprudencial en la tradición analítica...”. Ver Nicole Lacey, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and The Noble Dream*, Oxford University Press, Oxford, 2012. pp. 223 y 224. *El concepto de Derecho* de Hart fue traducido al español por Genaro R. Carrió. La segunda edición (reimpresión) fue publicada por Abeledo-Perrot (Buenos Aires, Argentina) en 2004. La extraordinaria traducción del ilustre jurista argentino contó con un prefacio del propio Hart. Sobre Carrió comenta la ya mencionada biógrafa de Hart: “Carrió ocupó una plaza especial en el universo de Hart: Herbert se lo describió a Bob Summers como una persona apreciable: amable y capaz, lamentando que regresara a Argentina”. Nicole Lacey, ob. cit., p. 264.

⁵ H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004. pp. 99 y ss.

⁶ En esta materia Niklas Luhmann se ha servido de la autopoiesis para presentar un nuevo paradigma teórico relacionado con los sistemas autopoieticos. La aplicación del concepto de autopoiesis a los sistemas sociales implica que el carácter autorreferencial de ellos no se restringe al plano de sus propias estructuras sino que incluyen sus elementos y componentes es decir que él mismo constituye los elementos de los que consiste. El esfuerzo de Luhmann va dirigido a la búsqueda de elementos funcionales a la integración normativa para enfrentar problemas que afectan a la autoorganización y la autoproducción de las sociedades en contextos de contingencia y riesgo.

al realismo legal americano y escandinavo⁷; formalistas y naturalistas legales (naturalismo legal).

Todo lo anterior debe combinarse (al menos desde el punto de vista de una aproximación completa a la filosofía jurídica de hoy) con la antropología y la sociología del Derecho, el Derecho y la literatura, el Derecho y las humanidades, Derecho y políticas públicas, teoría feminista del Derecho, Derecho y sicología y finalmente Derecho y neurociencia.

Como bien señala Del Mar cincuenta años han pasado desde la publicación de *El concepto de Derecho* y hay los primeros indicios de descontento en la academia. Por ejemplo, como resultado del empuje de la investigación de paradigmas tales como el nuevo realismo legal o los estudios legales cognoscitivos, se han producido algunas grietas en el modelo hartiano al cual nos referimos en líneas anteriores. El fenómeno señalado se expresa con las siguientes preguntas: ¿Puede la disciplina organizarse ella misma de una forma diferente? ¿Existe una nueva ortodoxia emergiendo, o podemos hacer las cosas sin ninguna? ¿Puede la nueva generación de filósofos del Derecho continuar aprendiendo de las lecciones del pasado reciente pero empezando desde un punto de partida diferente (o, mejor dicho desde diferentes puntos de partida), y requerir una mayor variedad de métodos y recursos? El análisis que se hace en *New Waves in Philosophy of Law* permite inferir que la respuesta debe ser positiva⁸.

Las anteriores reflexiones complementan la preocupación del filósofo del Derecho de hoy en el sentido de edificar una disciplina capaz de dar respuesta a los problemas jurídicos del presente. Muchas veces confrontamos –los que nos dedicamos a la enseñanza– la necesidad de equilibrar las herramientas –algunas provienen de análisis históricos– que proporcionamos al estudiante con la necesidad de que las mismas sean capaces de aportar respuestas adecuadamente eficaces para

⁷ Sobre el realismo jurídico norteamericano ver: Brian Leiter, ob. cit., pp. 101 y ss. Ver H.L.A. Hart, ob. cit., pp. 81 y 82. Ver Alf Ross, *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977. pp. 56 y ss. La obra señalada de Ross es interesante en el sentido de que plantea una crítica a lo que él llama “el anterior realismo”.

⁸ Maksymilian Del Mar, “Introducción” en *New Waves in Philosophy of Law*, Palgrave, Macmillan, London, (edición electrónica de Amazon), 2011. pp. 1 y 2.

confrontar problemas jurídicos reales. Al menos limitando nuestro requerimiento de realidad a lo exigido para mantener de forma justa la paz en una sociedad. De alguna forma la obra de Arthur Kaufmann nos ofrece algunos elementos a considerar en el análisis del mundo de hoy. Si bien no pudo ir más allá del primer año del presente siglo, en efecto falleció en el 2001, su obra configura un modelo digno de revisión ya que permite visualizar las ideas de un filósofo que confrontó las grandes interrogantes derivadas luego del fin de la Segunda Guerra Mundial. Probablemente pocos como él entendieron cómo debía ser el Derecho luego de la gran calamidad que representó para la humanidad la Segunda Guerra Mundial. Su cercanía con Radbruch también permite un entendimiento –desde su propia perspectiva– del Radbruch anterior y posterior a la guerra del cual se ha dicho –lo cual no es del todo cierto– que realizó un giro copernicano del positivismo al jusnaturalismo. Dejemos que sea el propio Kaufmann el que nos señale la óptica bajo la cual desarrolla su análisis:

“Yo hablo sobre las cosas. Hoy no hay muchos más filósofos del Derecho que hagan lo mismo. La mayor parte se dedican a los puntos centrales, cuando no exclusivamente a los problemas formales, en especial las reglas de procedimiento para el discurso y la argumentación, las teorías procesales de la verdad y la justicia y los discursos éticos orientados procesalmente. En tanto se delibera sobre la justicia, esto sucede casi sin excepción bajo reducción al principio formal de igualdad... Para mí los contenidos son tan importantes como la forma. El hecho de que la mayor parte de los expertos se limiten hoy en lo esencial a los problemas procesales, no obedece en general a que les parezcan los contenidos menos importantes. Ellos son más bien de la opinión de que ocuparse con contenidos de la justicia no puede satisfacer las pretensiones científicas. Esto sería mucho más tarea de los políticos que de los filósofos del Derecho... soy de la opinión –lo he dicho repetidamente– de que los contenidos de la justicia (se trata nada menos que de un posible orden justo de la comunidad) son demasiado importantes como para dejarlos exclusivamente en manos de los políticos partidistas –sin duda necesarios. Si esto que planteo satisface el concepto de ciencia de este o aquel crítico es algo que asumo con tranquilidad. Pero

no quiero merecer el reparo de que hablo sobre cosas que pasan de largo los problemas más apremiantes de nuestro tiempo y nuestra sociedad”⁹.

Los comentarios de Kaufmann se vuelven reveladores para nosotros, cuando situados a la luz de lo que históricamente vivimos en nuestro país, se nos muestra una descuidada formalización del Derecho con prescindencia de su contenido. A veces podemos percibir un fenómeno que se ha vuelto constante en nuestro desarrollo jurídico diario el cual se nos revela como una situación en la cual los resultados preceden a las justificaciones. No es a veces fácil el tener que entender un derecho –cualquiera que sea su fuente– cuando la producción del mismo no ha estado determinada por las consultas requeridas con el objeto de construir una justificación del mismo sobre bases firmes. Es como si la necesidad de justificación del Derecho hubiera perdido todo su sentido en pos de un objetivo que ni siquiera es claro para los autores del mismo.

En el fondo la discusión acerca de constitucionalidad, legalidad, moralidad (si todavía existe como elemento a tomar en cuenta) hubiera perdido todo sentido frente a la necesidad de hacer lo que se quiere hacer. Siempre está presente en nuestra reflexión aquella cita de Séume con la cual Radbruch empieza su capítulo sobre *“La validez del Derecho”*. La misma expresa: *“Tú debes, porque yo quiero, es un desatino; pero, tú debes, porque yo debo, es una conclusión justa y la base del Derecho”*¹⁰. Algún filósofo del Derecho respondía a la pregunta ¿cuál es el correlato del Derecho? señalando qué es lo que lo hace entendible. Es decir a quién va dirigido y cómo es esa dirección.

⁹ Arthur Kaufmann, ob. Cit. p. 23. En el prólogo de la primera edición de su *Filosofía del Derecho*, Kaufmann señala: “El presente volumen quiere ofrecer una ‘filosofía del Derecho’ para reflexionar. Naturalmente se entiende por sí mismo que se quiere suministrar material iusfilosófico. Pero el lector no debe simplemente tomar receptivamente este material sino realizarlo e interpretarlo en forma activa y adoptarlo, no sin crítica, como posesión propia. El debe, dicho en resumen, ejercitarse en el pensamiento iusfilosófico. El libro no es una exposición sin lagunas de aquello que se denomina ‘Filosofía del Derecho’. Esto sería de todas maneras imposible. Más bien, las cuestiones materiales discutidas son ejemplos típicos de la filosofía del Derecho, en los cuales se puede incitar el filosofar sobre temas iusfilosóficos”. Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 24.

¹⁰ Gustavo Radbruch, *Filosofía del Derecho*, Editorial Reus, Madrid, 2007. p. 151.

¿Qué garantía tenemos en nuestro país de que lo perseguido por el Estado o quien lo represente (para el infortunio de muchos) oriente su acción en la búsqueda de un bien común colectivo en el cual se reduzcan al máximo las discriminaciones por cualquier razón? La respuesta, hoy en Venezuela, lamentablemente no puede ser positiva. Tal como señala Mark Murphy: *“Un sistema jurídico que anuncia que no es para el bien común es como un despertador que señala que no puede ser usado para despertar gente”*¹¹.

Al final no podemos dejar al ciudadano sin entender al Derecho, sin proporcionar los elementos de justificación necesarios para apuntalar su legitimidad. En el fondo hay un elemento moral, que podemos discutir el rol que desempeña, pero siempre va a estar presente en la forma en que juzgamos las decisiones del legislador. Tal como señala Orrego citado por Carolina Pereira Sáez:

*“Más vale advertir a los ciudadanos que, cualesquiera que sean los términos del Derecho positivo –cualquiera sea su claridad y validez formal–, los jueces y los demás funcionarios obedecerán antes y más a la moral que no puede ser suplantada, que al Derecho. O sea, que la ley injusta no será aplicada en definitiva, aunque se le declare ley en algún momento, por razones de claridad. Lo más honesto y claro sería decir que la regla de reconocimiento incluirá esa apelación definitiva a la moral, y no dejarle al ciudadano la sorpresa de última hora”*¹².

Probablemente, la alternativa planteada por el autor recién citado, se vea limitada en un entorno en el cual el imperativo de la ideología mezclado con los más variados intereses, ha movido fuertemente una tendencia hacia la relativización de la moral. Esta ideología utilitaria ha sido, combinada con la estrategia del miedo, un factor fundamental en la pérdida de la posición institucional requerida por legisladores y administradores del Derecho.

De cualquier forma, el enfoque de Kaufmann revela claves esenciales para redefinir en nuestra sociedad, la misión de la filosofía del

¹¹ Mark C. Murphy, *Philosophy of Law The fundamentals*. Blackwell, Malden, 2007. p. 45.

¹² Carolina Pereira Sáez, *La autoridad del Derecho. Un diálogo con John M. Finnis*, Editorial Comares, Granada, 2008. p. 223.

Derecho como crítica permanente de lo que el Derecho debería ser. No en función de una teoría particular que adoptemos como modelo básico a desarrollar frente a todas las preguntas que podamos hacerle al Derecho, sino más bien, como intérpretes de una realidad cuya complejidad no puede ser subestimada y que exige del Derecho respuestas que puedan ser evaluadas con los instrumentos disponibles. En este último sentido no podemos dejar pasar de largo, como señalaba Kaufmann, los problemas más apremiantes de nuestro tiempo y de nuestra sociedad.

La tarea del filósofo jurídico en nuestro país tiene que hacerse como el bote de Neurath. Es decir, igual que no podemos reconstruir el barco cuando estamos en el mar sino plancha por plancha para permitir su flotación, con el Derecho, en mi opinión, pasa lo mismo. Debe continuar como tal –no podemos eliminarlo de una vez– hasta que podamos ir cambiando los elementos que permitan adecuarlo a los fines que siempre ha perseguido y a los que las nuevas exigencias sociales requieren. Todo ello, en el entendido de que en un sistema abiertamente democrático y no aparente, las cosas a las que se refería Kaufmann, deben hacerse con el mayor consenso posible. En tal situación las exclusiones –incluso las de los que contribuyeron al caótico estado que tenemos– son moralmente imposibles¹³. Con toda razón Kaufmann dedica una parte del capítulo vigésimo de su libro al “*imperativo categórico de la tolerancia*”.

Pero no podemos tener una idea clara de nuestra disciplina sin relacionarla con la filosofía de hoy y los temas que la ocupan. En un libro que se ha constituido en un clásico *Philosophy and the Mirror of Nature* Richard Rorty¹⁴ analiza lo que han sido los temas de la filosofía y los que nunca dejarán de serlo. El análisis de Rorty se relaciona

¹³ El ejemplo de Neurath ha sido utilizado ampliamente por los filósofos. Quine se refiere a él de la siguiente manera: “Neurath ha comparado el análisis en la ciencia con un bote el cual, si queremos reconstruir, debemos hacerlo plancha por plancha mientras estamos a bordo de él”. Ver Willard Van Orman Quine, *Word and Object*, The Mit Press, Cambridge, 2013. p. 3.

¹⁴ El libro fue publicado en 1979 y a los treinta años (2009) la Princeton University Press publicó una nueva edición para conmemorar el evento. En el 2018 se publicó la edición que tomamos para este trabajo en la colección “Princeton Classics”. Ver Richard Rorty, *Philosophy and The Mirror of Nature*. With an Introduction by Michael Williams, an afterword by David Bromwich, and Rorty essay “The Philosopher Expert”. Princeton Classics, Princeton University Press, New Jersey, 2018.

con algunos de los temas que tienen presencia permanente para nuestra disciplina. Rorty distingue entre filosofía sistemática (*systematic*) y filosofía constructiva (*edifying*). Sin pretender profundizar en el acucioso análisis de Rorty podemos señalar que para él los grandes filósofos sistemáticos son constructivos y ofrecen argumentos. Los grandes filósofos constructivos son reactivos y ofrecen sátiras, parodias y aforismos. Ellos saben que sus argumentos pierden peso cuando finaliza el período frente al cual ellos reaccionan. Ellos son intencionalmente periféricos. Los grandes filósofos sistemáticos, como los grandes científicos, construyen para la eternidad. Los grandes filósofos constructivos destruyen para el beneficio de su propia generación. Los filósofos sistemáticos quieren asegurar sus sujetos dentro de los parámetros de la ciencia: los filósofos constructivos quieren dejar un espacio abierto para el sentido de la emoción producida por la sorpresa de lo extraordinario, lo cual es muchas veces producido por los poetas. Es decir, todo aquello que no puede ser fácilmente –por el momento– explicado o completamente descrito¹⁵.

El asunto relativo a cómo debemos o podemos clasificar a los filósofos del Derecho según la caracterización de Rorty, no es un mero tema de encasillamiento para ocupar nuestras reflexiones filosófico-jurídicas. Más bien es un instrumento de análisis para pensar en la continuidad del análisis del Derecho y los aportes que todos los filósofos nos proporcionan a la filosofía jurídica –siguiendo la terminología de Rorty– como una disciplina cooperativa y progresiva. En tal sentido se trata de un rompecabezas al que siempre le van a hacer falta piezas lo cual no quiere decir que no haya alguna claridad en algunas de sus partes. Para los que enseñan la filosofía jurídica –que es el caso que nos ocupa– las decisiones lucen más complicadas. Podemos dedicarnos a

¹⁵ Richard Rorty, ob. cit., pp. 369 y 370. Para Rorty los filósofos convencionales son los que él llama sistemáticos y los periféricos son aquellos que él llama constructivos (*edifying*). Estos filósofos periféricos y pragmáticos son escépticos de forma primaria acerca de la filosofía sistemática, acerca de un proyecto total de proporción universal. En nuestro tiempo –señala Rorty– Dewey, Wittgenstein y Heidegger son los grandes pensadores constructivos y periféricos. Todos ellos hacen difícil, en la medida de lo posible, tomar su pensamiento como expresión de puntos de vista relativos a los problemas filosóficos tradicionales o como haciendo proposiciones constructivas para la filosofía como una ciencia cooperativa y progresiva. Ver Richard Rorty, ob. cit., pp. 367 y 368.

su historia lo cual no es desdeñable y contribuye a generar un número difícil de calcular de puntos de partida. O pretender, en mi opinión equivocadamente, que podemos asegurar un terreno de análisis que nos blinde de cualquier discusión que surja cuando lo general pretenda convertirse en particular.

A fin de cuentas, siempre se va a patentizar en nuestras decisiones esa doble imagen de hombre como ser natural explicable empíricamente y como ser o agente moral que requiere otro tipo de entendimiento. La solución no puede ser dada por la eliminación de lo que –por cualquier razón– nos parece menos evidente o entendible de acuerdo con el alcance del conocimiento que tenemos. De cualquier manera, el siguiente párrafo de Rorty contiene algunos de los elementos que hemos venido expresando:

“Nadie sabe si la distinción entre la filosofía sistemática y la constructiva van a seguir teniendo el mismo efecto de arrastre que ha tenido hasta ahora. Probablemente la filosofía se va a transformar en una filosofía constructiva, de tal manera que la identificación de uno como filósofo va a expresarse solamente en términos de los libros que uno lee y discute en vez de los problemas que uno desea resolver. Probablemente una nueva forma de filosofía sistemática pueda ser encontrada. La misma puede no tener nada que ver con la epistemología, pero pudiera, a pesar de ello, hacer posible la investigación filosófica normal. Estas especulaciones son enfermedades y nada de lo que he dicho hace más plausible una proposición que otra. El único punto en el que quiero insistir es que la consideración moral de los filósofos debe continuar en la conversación de Occidente, con preferencia a la discusión acerca de qué lugar deben ocupar los problemas de la filosofía moderna en dicha conversación”¹⁶.

En el presente trabajo queremos resaltar algunos de los elementos centrales del análisis de Kaufmann. Queremos insistir en que su obra tiene el mérito de entender las preocupaciones centrales de Radbruch (su maestro) y, por otra parte, responder a la filosofía jurídica después

¹⁶ Ibídem. p. 394.

de la calamidad que representó, en todos los órdenes, el advenimiento y fin de la Segunda Guerra Mundial. Con el objeto de ver más claro su pensamiento nos referiremos a los títulos utilizados por él en los distintos capítulos de su obra. Todo ello en el entendido de que nuestras consideraciones se referirán a los elementos que consideramos deben ser resaltados. Lo anterior no se hace en desmérito de partes de su obra que pueden ser objeto de análisis más pormenorizado, pero que no comentamos. Posiblemente uno de los temas que llaman a reflexión sea el “*relativismo filosófico de Radbruch*”, el cual pudiera tener su origen en una consideración material de los valores en una filosofía que se originó dentro de una consideración positivista del Derecho¹⁷. Tal como señala Joaquín Almoguera Carreres en su Introducción a la *Filosofía del Derecho* de Radbruch:

“...el primer cambio apreciable en la obra de Radbruch, es decir, el paso de la problemática formal de los valores a una problemática material, termina por fundamentar un escepticismo relativista en filosofía del Derecho. Consciente de esta situación, los esfuerzos

¹⁷ El propio Radbruch en la edición de 1932 de su obra de filosofía, la cual fue traducida al español en 1933 con un prólogo del autor para dicha edición señaló: “Tanto antes como después (se refiere a las ediciones de su obra de 1914 y 1922), el autor profesa idéntica tendencia ideológica: aquel racionalismo “que quiere permanecer en la noche llamada ilustración” (Larenz) y aquel relativismo “que por sí mismo se destruye por acientífico” (Sauer). El autor no se entrega a la moda irracionalista de la época. El racionalismo aquí mantenido no cree ciertamente que el mundo pueda ser captado en absoluto por la razón. Empero, ve su tarea en el descubrimiento racional de las contradicciones supremas y no en su enturbiamiento irracional. El autor cree que el relativismo todavía tiene mayor importancia en la actualidad que en la época en que el libro apareció por vez primera. Pues el relativismo es el supuesto ideológico de la democracia: esta se opone a identificarse con una determinada concepción política y está siempre dispuesta a permitir la dirección del Estado a toda concepción que sepa ganarse la mayoría; y porque no conoce un criterio unívoco con el que juzgar del acierto de las concepciones políticas, no acepta la posibilidad de una situación que esté por encima de los partidos. El relativismo, con su doctrina de que ninguna ideología de partido es demostrable ni refutable, es muy apropiada para contrarrestarnos en las luchas políticas la tendencia a creernos poseedores únicos de la justicia, y a ver sólo en el enemigo o tontería o maldad: si la ideología de partido es indemostrable, toda permite, por consiguiente, que se le combata desde la perspectiva opuesta; y si ninguna es refutable, toda ideología debe, por tanto, ser respetada por sus enemigos. De esta manera el relativismo nos enseña que hemos de ser decididos en nuestras posiciones, a la par que justos para las ajenas”. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 36 y 37.

teóricos de Radbruch se dirigen a controlar y compensar el resultado positivista, sorprendentemente en cierto modo, de su propia posición. Quiere decirse, que era preciso un mecanismo capaz de conjugar la contingencia de un Derecho indeseable pero válido como consecuencia de una toma de posición general. Para lograrlo, sus esfuerzos se movieron en dos direcciones. Una que podría considerarse filosófica, parte de la consideración de que el valor del Derecho, que convierte a este, precisamente, en una realidad cultural peculiar, no es relativo en el mismo sentido en que pueda serlo, por ejemplo, la utilidad. Por el contrario, dice, se trata de un valor absoluto, aunque su validez universal, sin embargo, no pueda conocerse, por la indicada imposibilidad lógica de valorar el valor. De esta manera, justifica el relativismo, no en atención a factores materiales, puesto que el Derecho representa un valor absoluto, sino en atención al conocimiento, pues es en este en el que se instala lo relativo (de manera inevitable) y no propiamente en el objeto... Para suavizar las conclusiones relativistas de su posición, Radbruch trabaja también en otra línea que podría denominarse técnica. Se trata aquí de subrayar que la mencionada idea del Derecho permite el desarrollo mismo del Derecho positivo y facilita su interpretación. Dicho con otras palabras, dota de una objetividad al Derecho que hace posible la construcción jurídica y la sistematización en un todo de las partes. Este recurso a una noción teleológica, destinada a establecer los fines de cada elemento jurídico, así como a la noción de construcción a la que conduce, son de la máxima importancia, pues implica la reintroducción de las formas y de los principios de la construcción jurídico-formal en su planteamiento”¹⁸.

PRIMERA PARTE

ACERCA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Kaufmann nos aporta una aproximación a la filosofía del Derecho deslindándose de la dogmática y la sociología jurídica. En su delimitación –más descriptiva que conceptual– constituye a la justicia como

¹⁸ Joaquín Almuoguer Carreres, “Introducción” en Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 16 y 17.

elemento central de la descripción que pretende realizar. En tal sentido señala:

“...la Filosofía del Derecho tiene que ver con el Derecho justo, en resumen: ella es la doctrina de la justicia. Mientras la ciencia jurídica dogmática no sobrepasa el Derecho vigente y solo lo critica intrasistemáticamente, la Filosofía del Derecho orientada transisistemáticamente se interesa por el Derecho vigente solo con respecto a su valor o disvalor”¹⁹.

El tema de la relación entre el Derecho vigente y la filosofía jurídica –con su elemento esencial de justicia según Kaufmann– es enormemente importante en la consideración de la justicia dentro del sistema del Derecho. Todo ello en cualquier análisis que parta de una teoría de los sistemas como la de Niklas Luhmann y Talcott Parsons. El tema ha sido considerado por Naucke y Harzer en los siguientes términos:

“...el sistema jurídico es un sistema abierto, que, por ejemplo, permanece en comunicación continua con el político y el económico para cumplir de la mejor manera posible su función estabilizante. Esta idea es realista e informativa, aunque muestra de modo casi mejor que la versión ingenua hasta qué punto se ha alejado esta teoría del Derecho de la pregunta acerca de la justicia, o cuánto ha podido crecer la pregunta respecto de la justicia sin esforzarse por interrogarse acerca de cómo se mantiene estable un sistema social”²⁰.

En la valoración que el autor que comentamos realiza acerca de la filosofía del Derecho la concibe como una rama de la filosofía. Para él la filosofía se ocupa siempre y en todas sus formas de los problemas relacionados con el devenir humano. Lo que Karl Jaspers, citado por el autor que estudiamos, llama lo “*inasible*”²¹. Pero el análisis de Kau-

¹⁹ Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 39.

²⁰ Wolfgang Naucke y Regina Harzer, ob. cit., p. 189.

Ver Julio Rodríguez Berrizbeitia, *Caminos de la filosofía jurídica actual*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 97, Caracas, 2011. pp. 54 y ss.

²¹ Cuando Kaufmann se refiere a Jaspers probablemente lo considera desde el punto de vista de este con respecto a la existencia. Hirschberger cita a Jaspers en este tema: “los grandes polos

fmann nos aporta elementos a considerar con respecto a dónde debe comenzar nuestro análisis filosófico-jurídico. Algunas de esas consideraciones no son ajenas a las teorías en boga –como veremos más adelante– en la filosofía del siglo veinte (especialmente la que se realizó con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial). El siguiente texto del autor citado ahonda la reflexión metodológica en la cual lo material pareciera superponerse –de alguna forma– a lo formal. Su comentario comienza con Pascal y lo lleva a la consideración de la hermenéutica:

“Ahora tampoco es verdad que la filosofía y la filosofía del Derecho puedan proceder completamente sin presupuestos. Esto se puede fácilmente aclarar con lo que Pascal ha designado en la Lógica de Port Royal (1662) como el –inalcanzable– “método más perfecto”: no se debe emplear ningún concepto que antes no se hubiera definido claramente, y no se puede hacer ninguna aseveración sin que se hubiese acreditado su verdad. No se requieren prolijas reflexiones para percibir que esas exigencias son imposibles, porque ambas tendrían que conducir a regresos infinitos. Pero la filosofía, a diferencia de la dogmática, tiene no obstante que esforzarse, a lo menos, en hacer el intento de “analizar” también los problemas fundamentales y los presupuestos básicos de las ciencias y sistemas; dicho con las palabras arriba mencionadas, ella tiene que asumir una posición sistemático-trascendente. Esa posición no es aquella

de la existencia, que se dan la mano en todas las formas del “envolvente”, son, pues razón y existencia. Ambos son inseparables. Parece la una si parece la otra. La razón no puede diluirse en la existencia en provecho de una terca opacidad que se cierra a sí misma las puertas, que desesperadamente resiste a la “patencia” (offen barkeit). La existencia no se puede volatilizar en la razón en gracia de una transparencia que se quiere hacer pasar, en cuanto tal, por la realidad substancial. La existencia se ilumina solamente por la razón; la razón se llena de contenido solo por la existencia”. Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 39. Ver Johannes Hirschberger, *Historia de la filosofía*, Tomo II, Herder, Barcelona, 1976. pp. 426 y 427. Alicia Villar Ezcurra en un artículo titulado “El yo inasible de Pascal frente a la fortaleza del sujeto cartesiano” señala: “Frente a Descartes, que quiso convertir al sujeto pensante en el centro y fortaleza de su poder, Pascal se confrontó con la contingencia, el azar y la opacidad de la existencia humana. Trató de “descender” al sujeto y ahondar en sus disonancias más profundas. Distinguió tres órdenes de realidad inconmensurables: los cuerpos, los espíritus y la caridad”. Ver Alicia Villar Ezcurra, “El yo inasible de Pascal frente a la fortaleza del sujeto cartesiano”, *Isegoría. Revista de Filosofía, Moral y Política*, N° 42, enero-junio, 2010. pp. 265-278.

de tabula rasa. Precisamente la nueva hermenéutica ha indicado que el “prejuicio” (no entenderlo negativamente y mejor llamarlo “precomprensión”) es directamente la condición de la comprensión de los fenómenos de este mundo, pero que ciertamente tendrá que ser revisada siempre mediante nuevos actos del conocimiento. No hay en la filosofía –y esto naturalmente vale también para la filosofía del Derecho– nada que no pueda ser problemático, sin excluir su propia naturaleza. Pero no todas las preguntas son en la misma medida oportunas. Esto se determina, esencialmente, conforme a las circunstancias históricas dadas que indican cuáles son los problemas iusfilosóficos “correctos”. Luego de las enormes perversiones jurídicas en la época del nacional-socialismo, se orientaron los problemas iusfilosóficos en la segunda posguerra mundial hacia la “naturaleza de la cosa”, “las estructuras lógico-reales” las “instituciones precedentes”, para dar así de nuevo un asidero al Derecho”²².

En las últimas líneas del párrafo anterior Kaufmann se refiere a la necesidad de dar “*un nuevo asidero al Derecho*”. Algunos hablarían de un fundamento independientemente de la naturaleza del mismo. De alguna forma la fenomenología; el positivismo analítico; el realismo; el naturalismo; el estructuralismo y el neo-tomismo, entre otras corrientes, pretenden dar una respuesta que ninguno de ellos puede agotar a pesar de los méritos de alguno de estos planteamientos. En la formulación de “*las tareas de la filosofía del Derecho*” Kaufmann nos introduce en el tema relativo a la relación entre objeto y sujeto como elemento que explica una teoría cognoscitiva de la justicia. A fin de cuentas, la explicación luce central y pudiera correr el riesgo de acercarse a concepciones naturalistas acerca del Derecho²³. El texto de Kaufmann es el siguiente:

²² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 40 y 41.

²³ Quine citado por Leiter en *Naturalismo y teoría del Derecho* señala: “La epistemología, o algo que se le parece, entra sencillamente en línea como un capítulo de la psicología y, por tanto, de la ciencia natural. Estudia un fenómeno natural, a saber, el sujeto humano físico. A este sujeto humano se le suministra una cierta entrada, experimentalmente controlada –por ejemplo, ciertos patrones de irradiación de diferentes frecuencias– y cumplido el tiempo este sujeto devuelve como salida una descripción del mundo externo tridimensional y su historia. La relación entre la magra entrada y la torrencial salida es una relación cuyo estudio nos apremia por, en parte, las mismas razones que apremiaron siempre a la epistemología: vale

“Se creyó durante mucho tiempo, y muchos lo creen todavía, que la pregunta sobre el “qué” de la justicia y la pregunta acerca del “cómo” del conocimiento de la justicia podían tratarse y responderse de manera completamente independiente una de otra. El Derecho justo y la justicia se plantean como objetos substanciales, como objetos que se contraponen a nuestro pensamiento y son aprehendidos en su pura objetividad por “sujetos”. En el conocimiento nada accede del sujeto cognoscente. Conforme a eso se enseña, y se escriben hasta hoy “filosofías del Derecho”, de un lado, y “doctrinas del método”, del otro lado, colocadas una junto a la otra sin apenas punto de contacto.

Sin embargo, el esquema teórico-cognoscitivo sujeto-objeto pertenece al pasado; esto incluso en las ciencias naturales explicativas, y con mucha más razón en las ciencias de comprensión hermenéutica. Por esto se han logrado más y más en nuestra época teorías procesales de la justicia que conciben “el Derecho justo” como producto del proceso de creación jurídica “solo” habrá que preguntarse si exclusivamente como un producto semejante (así sobre todo Niklas Luhmann), o si ese proceso tiene un fundamento material, “ontológico” (lo que no es lo mismo que “ontológico substancial”); tal es la idea sostenida aquí”²⁴.

decir, al objeto de saber cómo se relaciona la evidencia con la teoría, y de qué manera la teoría de la naturaleza que uno pueda tener trasciende cualquier evidencia disponible”. Ver Brian Leiter, ob. cit., p. 74. El tema es central en el asunto –capital para la filosofía jurídica– de la percepción que tenemos de la justicia como objeto y la relación de esa percepción con la de los demás. Daghinn Føllesdal en el prefacio a la edición de *Word and Object* de Quine de 2013 señala: “Cuando tratamos de entender a otra persona, tenemos que hacer asunciones relativas al objeto que él percibe y a las propiedades que tiene dicho objeto, es decir acerca de sus teorías y la estructura de lo que él percibe. En la medida en que el proceso de entendimiento se desarrolla esas asunciones pueden modificarse a la luz de evidencia pública y accesible”. Ver Daghinn Føllesdal, Prefacio de la nueva edición en: Willard Van Ormann Quine, *Word and Object*, The Mitt Press, Cambridge, 2013, p. XVIII.

²⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit. p. 42. El propio Kaufmann critica más adelante en su obra la teoría de los sistemas de Luhmann en los siguientes términos: “Según ella no existe en absoluto algo así como “corrección”, “justicia”, “verdad”; estos son más bien solo símbolos con cuyo uso se profesan buenos deseos o se traduce un consenso presupuesto. Pues según esta teoría, la función del sistema es completa en cuanto también integra las ideas de verdad y justicia, y no en último término, también al sujeto de derecho, de tal manera que una crítica a ella desde posiciones extrasistemáticas es imposible. El sistema se legitima a través del proceso. No importa que la justicia se realice (ella no existe), sino que el sistema funcione, mientras reduzca complejidad social. En absoluto existe un “qué”, el cual surge de un “como”; solo hay el “como”, en modo contenidos. La corrección es idéntica al procedimiento: un nuevo

1.1. El problema histórico de la filosofía del Derecho (Derecho natural y positivismo)

El análisis y comentarios acerca de tendencias históricas en la filosofía del Derecho dan pie a Kaufmann para plantear una nueva forma de filosofía del Derecho que vaya “*más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*”. Lo interesante de su posición crítica se resume en el siguiente comentario acerca de las tendencias señaladas que sirve de preámbulo a lo que es la filosofía —él lo llama reanudación— después de la Segunda Guerra Mundial. En el siguiente comentario se expresan algunas de las críticas formuladas al positivismo y al jusnaturalismo, críticas que, en mi opinión, no desmerecen el valor de dichas tendencias para la filosofía del Derecho independientemente de la razón de ser de cada una de ellas. Probablemente sería preferible no jugar a la teoría “de todo o nada” sino buscar una concepción que pudiéramos calificar como holista tal como lo formula la teoría de la integridad de Dworkin²⁵. De cualquier forma, el comentario de Kaufmann sobre positivismo e iusnaturalismo es el siguiente:

“Pero si el problema de las lagunas todavía se trata de una insuficiencia lógica del positivismo científico, su progresiva degene-

“Derecho natural” íntegramente funcional”. Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 478. Sobre la obra de Luhmann, Habermas señala: “La sociología del Derecho de Luhmann es interesante ... meramente como la versión más rigurosa de una teoría que asigna al Derecho una posición marginal (comparada con su puesto en otras teorías sociales clásicas) y neutraliza el fenómeno de la validez legal describiendo los casos objetivamente”. Para Habermas la teoría de Luhmann, que sigue la teoría legal decisionista de Carl Schmitt, se desprende de todas las relaciones internas con la moral y la política. Se reduce a la administración del Derecho y le falta la corrección interna con la organización constitucional y el poder político. Ver Matthew G. Specter, *Habermas. An Intellectual Biography*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 132. Tal como señala Walter Reese-Schafer en *Le dictionnaire des Sciences Humaines*, refiriéndose a Luhmann: “El trabajo esencialmente a partir de oposiciones conceptuales, a partir de codificaciones bivalentes y binarias, tales como sistemas y ambiente, gobierno y oposición, derecho y no derecho, redundancia y variedad. La diferencia, y no la identidad es para él lo primero: es el corazón de su pensamiento. Más allá de la frontera de la sociología, Luhmann se apoya en la biología del código genético y de conocimiento”. Ver Walter Reese-Schafer, en *Le dictionnaire des sciences humaines*, Puf, Presses Universitaires de France, 2006, p. 727.

²⁵ Sobre el tema de las teorías holistas del Derecho ver: Juan Manuel Pérez Bermejo, *Los problemas de las teorías holistas del Derecho*, www.cervantesvirtual.com.

ración hacia un puro positivismo legal (ya al final del siglo XIX declararon maestros del Derecho que todavía el “más infame Derecho legal” posee validez, si ha sido producido de manera formalmente correcta) en el nacionalsocialismo se hizo manifiesta. Por lo demás, entonces no solo se pervirtió el positivismo al promulgar leyes oprobiosas también se abusó del pensamiento iusnaturalista cuando se sobrepasó en nombre de un Derecho natural “étnico” sobre el Derecho vigente”²⁶.

En donde pareciera que Kaufmann quisiera concentrar su análisis, tal como lo señalamos al inicio de este trabajo es en lo que él llama “la reanudación después de la Segunda Guerra Mundial”. Si bien ello da pie a la consideración de distintas tendencias filosófico-jurídicas su punto de partida parece hacer especial énfasis en los fracasos del Derecho natural y del positivo jurídico. De alguna manera algo similar pero personalizado a lo que ya señalamos con respecto a Hart y Dworkin. Se hace imprescindible en muchos filósofos del Derecho, Kaufmann no es

²⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 76 y 77. Es evidente que el Derecho positivo no puede dar todas las respuestas a los temas planteados por el Derecho vivo. Hart habla de la textura abierta del Derecho en los siguientes términos: “Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestionen las pautas resultarán ser indeterminadas, tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”. Ver H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, p. 159. Sobre el tema de la discrecionalidad en Hart ver: Julio Rodríguez Berrizbeitia, *Integración y orientación en la obra filosófica de Dworkin, Putnam y Hart: relación del filósofo y el jurista con el mundo de hoy*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica Andrés Bello, Serie Estudios, N° 110, Caracas, 2015. pp. 123 y ss. Sin lugar a dudas la expresión iusnaturalista puede –mal interpretada– generar malinterpretaciones derivadas de que lo natural es aquello que nos determina de forma que compromete hasta nuestras opciones morales. Adolf Reinach ha señalado: “Y, sin embargo, usar simplemente esta expresión no es decir mucho (se refiere a iusnaturalismo). Es sobre todo en dos puntos en los que la teoría del Derecho natural parece haber fallado: en la consideración del Derecho positivo y en el proyecto de un Derecho material que tenga también validez general incondicionada”. Ver Adolf Reinach, *Los fundamentos a priori del Derecho civil*, Editorial Comares, Granada, 2010. p. 156. John Finnis en el Capítulo II de *Ley Natural y Derechos Naturales* se ocupa en lo que él llama “imágenes y objeciones” de desvirtuar los “malentendidos” existentes con respecto a las consideraciones de los teóricos del Derecho Natural. Así nos señala: “...la raíz del malentendido parece ser la incapacidad de los críticos modernos para interpretar los textos de los teóricos del Derecho natural en conformidad con los principios sobre la definición que esos teóricos han usado, en general, con plena conciencia y consistentemente”. Ver John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992. p. 60.

la excepción, empezar por dicha matización para luego continuar con la “tercera vía”. Pasemos a continuación a revisar el inicio del planteamiento del filósofo que estudiamos y sus comentarios acerca de las nuevas tendencias. Kaufmann señala que:

“La experiencia histórica enseña que tanto la doctrina clásica del Derecho natural como también el positivismo jurídico clásico han fracasado. El Derecho natural con su sistema de normas petrificadas podría funcionar en sociedades con estructuras muy simples, pero no es suficiente en una sociedad altamente compleja con un muy delicado sistema económico. El positivismo jurídico, de otra parte, ciertamente suministró las grandes obras de codificación de comienzos del siglo XIX, porque el legislador de entonces todavía lo orientaba una fuerte conciencia moral. Ese presupuesto, sin embargo, no se da nunca en las dictaduras de nuestro tiempo; leyes infames no son simplemente ejemplos de cátedra, sino que se han convertido en realidad. El concepto puramente formal de la ley ha fallado”²⁷.

Los comentarios anteriores de Kaufmann, independientemente de su atribución como problemas a una u otra teoría filosófico-jurídica, nos ofrecen una serie de hechos fundamentales, incluso para el filósofo de hoy. Cuando se refiere a normas petrificadas dicho comentario nos recuerda a Lask, el cual, por cierto, es mencionado por Radbruch en el primer capítulo de su filosofía acerca de realidad y valor²⁸. En efecto, Lask contrapone lo cambiante del Derecho positivo frente a lo petrificado del natural (tal como señala Kaufmann). Así señala Lask: “...se reprocha al Derecho natural la formulación de un código ideal válido para todos los tiempos y pueblos”²⁹.

En otro orden de ideas el autor que venimos considerando se refiere a una sociedad compleja. Ya vimos anteriormente su opinión acerca

²⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 77.

²⁸ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 39.

²⁹ Emil Lask, *Filosofía jurídica*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008, p. 28. En realidad, el tema para Lask es que “el apriorismo jusnaturalista” no respetó la inagotable riqueza de contenido de la realidad histórica. Al final es una discusión entre lo formal y lo material presente, también en el apriorismo de los fenomenólogos como Reinach.

de la teoría de los sistemas de Luhmann. Pero debe indicarse que más adelante en su obra se ocupa de “la sociedad pluralista de riesgo” mencionando teorías como la de Luhmann y Beck a los cuales nos referiremos más adelante. De cualquier manera, Kaufmann introduce dentro de sus consideraciones filosóficas lo relativo a cómo actuar sin considerar “*el problema de las anticipaciones riesgosas*” que obligan al jurista a considerar los limitados alcances de la seguridad jurídica frente al futuro. Así señala Kaufmann:

*“Quien no pueda formarse ninguna opinión, a causa de la complejidad y apertura de las relaciones, no podrá avanzar en este mundo y limitaría su acción al estrecho círculo de su ámbito personal. Si se quiere actuar de acuerdo con las situaciones no es posible esquivar el problema de las anticipaciones riesgosas, como las denomina Niklas Luhmann”*³⁰.

Igualmente, Kaufmann se refiere al “*delicado sistema económico*”. Lo anteriormente indicado a dado pie a una forma de realismo jurídico. En la teoría en cuestión se combinan tres elementos esenciales: una ética normativa liberal, una forma de pragmatismo y una metodología de investigación económica. Richard Posner, citado por Carla Farrali, propone que cuando se afronten los problemas jurídicos se tengan en cuenta los efectos que pudieran generar las soluciones propuestas –tanto a corto como a largo plazo, ya sea para los individuos ya sea para el sistema– efectos identificados en base a investigaciones empíricas acerca de los costos/beneficios y mediante la aplicación del criterio de la racionalidad medio/fin³¹.

Otro de los comentarios del autor en estudio se refiere a la relación histórica entre el positivismo y las grandes obras de la codificación del siglo XIX. En los tiempos actuales vivimos una época de descodificación relacionada con la dinámica de los cambios socioeconómicos. En materia económica las regulaciones jurídicas son –en muchos casos– precedidas por prácticas no reguladas por el Derecho. El tema de la

³⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 541.

³¹ Carla Farrali, *La filosofía del Derecho contemporáneo*, Universidad Complutense, Madrid, 2007, p. 175.

concentración de poder en una persona o en un partido –muchas veces único– que produce “leyes infames” nos introduce frente al tema de la legitimidad del Derecho injusto. Para el positivismo constituye tal situación una prueba de fuego. El propio Hart trató de confrontar el tema tolerando de forma tibia –no llegando a los extremos de John Austin– el Derecho injusto con el objeto de no contaminar el concepto de seguridad jurídica. El siguiente texto de *Concepto de Derecho* es ilustrativo de lo que queremos señalar:

“Puede concederse que los delatores alemanes, que guiados por móviles egoístas procuraron el castigo de otros por aplicación de leyes monstruosas, hicieron algo prohibido por la moral; sin embargo, la moral puede exigir también que el Estado castigue únicamente a aquellos que, al hacer el mal, hicieron lo que estaba prohibido por el Estado en ese momento. Este es el principio de nulla poena sine lege. Si hemos de introducir fisuras en este principio para impedir algo que se considere un mal mayor que su sacrificio, es vital que las cuestiones en juego sean identificadas claramente”³².

Para Finnis:

“...las disposiciones adoptadas en favor de la conveniencia partidista, o que exceden (sin justificación por emergencia) la autoridad jurídicamente delimitada, o que imponen cargas inequitativas sobre los súbditos, o que ordenan hacer cosas que nunca deben hacerse, sencillamente no logran, por sí mismas, crear ninguna obligación moral en absoluto”³³.

El último señalamiento de Kaufmann en este tema que queremos mencionar es su afirmación –siguiendo a Radbruch– de que “*el concepto puramente formal de la ley ha fallado*”. Evidentemente la afirmación anterior se refiere a la falta de contenido del Derecho puramente formal³⁴. Pero en todo caso, Kaufmann no aborda sus planteamientos

³² H.L.A. Hart, ob. cit., p. 261.

³³ John Finnis, ob. cit., p. 387.

³⁴ De hecho, en la cita a pie de página número 37, Kaufmann indica que la fórmula de Radbruch (el argumento del entuerto) ha cobrado de nuevo actualidad, precisamente en relación con el problema de la injusticia legal en la antigua República Democrática Alemana. Ver

referentes a lo que él denomina “*más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*” sin aportarnos sus ideas acerca de la filosofía jurídica después de la Segunda Guerra Mundial. Tratemos –con las limitaciones de un trabajo como el presente– de mencionar algunos de sus señalamientos.

En referencia a lo que llama “*el renacimiento del Derecho natural*”. Su punto de vista (probablemente como el de muchos filósofos del Derecho alemán) está relacionado más que con un análisis a fondo del Derecho natural con las reacciones que se produjeron frente a la “*injusticia legal*” del régimen nacionalsocialista. De alguna manera es ilustrativa su cita de Jean Paul (aunque la misma es expresión de una mofa) de que cada misa y cada guerra abastecen nuevos derechos naturales³⁵. Es más, cuando se refiere al neopositivismo lo critica –a pesar de reconocer su relación con lo empírico– por su analogía con el jusnaturalismo. El siguiente texto trata de mostrar esa relación a la que se refiere el autor in comento:

“La doctrina del Derecho natural (se piensa en la doctrina del Derecho natural clásica: absolutista y racionalista) y el positivismo legal se diferencian en verdad ontológico-iusfilosóficamente en la concepción sobre el fundamento del ser; la validez del Derecho: en la una es lo pre-existente y la “naturaleza del hombre” siempre igual, en la otra es la cambiante “voluntad del legislador” no ligada a un orden natural existente. Vistas metodológico-teórico-jurídicamente se igualan ambas, sin embargo, en la comprensión del proceso de creación del Derecho según la doctrina del Derecho natural (racionalista), se pueden deducir de los principios ético-jurídicos absolutos las normas de Derecho positivo y de estas luego las decisiones jurídicas concretas; según el positivismo legal (normativista) se pueden así mismo inferir de las leyes con la ayuda de

Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 77. Lon Fuller tomando los argumentos de Radbruch –que pensaba que se había movido hacia el jusnaturalismo– apoyaba su tesis de que algunas de las leyes nazis, por ejemplo, aquella relativa a la denuncia de los propios familiares que fueran disidentes políticos eran tan perversas que no se podían considerar como Derecho. Si bien Fuller no tenía una posición sustantiva de naturaleza jusnaturalista se inclinaba por unos principios procedimentales ampliamente relacionados con la regla de Derecho (*rule of law*). En tal sentido el Derecho estaba informado por una “moralidad interna” que se manifestaba en una serie de requerimientos. Ver Nicole Lacey, ob. cit., p. 199.

³⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 78.

las directivas del legislador (materiales legislativos), las decisiones jurídicas concretas de manera puramente deductiva sin recurrir a la experiencia y en ese sentido “por rigurosa lógica”. Naturalmente, siempre es del todo necesario mencionar lo empírico, pero esto no se reflejará ni se refleja. De tal manera se fijará a priori, conforme a ambos modelos de pensamiento, el Derecho positivo concreto algo rígidamente. Esta analogía entre dos enemigos declarados como el Derecho natural y el positivismo puede parecer sorprendente, pero ello tiene sin duda sus motivos internos. Ambos se orientan axiomáticamente, el pensamiento codificador subyace a ambos y sobre todo ambos están en deuda con el sistema filosófico del racionalismo cuyo fin es construir un sistema cerrado de conocimientos adecuados y exactos”³⁶.

Si tratamos de profundizar en el análisis de las críticas que Kaufmann realiza en contra del neopositivismo no compartimos con él el señalamiento de que “...tiene básicamente solo un argumento a su favor: ‘Lo insostenible de la doctrina del Derecho natural’”.³⁷ Un naturalista jurídico como Leiter nos aporta una descripción relacionada con el fondo de las críticas al positivismo incluyendo sus versiones contemporáneas:

“Finnis condena al positivismo por no contestar a una pregunta que nunca se ha planteado, es decir, la pregunta acerca de la autoridad para la conciencia (esto es: el juicio racional último) de un

³⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 79 y 80. El tema del “a priori” por Kaufmann es tratado con profundidad por Reinach pretendiendo diferenciar al Derecho “a priori” del natural y del positivo. Dicho esfuerzo merece una particular consideración para –al menos– despejar algunos de los equívocos como el planteado por Kaufmann. Ver Adolf Reinach, ob. cit., pp. 134 y ss. Cuando Kaufmann se refiere en el texto que citamos “al racionalismo” común para lo que él llama posiciones de dos enemigos encontrados me viene a la mente un señalamiento de Kathrin Glüer acerca de Donald Davidson: “Como Davidson luego señala, la diferencia relevante no es que el intérprete radical emplea normas mientras el físico no las emplea. En la medida que esos principios constitutivos pueden ser llamados normas, los dos emplean normas, o mejor dicho estándares. El punto es que esos estándares son muy diferentes: “Cuando tratamos de entender el mundo como físicos, nosotros empleamos nuestras propias normas, pero no queremos descubrir la racionalidad de ese fenómeno... Como intérpretes, sin embargo, sí lo hacemos”. De acuerdo con el texto anterior “la racionalidad” independientemente de cómo la entienda el jurista o el científico tiene un rol a jugar el cual es independiente de la relación entre el iusnaturalismo y el positivismo. Ver Kathrin Glüer, *Donald Davidson. A Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2011. pp. 253 y 254.

³⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 80.

funcionario o de un ciudadano particular, de estas prescripciones (jurídicamente válidas) dictadas e impuestas y acerca de su “falta de autoridad cuando son radicalmente injustas”. Los positivistas pueden, obviamente contestar –y de hecho han contestado– a estas preguntas, pero no en virtud de su particular teoría positivista del Derecho, sino más bien en virtud de sus teorías de la legitimidad y de la autoridad justificada. Las objeciones de Finnis parecen reflejar, en el fondo, un malentendido acerca de lo que John Gardner ha llamado felizmente la “inercia normativa global” del positivismo jurídico: “Cuando un filósofo del Derecho afirma una proposición que no apoya ni critica lo que hacen los juristas, sino que se limita a identificar algunos rasgos necesarios de lo que hacen, los juristas y los docentes se sienten a menudo frustrados”. Sin embargo, como dice Gardner, el positivismo se limita a formular un rasgo que todo estándar jurídico necesariamente tiene, esto es, que si es jurídicamente válida lo es en virtud de sus fuentes no de sus méritos”³⁸.

Igualmente, Kaufmann se ocupa de la teoría jurídica funcionalista. Ya habíamos hecho algunos comentarios acerca de ella. El autor que comentamos señala que el funcionalismo se ocupa más de que el Derecho contribuya a reducir la complejidad de una sociedad de por sí compleja, que del Derecho justo. (Ya eso había sido señalado por Habermas). En Kaufmann hay un intento por resaltar la no necesidad de lo que él llama lo “*indisponible*” en el Derecho. Cuando se refiere a tal característica lo expresa así:

“...lo “indisponible” no puede residir en una petrificada naturaleza ontológico- substancial entendida como algo rígido, cosificado; no tiene que ser tampoco algo “preexistente” como el logos, el jus divinum o la naturaleza humana racionalista en el sentido del antiguo Derecho natural”³⁹.

Es interesante –a veces no del todo claro– como Kaufmann utiliza la lógica de Peirce para introducir dentro del Derecho lo que hoy en día se conoce como lógica difusa o borrosa. Él la llama *fuzzy logic*.

³⁸ Brian Leiter, ob. cit., p. 221.

³⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 82.

Ciertamente que las aplicaciones al Derecho ofrecen –como señala el autor que comentamos– enormes perspectivas de análisis en aquellas situaciones en las cuales ciertos modelos como los de Russell, Whitehead y Peano pueden tener –a pesar de su valor indiscutible– algunas limitaciones. Probablemente Kaufmann exageró la importancia del método lógico de Peirce, sabemos que para algunos filósofos Peirce “*no incorporó sus resultados dentro de un sistema riguroso*”. El método de Peirce parte esencialmente de muestreos. Cualquier consideración, sin embargo, de una inferencia no deductiva debe relacionarse en él con la teoría matemática de las probabilidades. Kenny explica la idea de Peirce de la siguiente forma:

*“Los científicos elaboran hipótesis, hacen predicciones sobre la base de esas hipótesis, y luego hacen observaciones con miras a confirmar o refutar sus hipótesis. Esos tres niveles de investigación son llamados por Peirce abducción, deducción e inducción. En la fase abductiva de la investigación el investigador selecciona una teoría a ser considerada. En la fase deductiva formula un método para probarla. En la fase inductiva él evalúa los resultados de la prueba”*⁴⁰.

En relación con la lógica difusa o lógica borrosa podemos señalar que la misma toma lo relativo de lo observado como posición diferencial. Su análisis parte de dos valores aleatorios, pero contextualizados y referidos entre sí. En líneas generales la lógica difusa es requerida cuando lo complejo del proceso en análisis es alto y no existen modelos matemáticos precisos para este tipo de proceso altamente no lineal y que envuelve definiciones y conocimiento no definido de forma precisa⁴¹. En el desarrollo de su análisis Kaufmann propone líneas de pensamiento que de alguna manera se relacionan con el futuro del Derecho y

⁴⁰ Anthony Kenny, *Western Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2012. p. 837.

⁴¹ La *Stanford Encyclopedia of Philosophy* señala: “Fuzzy logic is intended to model logical reasoning with vague or imprecise statements like ‘Peter is young (rich, tall, hungry, etc.)’. It refers to a family of many-valued logic ... and thus stipulates that the truth value (which, in this case amounts to a degree of truth) of a logically compound proposition, like ‘Charles is Tall and Chris is rich’ is determined by the truth value of its components. In other words, like in classical logic, one imposes truth-functionality”. Ver *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/entries/logic>.

la consideración que del mismo realiza la filosofía jurídica. No es sólo lo relativo a la lógica de Peirce o la *fuzzy logic* sino también la relación de esta última con la informática jurídica. Así señala Kaufmann:

*“En los últimos tiempos se desarrolla una lógica, sobre todo en el campo de la informática jurídica, que característicamente se denomina fuzzy logic, una lógica con perfiles difusos, no claramente determinados, mediante los cuales se requiere enseñorearse de los conceptos jurídicos indeterminados, quizás incluso de la analogía. En verdad esto tampoco es tan nuevo: ya Gustav Radbruch había trabajado para que en el Derecho, junto con las clases de conceptos de todo o nada admitidos, entraran numerosos conceptos que permiten un compromiso entre los más y los menos, de lo que sigue que muchas veces no solo hay una y única solución correcta, sino muchas “correctas”, esto es, soluciones “defendibles” plausibles susceptibles de consenso. Luego se tiene que estar ansioso de cómo una lógica semejante (que en el sentido tradicional no es ninguna lógica) quiere hacer justicia computarizada (y ciertamente no sólo en casos banales sino en hard cases). Empero, hemos ido demasiado lejos”*⁴².

Lo que sí reviste un alto grado de importancia es el desarrollo de la inteligencia artificial y su aplicación en el Derecho. Ya hace más de treinta años Anne Gardner señalaba:

“Todo trabajo en razonamiento legal es importante para el Derecho, así como para la inteligencia artificial. Tres niveles pueden ser señalados. El primero es el nivel de la filosofía legal. Una aproximación computacional aquí, al igual que en otros campos, debe llevar a la reformulación de las viejas cuestiones y a la apertura de nuevas. Dicho desarrollo puede ser útil porque la descripción corriente de algunos temas importantes –como los casos claros, el razonamiento con ejemplos y el razonamiento de acuerdo con el propósito de la norma– son demasiado imprecisos para ser considerados satisfactorios. El segundo nivel es el desarrollo y criticismo del Derecho sustantivo. Crear un conocimiento legal básico

⁴² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 82 y 83.

para un programa de inteligencia artificial requiere la sistematización de los materiales legales; igualmente la actividad tradicional de escribir tratados legales (restatements). Pero en el curso de tratar de escribir reglas y ejemplos que hagan sentido desde el punto de vista computacional, uno debe descubrir las dificultades que el tratamiento del lenguaje natural deja ocultas. Algunas reglas pueden ser formuladas de una manera diferente si un programa de inteligencia artificial las ha probado en un conjunto almacenado de problemas, lo cual no está limitado a los problemas que el redactor de las mismas tiene en mente. Finalmente, tenemos el problema de las aplicaciones prácticas para los sistemas de inteligencia artificial en el trabajo diario del Derecho. Se ha hecho amplias predicciones acerca de que los programas de razonamiento legal van a revolucionar la práctica del Derecho (Grossman and Salomon, 1983). Pero predicciones similares se hicieron veinte años atrás”⁴³.

Lo cierto es que independientemente del carrusel de dilemas que va a generar la aplicación de sistemas robóticos que ordenan cada vez más amplias áreas de nuestras organizaciones sociales pareciera que el Derecho no va a poder evadirse de lo que se ha dado por llamar la dictadura del algoritmo. No se trata —como es tradicional en el Derecho— de cómo regular un tema nuevo. Más bien el pensamiento debe ir encaminado a cómo lo vamos a usar. En pocas palabras debemos asimilar el hecho de que el conocimiento jurídico puede ser modelado con la idea de crear programas informáticos (la palabra puede ser limitada) que puedan simular procesos cognitivos.

Continuando con el desarrollo de las tendencias en la filosofía jurídica, el autor que comentamos se refiere a los impulsos esenciales para la renovación de la filosofía del Derecho que representa Edmund Husserl (menciona también a Edith Stein). No obstante, creo que no profundizó —al menos en la obra que comentamos— en el esfuerzo de Gerhart Husserl y especialmente Adolf Reinach. Este último ha despertado un importante interés en los últimos años muy especialmente con su teoría acerca de los fundamentos a priori del Derecho civil en la cual

⁴³ Anne Van der Lieth Gardner, *An Artificial Intelligence. Approach to Legal Reasoning*, The Mit Press, Cambridge, 1987. p. 191.

explica su concepto de los actos sociales que luego sería desarrollada con gran detalle por John R. Searle. El comentario de Kaufmann sobre los fenomenólogos recién mencionados es: *“Los esfuerzos de G. Husserl y Adolf Reinach por elaborar a priori elementos del Derecho que el legislador tiene que admitir si quiere lograr una regulación justa, no fueron coronados con el éxito (doctrina apriorística del Derecho)”*⁴⁴. Igualmente Kaufmann menciona a Scheler, pero no se refiere a su teoría de los valores. Según Hartmann (citado por Kunz):

*“Scheler adoptó una actitud contraria al relativismo axiológico de Nietzsche y al formalismo de Kant; pero tomó de Nietzsche la variedad y riqueza de contenidos del reino de los valores; así como tomó de Kant el apriorismo de la conciencia. Hartmann sostiene que Scheler abrió nuevos horizontes para toda la filosofía con sus descubrimientos de la “emoción valorativa” y de la intuición de los valores, así como del a priori material de los valores”*⁴⁵.

Luego de mencionar distintas tendencias que van desde Julius Binder pasando por Hart, Ross y Kelsen, entre otros, hasta George H. Von Wright pareciera que el autor *in comento* se detiene en la teoría de la argumentación como una manera de manejar al Derecho en una sociedad abierta. Así nos señala que: *“El lema es argumentar en un sistema abierto. Ese tema lo han inscrito en su bandera tanto la teoría de la argumentación como la hermenéutica. Mediante la apertura del sistema ellos han dejado atrás, esencialmente, tanto el Derecho natural como el positivismo jurídico”*⁴⁶.

Es de señalar que al final de sus comentarios de tendencias contemporáneas de la filosofía del Derecho Kaufmann hace referencia a la reverencia que Ronald Dworkin manifiesta por Gadamer en su conocida obra *Law's Empire*. Si bien es cierto que no nos cuesta admitir la simpatía por la hermenéutica de Dworkin su concepto del *“Derecho*

⁴⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 83 y 84. En realidad Kaufmann no señala claramente que para Reinach el Derecho positivo no tiene por qué seguir al natural. Estamos hablando de formas distintas de ser el Derecho.

⁴⁵ Ver Josef L. Kunz, *La filosofía del Derecho, Latinoamericana en el Siglo XX*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1951. p. 118.

⁴⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 85 y 87.

como integridad” no parece excluir totalmente a la moral del Derecho como ha mantenido Brian Leiter. Puede ser útil el resumen propuesto por Carla Farrali para sintetizar la tesis dworkiniana:

“Persuadido, tal y como él mismo reconoce, de que toda teoría del Derecho competente debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa”, este punto de vista le orienta “a asumir la idea de que la interpretación posee mayor relevancia para la teoría jurídica de la que se había atribuido hasta entonces.

En efecto con el tiempo, el momento interpretativo terminaría por convertirse en el motivo dominante de la construcción de Dworkin quien en Law’s Empire construye una teoría del Derecho como interpretación y como integridad, en el sentido de que el Derecho se concibe a la manera de una actividad compleja de interpretación, que no por ello se abandona en manos del arbitrio o de la discrecionalidad del más fuerte”⁴⁷.

⁴⁷ Carla Farrali, *La filosofía del Derecho contemporánea. Temas y desafíos*, Madrid, 2007. pp. 30 y 31. El tema de si debemos ir más allá o no en la interpretación de Dworkin y Gadamer ha sido ampliamente estudiado. Dworkin señala que el primer punto crucial de Gadamer es que la interpretación debe aplicar una intención. De tal manera que interpretar un trabajo literario significa recapitular las intenciones del autor (recordemos, como señalan los comentaristas de la relación Dworkin-Gadamer, que muchos de los análisis de interpretación se producen en los campos de la literatura y del arte). La utilización de la obra de Gadamer *Truth and Method* da pie a pensar que Dworkin asume en gran medida la teoría de la interpretación de Gadamer y que la misma es aplicada al Derecho sin mencionarlo expresamente. De alguna manera en su análisis se hace evidente (aunque lo haga en notas a su capítulo dos del *Imperio de la justicia* que lleva por título “Conceptos interpretativos) su intención de comparar la posición interpretativa de Gadamer con Dilthey y Habermas. Hubiera sido de gran valor hacerlo con algunos filósofos norteamericanos como Donald Davidson el cual declaró estar en el “vecindario intelectual de Gadamer”. En todo caso, Dworkin en la obra ya señalada, reconoce expresamente que “no niego aquello que es obvio que los intérpretes piensan dentro de una tradición interpretativa de la que no pueden escapar por completo. La titulación interpretativa no es un principio de Arquímedes, tampoco es lo sugerido en la idea de que el objeto de la interpretación es hacer parecer de la mejor manera posible aquello que se interpreta. Una vez más apelo a Gadamer cuya descripción de la interpretación que reconoce a pesar de luchar contra las restricciones de la historia, da en la nota exacta”. No cabe la menor duda que la relación Dworkin-Gadamer ha generado en los comentaristas de la misma (especialmente en los filósofos jurídicos) la pregunta acerca de cuál es el alcance de su concepto de interpretación. Es decir, de la intención del autor (el legislador, por ejemplo). Si fuéramos más allá como evitar caer en un relativismo. En otras palabras, diríamos lo que pensamos que dijo, por ejemplo, el legislador. Siempre podríamos recurrir a lo señalado por Habermas citado por Dworkin: “la interpretación supone que el autor podría aprender del intérprete”. Ver Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2005,

2.2. Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico (La “Tercera vía”)

Es incuestionable el esfuerzo de Kaufmann por relacionar lo que él llama la tercera vía con Radbruch. Es más, pretende mostrar cómo su profesor no renunció totalmente al positivismo en pos de un jusnaturalismo que protegiera al Derecho de los excesos de injusticia del régimen legal nacionalsocialista. En esa línea toca un punto central – incluso remontándose a la época posterior a Hegel– que es el relativo a una filosofía material del Derecho. Como veremos más adelante la evolución argumentativa de Radbruch pareciera mostrar que su preocupación fundamental para considerar –al menos parte del positivismo– se refiere al tema de la “*seguridad jurídica*”. En función de lo señalado reproduzcamos el siguiente texto de Kaufmann:

“Con su filosofía del Derecho Radbruch ha realizado un “cambio de paradigma”, para decirlo en la jerga que predomina hoy. O sea, alejamiento de la filosofía del Derecho formal, seguida casi sin excepción después de Hegel, denominada la mayor parte de las veces “teoría general del Derecho”, que trata de contenidos y no sólo de formas y estructuras. Por supuesto, fue Radbruch también kantiano como Kelsen, al considerar que los enunciados a priori, unívocos, obligatorios sólo son posibles de las formas y no de los contenidos. Pero mientras Kelsen se limita por este motivo a lo formal, Radbruch filosofa, sin embargo, sobre contenidos, especialmente sobre valores. Para esto tuvo que pagar un precio por su posición kantiana, un elevado precio: el relativismo teórico valorativo (ius-filosófico)”⁴⁸.

pp. 51, 55 y 292 (nota 2). Ver Robert Dortal, “In Gadamer’s Neighborhood” en *Dialogues with Davidson. Acting, Interpreting, Understanding*, Edited by Jeff Malpas, The Mit Press, Cambridge, 2011. pp. 167 y ss.

⁴⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 94. El tema de que los enunciados a priori solo son posibles de la forma y no de los contenidos está presente en Kant. Por su parte Lask (que tuvo influencia sobre Radbruch) elaboró toda una muy bien fundamentada explicación acerca del Derecho natural formal y del material. La siguiente explicación ilustra su posición acerca del Derecho natural y su contenido: “Existe, pues, plena claridad sobre el hecho de que solo se trata de un proyecto de legislación ideal, de un conjunto de simples postulados, preceptos de la razón dignos de codificación; pero los cuales, por sí mismos, no son, aun Derecho válido, sino más bien que recién pueden adquirir la calidad jurídico formal, mediante su expresa introducción

No podemos dejar de señalar que a pesar de las críticas que Radbruch pudiera hacer al positivismo siempre está presente en él la preocupación por la seguridad jurídica. No es de paso que cuando habla de las antinomias del Derecho en su filosofía se refiera al fino equilibrio que debe existir entre la justicia, la adecuación del Derecho a un fin y la seguridad jurídica. Radbruch no puede negar las agudas contradicciones existentes entre esos tres elementos de la idea del Derecho. Lo racional emerge en Radbruch para tratar de entender que la razón y las contradicciones pueden vivir juntas. Para Radbruch “Un sistema filosófico debe semejarse a una catedral gótica, en donde las masas se sostienen al pugnar unas con otras”⁴⁹.

Kaufmann está claro en las oscilaciones del maestro entre el Derecho positivo y la idea de la justicia. Kaufmann captura esa posición de su maestro en los siguientes términos:

por medio de la legislación positiva. Por tanto, aquí existirá un Derecho natural exclusivamente material, mientras que, a la inversa, el Derecho natural en el sentido formal debería, como yo creo, incluir siempre el momento material”. Ver Emil Lask, ob. cit., p. 28. Mariano Crespo en su introducción a la obra de Reinach acerca de *Los fundamentos a priori del Derecho civil* cita un comentario de Hurserl, escrito con motivo del fallecimiento de su alumno, en el que parece adelantar la tesis de que la única forma de preservar la universalidad de las leyes del Derecho a priori sería sostener que estas tienen un carácter meramente formal, no material. Ver Mariano Crespo, “Estudio preliminar” en Adolf Reinach, *Los fundamentos a priori del Derecho civil*, ob. cit., p. 4. Joaquín Almoguera en su introducción a la *Filosofía del Derecho* de Radbruch señala: “...a pesar de las reiteradas manifestaciones acerca de una superación del positivismo, Radbruch termina recurriendo a elementos jurídico-formales, propios de ciertas versiones del positivismo jurídico, con el objeto de evitar la tentación de sustituir, por ejemplo, la independencia judicial (cuyo fundamento es la sumisión a la ley y al Derecho), por la defensa de los intereses ideológicos”. Ver Joaquín Almoguera Carreres, “Introducción” en Gustav Radbruch, ob. cit., p. 24. En realidad, de acuerdo con la cita anterior, pudiéramos, siguiendo a Lask, pensar que en Radbruch hay una materialización del Derecho lo cual es la única vía para darle entrada a los valores a pesar del elevado precio, como señala Kaufmann, que hay que pagar por el relativismo teórico valorativo cuya aceptación para Radbruch constituye casi un acto de fe. Tal como señala Joaquín Almoguera: “... dado que no es posible el conocimiento de los valores ni, en el mismo sentido, de las tomas de posición, tampoco es posible establecer la corrección o no de las diversas concepciones, al menos desde el punto de vista de su verdad, con lo que, por principio, todas ellas son válidas”. Ver Joaquín Almoguera Carreres, ob. cit., p. 14. El riesgo del relativismo a favor de todo puede convertirse en posiciones naturalistas como las de Brian Leiter frente a Dworkin en negar la moral ya que no está sujeta a lo único cierto que es la comprobación con un método científico (la combinación de naturalismo y pragmatismo).

⁴⁹ Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 49 a 45.

“Ya en 1919 Radbruch había apostrofado el positivismo como “fetiches al servicio del poder” y aun antes en los Grundzüge (Rasgos fundamentales) de 1914 se encuentra la frase: “No es posible concebir ninguna justificación para la validez del Derecho notoriamente injusto”.

De otra parte, Radbruch tampoco se desligó por completo, aun bajo la impresión del Estado injusto del positivismo jurídico. El nunca sacrificó la seguridad jurídica, como una parte esencial de la idea de Derecho, a un vago pensamiento iusnaturalista”⁵⁰.

Kaufmann expone, tomadas en su conjunto, las ideas de Radbruch para mostrar su obra como “una tercera vía” diferenciada del positivismo y del iusnaturalismo. En realidad, en mi opinión, no se trata de no ser ninguna de las dos cosas sino más bien tomar elementos necesarios de las dos posturas filosófico-jurídicas para entender al Derecho como una totalidad. En el fondo no vamos de las posiciones al Derecho sino de este último a las posiciones. De alguna manera un cierto holismo filosófico está presente en esta posición. A fin de ilustrar su explicación acerca de Radbruch, Kaufmann nos acerca a la fructífera relación intelectual existente entre este y Lask la misma sirve de punto de partida para cualquier análisis del pensamiento comentado:

“Para comprender el concepto de Derecho de Radbruch se precisa decir algo sobre la génesis de su filosofía... Su punto de partida filosófico fue el neokantismo de la escuela suroccidental alemana, sobre todo bajo la influencia del principio teórico valorativo de Emil Lask y, de otra parte, el dualismo metodológico de ser y deber ser. Desde aquí diferencia el comportamiento no valorativo de las ciencias naturales, el comportamiento valorativo de la ética, en medio de ellos la posición referencialmente valorativa de las ciencias de la cultura y sobre ellas la actitud valorativamente superadora de la religión. El Derecho, que pertenece a la cultura, está valorativamente referido: es la realidad que tiene el sentido de servir a la justicia. Este concepto de Derecho es notable en dos

⁵⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 94 y 95. El propio Radbruch señala que “la relación entre moral y Derecho se nos muestra así, como una fecunda relación de tensión”. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., p. 105.

sentidos. En primer lugar, no es positivista. El concepto positivista de Derecho solo indica que el Derecho es un conjunto de normas de cualquier contenido, promulgadas de manera formalmente correcta... Radbruch, por el contrario, subraya que únicamente tienen calidad de Derecho las normas que se remiten a la justicia, que son orientadas por ella. En segundo lugar, el concepto de Derecho de Radbruch no es iusnaturalista, pues el “Derecho correcto” no es equiparable con el valor absoluto del Derecho, de la justicia (los valores en sí no pertenecen, según la concepción teórico-valorativa de Radbruch, al mundo real sino al ideal)”⁵¹.

Adicionalmente, Kaufmann señala algunos de los aspectos fundamentales del pensamiento de Radbruch que lo relacionan con planteamientos centrales como el de “*ley injusta*”; teoría de los contenidos de la justicia y su “*simpatía*” con la teoría objetiva de la justicia. Comentemos los comentarios de Kaufmann sobre estos aspectos del pensamiento de Radbruch:

“En Radbruch solo hay “Derecho correcto” aproximadamente, pero él no aceptó jamás “Derecho reprochable”, ni aun en su período temprano. La doctrina de Radbruch sobre la invalidez de la ley “injusta”, doctrina que causó gran sensación en 1946, es en el fondo solo una consecuencia de su concepto de Derecho concebido mucho antes... únicamente cambia el énfasis: en la primera época radica en la seguridad jurídica, en el período tardío, en la justicia material”⁵².

El cambio señalado por Kaufmann en el pensamiento de Radbruch lo llevó necesariamente a plantearse el tema de los contenidos de la justicia, punto central para darle sentido a la misma y desligada de una concepción meramente ideal. La justicia en la ética aristotélica, por ejemplo, se nos plantea como una virtud. Para Aristóteles la justicia o la injusticia es una disposición del carácter para hacer acciones justas

⁵¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 95 y 96. Sobre la relación hecho-valores ver: Julio Rodríguez Berrizbeitia, *Integración y orientación en la obra filosófica de Dworkin, Putnam y Hart*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 110, Caracas, 2015, pp. 86 y ss.

⁵² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 96 y 97.

(justicia) o injustas (la injusticia)⁵³. Para Santo Tomás la justicia es una disposición permanente de la voluntad a restituir a cada uno su derecho. Luego siempre se es justo, o injusto, respecto de otro, pero como esta disposición tiene por efecto asegurar que se obra respecto de él con rectitud, tal como lo quiere la razón, esa disposición hace mejor al que la posee, en una palabra, es una virtud⁵⁴. Según Hart hay muy buenas razones para que la justicia ocupe un lugar importante en la crítica que podamos hacer de las estructuras políticas. Del Derecho podemos decir que es justo o injusto. ¿Pero qué quiere decir eso? ¿Cómo medimos el contenido de tal señalamiento? De alguna manera debemos ser capaces de valorar el contenido del Derecho de acuerdo a su conformidad o no con la idea de la justicia. Para Hart si bien la justicia ocupa el lugar de preeminencia ya señalado no obstante “*es importante advertir que solo se trata de un segmento de la moral y que las normas jurídicas y su administración pueden tener o no tener excelencias de tipo diferentes*”⁵⁵. Finnis asume el tema de la justicia señalando que la misma tiene tres elementos. El primero es la “orientación-hacia-otro”: la justicia tiene que ver con las relaciones y tratos de cada uno con otras personas; es intersubjetiva o interpersonal. El segundo elemento es el de deber, lo que es adecuado o debido (*debitum*) a otro; y, como consecuencia, el de aquello a lo que esa otra persona tiene derecho. El tercer elemento en el concepto relevante de justicia puede llamarse igualdad. Pero aun más que en el caso de los otros dos elementos, este debe entenderse en un sentido analógico: es decir, puede estar presente de maneras bastante variadas. Adicionalmente Finnis señala que su teoría “incluye principios para valorar como debe tratar una persona a otra (o qué derecho tiene una persona a ser tratada de una manera determinada), prescindiendo de si otros están o no siendo tratados así; según su concepción, un principio que prohíbe la tortura en todos los casos es un principio de justicia”⁵⁶. Tal como nos indica Kaufmann:

⁵³ Ronald Polansky, *Giving Justice Its Due in The Cambridge Companion to Aristotle's Nicomachean Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 152.

⁵⁴ Etienne Gilson, *El Tomismo. Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*, Eunsa, cuarta edición corregida, Navarra, 2002, p. 391.

⁵⁵ H.L.A. Hart, ob. cit., p. 196.

⁵⁶ John Finnis, *Ley natural y Derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 191 a 194.

“La teoría de la justicia de Radbruch parte de que el principio de igualdad (tratar a lo igual de manera igual y a lo desigual desigualmente) rige sin duda absolutamente, pero solo tiene un carácter formal. Se tiene entonces que llegar a un principio de contenido, la idea de fin”⁵⁷.

El punto anterior es importante. Si no llegamos a qué fin persigue la justicia y cuáles son los medios, no saldremos de ese mundo ideal que el positivismo pretende atribuirle al jusnaturalismo. Creo que Radbruch lo tenía presente cuando señaló en su *Filosofía del Derecho*:

“La justicia en su adecuación al Derecho significa lo reglado, lo recto, y merced a esta determinación en la idea por la materia estamos en situación de deducir de la idea consecuencias con respecto a la materia para que vale”⁵⁸.

Kaufmann pretende aportarnos una explicación interesante con miras a entender su distanciamiento del positivismo jurídico ortodoxo. Lo cierto es que su explicación lo acerca, de algún grado, a la hermenéutica jurídica presente en autores como Ronald Dworkin. La explicación de Kaufmann es la siguiente:

“Radbruch superó, y en verdad desde el puro comienzo el positivismo jurídico ortodoxo en la medida en que se declaró partidario de la teoría objetiva de interpretación. El positivismo jurídico consecuentemente tiene que favorecer “la teoría subjetiva de interpretación”, conforme a la cual el juez (y cualquier otro aplicador del Derecho) tiene que atenerse solo a la voluntad del legislador real, encarnada en la ley (lo que tomado con rigor presupone la ausencia de lagunas de orden jurídico). Por el contrario, para la teoría objetiva no interesa, por lo menos exclusivamente, lo que el legislador histórico haya querido en efecto, sino más bien lo que la ley, o mejor, un legislador pensado hoy tiene que perseguir razonablemente en esa situación concreta hic et nunc”⁵⁹.

⁵⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 97.

⁵⁸ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 86.

⁵⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 98.

Aplicando la frase de Habermas mencionada por Dworkin podríamos decir que el intérprete del Derecho de hoy enseña al del pasado. Los anteriores comentarios dan pie a la consideración de la hermenéutica –al menos en Radbruch y Kaufmann– no como un mero método sino más bien como una filosofía trascendental. Esa fue la idea central del pensamiento de Schleiermacher, Dilthey, Gadamer y Ricoeur entre otros. Para el primero de los mencionados la hermenéutica es “*la doctrina del arte de comprender*”⁶⁰. De cualquier manera, para Kaufmann, la hermenéutica tiene sus límites:

*“Pero no se debe malinterpretar en ningún caso la universalidad de la hermenéutica como algo absoluto. La hermenéutica es una de muchas posibilidades de relacionarse con el mundo y con el Derecho, y por eso ella no se puede cerrar frente a otras teorías, por ejemplo, la teoría analítica o la teoría de la argumentación. Ella remite sin rodeos a la necesidad de tales teorías”*⁶¹.

El texto anterior parece establecer una particular relación entre hermenéutica jurídica, argumentación y teoría analítica a la cual nos referiremos más adelante. Pero, de cualquier manera, con la hermenéutica nos encontramos frente a un tema de comprensión de significado que estaba presente en el concepto del Derecho de Dworkin cuando trataba de usar la literatura y el arte para explicar la interpretación que también se produce en el Derecho. En tal sentido señala Kaufmann:

“La comprensión del significado no es un proceso meramente receptivo puesto que es siempre también y ante todo una autocomprensión del sujeto cognoscente (el juez que opina que él infiere la decisión “solo de la ley” y no también de su persona, en determinada forma caracterizada, sufre un extravío y en verdad funesto, pues permanece, inconscientemente, dependiendo de sí mismo). Solo cuando el comprendedor se aproxima al texto con una “pre-comprensión” (Josef Esser) o “pre-juicio” (Hans George Gadamer) (“este podría ser un caso de culpa in contrahendo”) estará en condiciones de abordarlo; solo cuando el –con toda la tradición que

⁶⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 98 y 99.

⁶¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 99.

porta— entra en el horizonte de la comprensión puede fundamentar argumentativamente lo que ya había anticipado como resultado “provisional” (círculo hermenéutico” o “espiritual”). La hermenéutica no es teoría de la argumentación, pero ella exige esta”⁶².

Ya las líneas anteriores de Kaufmann nos introducen en la relación existente entre la teoría hermenéutica y la de la argumentación jurídica. En tal sentido señala:

“...debería pensarse que la hermenéutica y la teoría de la argumentación están estrechamente hermanadas. Sin embargo, este no es el caso. La teoría de la argumentación proviene especialmente de la analítica, principal enemiga (hasta ahora) de la hermenéutica, y ese origen es también hoy todavía comprobable en casi todos los teóricos de la argumentación”⁶³.

Para Kaufmann, citando a varios autores, la existencia misma de la teoría de la argumentación jurídica es cuestionable. Señala que es dudoso que la tópica y la retórica puedan considerarse como variedades de la teoría de la argumentación. Considera que la teoría de Savigny según la cual hay solo un número cerrado de cuatro elementos (gramatical,

⁶² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 101.

⁶³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 101. Lo señalado por Kaufmann acerca de la relación argumentación y la filosofía analítica es confirmado por los comentaristas de la filosofía jurídica. Por ejemplo, Rodolfo Luis Vigo señala: “El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la fundamentación jurídica de lo que se trata siempre es de cuestiones prácticas, es decir, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. Tal teoría “alexiana” de la argumentación jurídica resulta ser “analítica”, dado que se ocupa de “la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles”, y “normativa” en función de procurar “criterios para la racionalidad del discurso jurídico”. En el texto anterior el profesor Vigo se refiere a la “Teoría de la argumentación jurídica” de Robert Alexy. Ver Rodolfo Luis Vigo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 313. Ver Julio Rodríguez Berrizbeitia, *Caminos de la filosofía jurídica actual*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 97, Caracas, 2011, pp. 153 y ss. Por ejemplo, la interesante teoría de Stephen Toulmin, citado por Alexy, señala que, así como la jurisprudencia describe las reglas según las cuales se puede, por ejemplo, hacer valer judicialmente pretensiones, la lógica determina las reglas según las cuales se fundamentan y rebatan aserciones. Según Toulman, la lógica y la jurisprudencia se parecen tanto que el enuncia la tesis de que la lógica es jurisprudencia generalizada: “Logic (we may say) is generalized jurisprudence”. Ver Robert Alexy, *Teoría de la argumentación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 95.

lógico, histórico y sistemático) o modos de interpretación es errado. Para él, el número de posibles argumentos es ilimitado. En opinión de Kaufmann la hermenéutica comparte con la argumentación jurídica que ambas son un sistema abierto o ningún sistema y en su lugar un “*pensamiento problemático*”. Adicionalmente no tienen ningún catálogo cerrado de cánones de interpretación.

Desde otro punto de vista, la hermenéutica y la teoría de la argumentación se diferencian para Kaufmann, en que la segunda considera a la primera irracional, ya que pretende tratar lo irracional de la forma más racional posible. Ello no es posible dentro de un pensamiento que puede regirse por la lógica más estricta. Adicionalmente, la hermenéutica es antiontológica, es decir, se reduce irreflexivamente a lo “*ontológico substancial*”. No comparte la teoría de la argumentación la supresión hermenéutica del esquema sujeto-objeto, sino que insiste en la objetividad. En la argumentación el relativismo no puede ser un problema a considerar. Kaufmann toma lo dicho por Ulfrid Neumann para ilustrar lo anteriormente señalado:

*“Ciertamente consenso e intersubjetividad, argumentación y reflexión no son un dominio del pensamiento hermenéutico. Pero la hermenéutica jurídica posibilita ese momento de intermediación con el texto, a diferencia de la teoría analítica del Derecho. Mientras la teoría analítica tiene que separar radicalmente el significado del texto y la comprensión intersubjetiva, porque el significado del texto solo puede determinarse conforme a reglas semánticas generales, el pensamiento hermenéutico posibilita una inclusión del texto en el proceso de constitución intersubjetiva de una “decisión” correcta”*⁶⁴.

⁶⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 101 a 105. Kaufmann utiliza las diferencias ya clásicas, en la filosofía angloamericana, entre Dworkin y Hart para señalar: “Cuando un caso difícil (*hard case*) no es inequívocamente cubierto por una regla jurídica, decide el juez según su apreciación. En el campo de libre apreciación su decisión es siempre correcta. En este punto, en el que termina Hart, comienza Dworkin, para quien la pura analítica no basta. Él pregunta cómo un juez llega en casos difíciles en los que existen diferentes concepciones jurídicas, a pesar de todo, a una determinada sentencia. En su opinión, esto es un problema de interpretación. Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 107.

SEGUNDA PARTE

ALGUNAS REFLEXIONES DE KAUFMANN SOBRE LA PRÁCTICA DE LA TEORÍA CIENTÍFICA DEL DERECHO Y SOBRE EL ANÁLISIS RACIONAL DEL PROCESO DE CREACIÓN DEL DERECHO

2.1. Reflexiones sobre la práctica de la teoría científica del Derecho

Kaufmann se pregunta acerca de si la sentencia judicial es una copia exacta de la ley. La cuestión le da pie para criticar —como lo hacen algunos seguidores de la teoría de la argumentación— la idea de la subsunción (la aplicación del Derecho es una conclusión puramente deductiva de la ley). Sus señalamientos se refieren al tema en los siguientes términos:

“Saber si la ciencia del Derecho es realmente una ciencia no solo depende, pero desde luego muy esencialmente, de que el método jurídico llene los requerimientos científicos. Bajo el dominio de la teoría de la ciencia y del Derecho positivista en el siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX, incluso hasta hoy, esa pregunta se ha contestado predominantemente por la afirmativa. Aplicación del Derecho sería la subsunción del caso bajo la ley, y esta subsunción no sería nada distinto a la más sencilla y más segura inferencia, es decir, un silogismo según el modus barbara... Pero las realidades no pueden desaparecer con teorías. La aplicación del Derecho no es solo, ni lo es en primera línea, una conclusión silogística, lo cual ya no es ningún secreto.

Aquellos que todavía hoy sostienen el dogma de la subsunción se asemejan a los fundadores en nuestros días: ellos lo hacen en verdad, pero no encuentran en esto el mismo placer de antes”⁶⁵.

⁶⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 113. Pierce señalaba que “In deduction the mind is under the dominion of a habit or association by virtue of which a general idea suggests in each case a corresponding reaction”. Ver Anthony Kenny, ob. cit., p. 873. Para Pierce “el objeto del raciocinio es averiguar algo que desconocemos, partiendo de la consideración de lo que ya sabemos. En consecuencia, el raciocinio será válido si es de tal condición que proporcione una conclusión verdadera de premisas verdaderas; de lo contrario no. Así pues, la cuestión de la validez es exclusivamente de hecho, no de pensamiento. Si “A” son las premisas y “B” la conclusión, toda la cuestión depende de que estos hechos estén relacionados de tal

Kaufmann utiliza el ejemplo de la Sentencia del Tribunal Federal de Justicia alemán en el caso de la huelga (bloqueo), pasiva para referirse al dogma de la subsunción. No deja de advertirnos que en su análisis no interesa el problema acerca de la corrección o falsedad de esa sentencia en el aspecto jurídico-material. Todo lo que se pretende dilucidar es la utilización o no de un método científico por parte del Tribunal Federal. Sin pretender caer en detalles –muchos de ellos relacionados con situaciones históricas de la postguerra– vamos a referirnos a lo esencial de su preocupación la cual no deja de tener validez en todo momento. A fin de cuentas, la clave para entender todo se refiere a la posibilidad de los jueces de prescindir de todo tipo de valoración para actuar con puros criterios objetivos lo cual es casi imposible para lograr que el caso sea subsumido “por entero *lege artis*” bajo la ley. Es como si empezáramos a pensar que es la ley la que condena y no los jueces. Probablemente el tema pueda resolverse cuando contemos con modelos de inteligencia artificial que permitan tomar los prejuicios o la pre-comprensión de los jueces y limitarlos a la hora de aplicación de la ley. Como lo anterior no resulta tan claro hoy limitémonos a lo señalado por Kaufmann lo cual insisto, tiene total vigencia en un mundo como el actual, particularmente en nuestro país. Así señala:

manera que si “A” es, “B” sea también. De ser así, la deducción es válida; de lo contrario no”. Ver Charles S. Peirce en *Filosofía norteamericana en el siglo veinte*, Paul Kurtz, *Textos escogidos desde el pragmatismo hasta el análisis filosófico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1972, p. 57. Manuel Atienza ha señalado con respecto a la “inferencia deductiva”: “La circunstancia de que a el razonamiento jurídico –y el razonamiento que se efectúa en la vida ordinaria– no obedezca del todo a la noción de inferencia lógica –de inferencia deductiva– ha llevado a crear lógicas en que la relación de inferencia resulta debilitada. A estos sistemas de lógica se les denomina lógicas no monotónicas, pues la monotonicidad es una propiedad de la inferencia deductiva que no parece darse en las inferencias que se efectúan en el razonamiento ordinario. Con ello quiere decirse lo siguiente: la lógica deductiva es monotónica, porque si de las premisas $p - q$ y p se infiere q , entonces esta misma conclusión se sigue infiriendo por mucho que añadamos nuevas premisas (por ejemplo, aunque tuviéramos también r , $-p$, etc.). Sin embargo, en el razonamiento ordinario (que, como se ha dicho es normalmente entimemático, es decir, en él no aparecen explicitadas todas las premisas utilizadas), la conclusión puede cambiar cuando se añaden informaciones adicionales; no se da, por lo tanto, la propiedad de monotonicidad”. Ver Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 22, cita 11 a pie de página.

“Quien conoce el trasfondo de esa jurisprudencia no puede dudar que para los jueces fue muy desagradable tener que condenar por extorsión (coacción o violencia) a dos mujeres, ambas notables personalidades de la vida pública, esto es, sindicadas de una conducta “reprochable”. Por eso escriben en la sentencia, apenas veladamente, que ellos no se habían propuesto formular valoraciones, que más que nada a las dos encausadas las había condenado la letra de la ley. ¿Qué dijo Montesquieu sobre los jueces? Un “instrumento carente de voluntad” los llamó, cuya sentencia no es nada distinto a “una copia exacta de la ley”. Yo no planteo en absoluto la cuestión de si los jueces estaban convencidos de fallar correctamente, ni en manera alguna afirmo que en el resultado hubieran sentenciado falsamente. Critico solo el método con el que han fundamentado la sentencia.

El análisis de la sentencia da por resultado: al contrario de lo que se dice en el texto de la decisión, que los jueces tuvieron en el asunto un prejuicio o una pre-comprensión. Que lo hubieran tenido no es un motivo para reprocharlos, pues toda comprensión comienza con una pre-comprensión; solo que eso tiene que evidenciarse, reflejarse, introducirse en la argumentación y, en caso dado, estar dispuestos a corregirlo. Fue lo que no hicieron los jueces”⁶⁶.

Los comentarios anteriores de Kaufmann nos llaman a reflexión acerca de cómo se ha juzgado en los últimos tiempos en nuestro país la obstrucción de vías por marchas legítimas en contra del gobierno. Lo anterior se agrava por la decisión de jueces con miras cortas con respecto a lo que van a ser sus carreras judiciales y con temores producto de poder tomar decisiones contrarias a lo establecido por quienes detentan el poder y fijan las pautas a seguir, independientemente de la separación de poderes indispensable en un estado de Derecho. Refiriéndose al caso que analiza —en una situación judicial muy distinta a la que vivimos en Venezuela y en un caso penal— señala Kaufmann:

“...el Tribunal no escribe la mayor parte de sus verdaderos motivos en la sentencia. Esto es, en cierta medida, también inevitable. El juez no puede reflejar cada posición y dar razón para ella. Pero

⁶⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 115 a 119.

*en una causa penal que excita los ánimos de muchísimas personas honestas, como es el caso de los bloqueos pasivos, debería ya el Tribunal haber ofrecido algo más que una sentencia. Por lo demás, hay que pensar también que para la ciencia y la investigación los motivos ocultos de la sentencia son un fastidio. Es difícil analizar tales sentencias”*⁶⁷.

De cualquier manera, Kaufmann no renuncia totalmente al método deductivo como hicieron autores como Ernst Fuchs. Para Kaufmann:

*“El pensamiento puramente deductivo (se indicará igualmente que tampoco se avanza con pura inducción) rige todavía hoy (es tenido también como científico; incluso, según Popper la única fórmula final admitida en la ciencia). Por cierto, se ajusta exactamente a eso una aceptada frase de Fritz Brecher: “Justamente en argumentaciones pedantemente minuciosas, pensadas con una medida extrema de agudeza y precisión, tenemos frecuentemente la impresión de que algo no está bien”. Y aun cuando una sentencia judicial, en general un conocimiento jurídico, no tiene que ser “verdadero” como un juicio sobre hechos (“a” es rojo), sí tiene que concordar”*⁶⁸.

Por las líneas anteriores podemos pensar que Kaufmann no está dispuesto a renunciar al pensamiento deductivo. Puede que una de las razones por la cita que nos aporta es que la argumentación no puede prescindir, del todo, de la lógica. Para Manuel Atienza *“la argumentación jurídica va más allá de la lógica jurídica..., los argumentos jurídicos se pueden estudiar también desde una perspectiva no formal, que a veces se denomina lógica material o lógica informal, y otras veces tópica, retórica, dialéctica, etc”*⁶⁹. La preocupación de Kaufmann con respecto a la analogía y a los distintos tipos de interpretación (extensiva, objetiva, teleológica y sobre el sentido literal) va dirigida a responder

⁶⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 119.

⁶⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 120.

⁶⁹ Manuel Atienza, ob. cit., p. 26. Para el mismo Atienza un motivo obvio de insatisfacción con el argumento deductivo deriva de que la lógica deductiva solo nos suministra criterios de corrección formales, pero se desentiende respecto de las cuestiones materiales o de contenido que son relevantes cuando se argumenta en ambientes no formales. Ver Manuel Atienza, ob. cit., p. 13.

a la pregunta de si existe un método jurídico racional. El tema de si el Derecho es o no una ciencia parece estar hoy –en nuestra opinión– profundamente relativizado por la concepción de Quine acerca de una ciencia común y el desarrollo que Leiter ha planteado con respecto al naturalismo jurídico. No sé si las dudas anteriores han llevado a Kaufmann a hablar de las “*aporías en la práctica jurídica metodológica*”. Es como si faltara a plenitud lo que Peirce llamaba el segundo estudio de la investigación: el deductivo.

En dicha fase el investigador formula el método para probar la teoría en consideración (en el Derecho sería el caso en consideración al menos en la actividad judicial). Para Peirce la lógica deductiva nos ayuda a organizar nuestro conocimiento, pero el tipo de razonamiento que permite ampliar nuestro conocimiento (*implicative inference*) es de tres clases: inducción, hipótesis y analogía⁷⁰. Volviendo a Kaufmann, el mismo se refiere a las dudas generadas por los elementos de interpretación de Savigny a saber: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Con ello pretendía el gran maestro reconstruir el pensamiento inmanente a la ley. Sin estar en el análisis de dichos elementos podemos señalar lo indicado por Kaufmann:

“Lo molesto en eso es que no hay un orden jerárquico racional relativo a estos argumentos de interpretación y la cuestión es más incierta a causa de que en realidad existen muchos más argumentos que los cuatro clásicos; por ejemplo, la justicia, la equidad, las finalidades, el lenguaje corriente, el idioma especializado, la génesis de la norma, los precedentes entre otros muchos. ¿Pueden decidir los jueces en la elección de método enteramente según su voluntad? Se tiene que afirmar de esta manera cuando se analizan sentencias judiciales con referencia a ese problema. Los tribunales argumentan en cada caso, según la causa, de manera muy diferente”⁷¹.

Kaufmann menciona en su obra el trabajo realizado en el Instituto de Filosofía del Derecho e Informática Jurídica de Munich que, tenía

⁷⁰ Ver Anthony Kenny, ob. cit., p. 837.

⁷¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 124.

por objeto averiguar cómo era la forma de argumentación de las altas cortes federales cuando abandonaban sus propias jurisprudencias anteriores. La conclusión es la siguiente:

“Los resultados corresponden al supuesto de que en tales casos los tribunales argumentan más minuciosamente y que determinados argumentos son a menudo especialmente utilizados (orientación de resultados, justicia; la última es siempre un “argumento de vencedores”). Sin duda este resultado tiene solo una débil fuerza de enunciado relativo, pues en la motivación de las decisiones con frecuencia no está, o no solo está, lo que ha conducido a la decisión. En tal clase de argumentos no se puede desatender el papel de argumentos velados o aparentes. Como quiera que sea, una elección racional de método no resultó del proyecto, y no podía resultar pues la elección del método es algo normativo, que no puede lograrse mediante una investigación meramente empírica”⁷².

Pero la admisión de la hermenéutica en Kaufmann lo lleva a plantearse dos temas básicos ¿Es el Derecho una ciencia? Y de no serlo ¿es solo un arte? Sin recurso explicativo se inicia con la mención del “*sentimiento jurídico*” (no sabemos si se refiere a una intuición o un sentimiento como en Adam Smith o como el de los fenomenólogos), así nos refiere una vez más a su maestro:

“Y que precisamente el sentimiento jurídico tiene que ver con la hermenéutica fue reconocido muy tempranamente por el genial Gustav Radbruch. Este escribió en un ensayo de 1907: “El sentimiento jurídico anticipa el resultado, la ley, debe dar luego los fundamentos y límites para ello”. Y en 1932, agregó sobre eso: “El sentimiento jurídico exige un espíritu ágil, y que pueda pasar de lo particular a lo general y nuevamente de lo general a lo particular. Es difícil decirlo mejor. El sentimiento jurídico es el arte de tener precomprensiones (pre-juicios) correctos. Todavía de manera más aguda, particularmente perspicaz, dijo Albert Einstein: “La fantasía es más importante que el saber”. Las pre-comprensiones son lo humano en la aplicación del Derecho, ninguna técnica por

⁷² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 124 y 125.

desarrollada que sea las puede medir. La pre-comprensión posibilita arreglárselas con la circularidad del proceso de aplicación del Derecho. Esta estructura de la aplicación del Derecho la hace transparente, en lugar de ocultarse detrás de los fundamentos de la decisión”⁷³.

Kaufmann tiene que confrontar el cuestionamiento del Derecho como ciencia que se manifestaba ya antes de la Segunda Guerra Mundial en autores como Anders Vilhelm Lundstedt⁷⁴. El tema de la cientificidad del Derecho ha sido y seguirá siendo discutido más hoy en día a la luz del desarrollo de la inteligencia artificial que aspira tomar al pensamiento jurídico y fraccionar en él lo que responde a lo meramente objetivo (no sabemos si es posible) y lo que está determinado por nuestras actitudes ante la vida (el recuento de ello no se hace nada fácil).

Al final de sus reflexiones anteriores, Kaufmann se refiere precisamente a lo que Quine pretendió hacer desaparecer: la diferencia entre lo analítico y lo sintético. Para Quine nada puede ser previo a la observación científica⁷⁵. Kaufmann desarrolla sus preguntas de la siguiente forma:

“¿Hay, entonces, conocimientos genuinos en las ciencias normativas? Este problema es vivamente discutido. Los unos –por ejemplo, Karl Popper, quien solo admite el método deductivo– niegan sin más la posibilidad de conocimientos normativos; aquí se tratará solo de “opiniones”. Otros, por el contrario, no ven en absoluto ninguna diferencia entre las nociones $a = \text{rojo}$ y $a = \text{bueno}$; de la misma manera que hay una evidencia observable, hay también una evidencia valorable. Es muy dudoso que esto pueda cobijarse en la

⁷³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 127 y 128.

⁷⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 128. Ya en 1848 Julius Hermann von Kirchmann ganó celebridad con su ensayo sobre *El carácter acientífico de la jurisprudencia como ciencia*, el cual leyó en la Sociedad Berlinesa de Juristas. En la filosofía jurídica norteamericana se sintieron los efectos del cientificismo pragmático a raíz de la obra de Quine *Two Dogmas of Empiricism* de 1953. El tema ha sido ampliamente desarrollado por Leiter en obra ya mencionada en este trabajo. Una opinión diferente la encontramos en Hilary Putnam al que también hemos mencionado.

⁷⁵ Ver Patricia Smith Churchland, *Foreword* en Willard Van Ormann Quine, ob. cit., p. XI. Ver: Brian Leiter, ob. cit., p. 188.

crítica del conocimiento de Kant; según él, tenemos conocimientos puros solo de las formas de intuición y del pensamiento, no de los contenidos, haciendo abstracción de la matemática y las ciencias naturales, en las cuales se dan (Kant considera esto evidente) juicios sintéticos a priori (esto es, juicios que, a diferencia de los analíticos, amplían nuestro saber y son obligatorios, porque ellos no provienen de la experiencia sensible). Será exacto que para la razón teórica (¿qué puedo yo saber?) rijan ciertas categorías y modalidades –“obligatorio”, “necesario”, “imposible”– que para la razón práctica (¿qué debo yo hacer?) –“plausible”, “concordante”, “sustentable”–, pero también que en la última son posibles conocimientos objetivos, verificables, logrados metódicamente. Sin duda hay que reconocer que las ciencias naturales exactas están más cerca al ideal de cientificidad que las ciencias normativas. En definitiva, la ciencia del Derecho no es solo ciencia, sino también es un arte”⁷⁶.

2.2. Reflexiones sobre un análisis racional del proceso de creación del Derecho

Kaufmann se pregunta acerca de la racionalidad del método jurídico para responderse que aunque no sea del todo racional debe haber algunos elementos que al menos se relacionen con instrumentos lógicos. Si bien la segunda subparte de la segunda parte de este trabajo se refiere al proceso racional de creación del Derecho el cual es para Kaufmann distinto –según la doctrina tradicional del método– del de aplicación del Derecho. La dinámica diferenciada de creación-aplicación da pie a la reflexión acerca de lo que el autor que comentamos ha dado por llamar el “*plan del orden jurídico*”. El siguiente texto ahonda en la diferenciación planteada:

“Se trata de una aplicación del Derecho, cuando el caso por decidir está regulado legalmente, lo que sucede en la gran mayoría de ocasiones; aquí se presenta una simple subsunción. La creación de Derecho, una excepción poco frecuente, por el contrario, tiene lugar cuando para el caso por decidir no se encuentra ninguna

⁷⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 131 y 132.

regla legal aplicable; la existencia de una regla semejante, empero, tendría que esperarse de acuerdo con el “plan del orden jurídico”. Esto es, cuando se presenta un vacío de la ley y se vulnera el plan (no cuando se está ante un silencio calificado de la ley, es decir, cuando el silencio es intencional)... El necesario lleno de la laguna en este caso no es posible a través de una subsunción sino más bien, únicamente, por medio de una analogía (o mejor, de un argumento a contrario) o a través de la libre creación judicial de Derecho”⁷⁷.

En el desarrollo de sus ideas Kaufmann nos introduce en lo que él llama un “*pequeño collegium logicum*”. Su paso a través de las distintas concepciones lógicas lo lleva desde la lógica tradicional, pasando por la formal hasta las conclusiones lógicas. Lo anterior sirve de base —con Peirce— para hablar de deducción, inducción, abducción y analogía⁷⁸.

Refiriéndose a los procedimientos metódicos que acabamos de mencionar desarrolla —en nuestra opinión— uno de los análisis más detallado y preciso de su análisis del proceso racional de creación de Derecho. Así se refiere a la deducción como una forma de llegar a una conclusión a partir de la norma hacia el caso. En su explicación tienen cabida los conceptos de “*certeza*” (seguridad); “*carácter vinculante*”; ampliación o no de nuestro conocimiento y otras operaciones precedentes de pensamiento. Kaufmann señala acerca de la deducción:

“Es el modo de pensar del juez y de todos aquellos que tienen que aplicar o crear Derecho. Con la deducción la conclusión es completamente cierta. Dado que una conclusión solo es segura si parte de la norma (de lo general), es la deducción la única conclusión firme (se trata de un silogismo de acuerdo con el modus barbara). La conclusión deductiva es por lo tanto vinculante, pero es solo analítica, no amplía nuestro saber. El esquema muestra, también que, a la utilización deductiva del Derecho, a la subsunción, la preceden siempre otras operaciones de pensamiento, en particular, la equiparación de caso y norma, la cual no tiene carácter deductivo y tampoco es analítica, sino sintética; aquí se esconde lo “nuevo” en cada aplicación del Derecho. El jurista versado no reflexiona la mayoría de las veces, sobre este acto mental, porque este es obvio

⁷⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 137.

⁷⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 138 a 148.

en los casos de rutina. Persiste así la idea de solo subsumir mecánicamente (en los ejercicios de la práctica académica se proporcionan con frecuencia solo los casos relevantes en relación con las normas sobre las cuales recae la pregunta, para lo que ya se ha anticipado la equiparación o diferenciación y, por ende, solo queda comprobar si se puede subsumir; en otras palabras, un recorte lamentable del procedimiento metódico)”⁷⁹.

Pero en la discusión de Kaufmann siempre está presente la consideración relativa al Derecho como ciencia, lo cual supone la utilización —propugnada por algunos científicos— del método deductivo a pesar de encontrarnos frente a una ciencia normativa. Lo anterior es referido por Kaufmann de la siguiente forma:

“Algunos piensan, sin embargo, que por causa de la cientificidad la ciencia debe limitarse a concluir en forma deductiva, al silogismo, y con ello a la lógica asertórica, por ejemplo, Karl Popper y Koch/Rüssmann. A esto corresponde el dualismo metódico entre deber ser y ser, sostenido en especial por los neokantianos (Radbruch y Kelsen) según el cual un deber siempre se puede retrotraer a un deber superior, jamás a un ser. Si fuese posible descubrir el Derecho de manera puramente deductiva, para cada pregunta habría, de hecho, siempre solo una respuesta correcta. Pero esto no es posible, pues no disponemos de la fuerza hercúlea sugerida por Dworkin. Por lo menos en las ciencias normativas no se puede proceder tan solo con base en la deducción, como ya se ha insistido varias veces”⁸⁰.

Con respecto a la inducción Kaufmann señala que tiene como punto de partida el caso, se busca la regla (norma). Volviendo a referirse a Popper señala que no se puede calificar como “*conclusión lógica*”.

“La inducción por sí sola es un instrumento poco idóneo para llegar a afirmaciones verdaderas. Esto se ha intentado, por supuesto, una y otra vez. El positivismo jurídico empírico, algunas corrientes de la filosofía existencialista (G. Cohn), la ética de situación y, re-

⁷⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 156.

⁸⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 157.

cientemente el método de pensamiento de caso, pretenden llegar a una decisión jurídica a partir del caso sin ayuda de la norma. Que la inducción ofrezca dudas científicas a los más estrictos lógicos, es algo que, como teórico del Derecho se tiene que aceptar... Pero cómo se puede llegar a una decisión de deber ser exclusivamente a partir de la facticidad del caso continúa siendo un secreto reservado a aquellos que lo afirman”⁸¹.

En lo relativo a la abducción (el llevar de un lado a otro) para Kaufmann es una conclusión que parte del resultado. Como ya vimos el tema planteado por Peirce lleva al autor *in comento* a señalar:

“Solo se tiene que saber lo que brinda la conclusión por abducción: un resultado no definitivo, sino “únicamente” una hipótesis, que ayuda al que busca Derecho, para alcanzar metódicamente y argumentativamente el resultado definitivo. La precomprensión hermenéutica no tiene por qué entenderse como un “prejuicio” en el significado negativo del término. Lo anterior vale también para el llamado sentimiento de Derecho que, en cuanto capacidad para poseer precomprensiones acertadas, tiene carácter deductivo y puede ser una ayuda de orientación primeriza y provisional”⁸².

La precomprensión se constituye en elemento anticipatorio de resultados. Al final las hipótesis deben ser comprobadas y ello compromete la certeza de lo pensado. Por ello Kaufmann adelanta el siguiente comentario:

“Se debe tener en cuenta que la abducción, en cuanto conclusión a partir del resultado, constituye una conclusión insegura y riesgosa,

⁸¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 159. Para el positivismo lógico “Si me imagino que recuerdo cada observación –es en principio indiferente si lo hago en un papel o en la memoria– y luego comienzo de tal punto la construcción de la ciencia. Yo voy a tener delante de mí declaraciones de protocolo (*protocol statements*) las cuales están temporalmente al comienzo del conocimiento. De dichas declaraciones se van a producir gradualmente el resto de las declaraciones de la ciencia, por medio del proceso llamado “inducción”, que consiste en no otra cosa que yo soy estimulado o inducido por las declaraciones de protocolo a establecer tentativamente generalizaciones (hipótesis), desde las cuales esas primeras declaraciones, pero también muchas otras, se siguen lógicamente. Ver Moritz Schlick, “The Foundation of Knowledge”, en *Logical Positivism*, A.J. Ayer editor, The Free Press, New York, 1959, p. 220.

⁸² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 160.

que produce solo juicios problemáticos, de tal manera que su inseguridad se puede manifestar en cualquier momento... La precomprensión –así como también el sentimiento del Derecho– tiene que permanecer abierta para las correcciones necesarias. De acuerdo con Peirce, la abducción precede a la inducción. En relación con esto se puede tener dudas..., en la analogía los momentos inductivos y abductivos llegan a ser eficaces, pero estos no ocurren uno detrás del otro, sino que aparecen al mismo tiempo, lo cual demuestra que la analogía es un procedimiento circular. Por lo demás, la abducción se diferencia también de la analogía, pues mientras que aquella encuentra hipótesis, esta trabaja con hipótesis”.

Especialmente Charles Sanders Peirce ha cosechado grandes frutos alrededor de la abducción. Su destacado significado se encuentra en que él, sobrepasando a Aristóteles y Kant, ha desarrollado una lógica y una ontología de las relaciones. En la ciencia del Derecho hay, hasta ahora solo unas cuantas voces de apoyo. Según Umberto Eco y coautores, la abducción es la más atrevida de las conclusiones, de la que se sirven los detectives (Sherlock Holmes, Edgar Allan Poe), para rastrear una sospecha⁸³.

Lo curioso del análisis de Kaufmann es que utiliza el tema de la abducción para vincularlo con la teoría de la “naturaleza de la cosa” por una parte y el dualismo entre valor y realidad (hecho-valor) presente en la consideración de Radbruch. La cita siguiente nos ilustra acerca del tema:

“Schünemann lleva la abducción a la proximidad de la “naturaleza de la cosa”. En realidad, existe aquí un paralelo y, en efecto, por cuanto mediante la “naturaleza de la cosa” también se busca hallar hipótesis que hacen posible “hacer menos tenso el rígido

⁸³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 160 y 161. Ver Anthony Kenny, cita al pie de página número 22 de la primera parte de este trabajo. Manuel Atienza usa el ejemplo de *La Carta Robada* de Poe para ejemplificar el concepto de validez deductiva. Ver Manuel Atienza, ob. cit., p. 8. Igualmente Atienza se refiere a la abducción en los siguientes términos: “Para Pierce... la abducción –que a veces llama también hipótesis o retroducción– es un tipo de argumentación diferente tanto de la deducción como de la inducción, pues se trata de un “argumento original”, en el sentido de que con él surge una idea”. Ver Manuel Atienza, ob. cit., p. 17, pie de página número 9.

*dualismo entre valor y realidad, entre deber ser y ser; así no lo superen” (Radbruch). Por lo demás se debe anotar que ya de tiempo atrás no es posible hablar de una popularidad de la idea de la “naturaleza de la cosa”. Desde hace años se ha dado despedida a ese estereotipo al que se había acudido en razón del estado de necesidad jurídica en los días de la postguerra (yo he escrito “naturaleza de la cosa”, con todo, siempre entre comillas, es decir, en un meta-idioma distanciado y, en relación con esto, Gustav Radbruch habló tan solo de “una manera de pensar”)*⁸⁴.

En el desarrollo del tema que nos ocupa Kaufmann se refiere a la analogía. Para él la analogía no es una conclusión lógica, sino una comparación con una estructura muy compleja (este pudo haber sido el motivo por el cual Pierce no se ocupó de ello). Por medio de la analogía se compara lo más conocido con lo menos conocido para coordinarle luego a esto último también la característica cuestionable que exhibe el caso primero⁸⁵.

Pero el tema de la “*identidad*” de casos o situaciones no debe ser visto sin problemas especialmente para los científicos que se ocupan del proceso de creación del Derecho. Constituye objeto de especial reflexión el relativo a la posibilidad del legislador de contemplar todos los posibles casos en un mundo cambiante. Las listas pueden resultar incapaces de cubrir todos los supuestos. Por otra parte, está siempre presente la discusión relativa a la utilización de la interpretación extensiva o de la analogía. Luis Prieto Sanchiz se ocupa del asunto señalando:

“...la analogía implicaría la creación de una norma nueva, mejor o peor justificada, pero creación, al fin y al cabo; la interpretación

⁸⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 161 y 162. Radbruch en su filosofía del Derecho citando a Georg Simmel señala: “Ha sido siempre para mí una de las más puras alegrías, cuando desde la superficialidad de palabras irreflexivas se pudo lanzar una sonda en lo profundo de las cosas, y lo sin sentido nos abrió la perspectiva de un sentido como nunca soñar se pudo. Y esto no es orgullo insidioso, sino modestia, ya que hay algo de consuelo y esperanza en el hecho de que nuestra sabiduría, de la que tantas veces tenemos que dudar, albergue espacio para un sentido a nosotros oculto, que un espíritu superior e intérprete amistoso le pueda atribuir –ya que también *in dubio* debe siempre reconocerse a los acusados la mejor intención”. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., p. 208.

⁸⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 162.

extensiva, en cambio, consistiría en ampliar el campo de aplicación de una norma tanto como permita su significado, pero sin llegar a sobrepasarlo”⁸⁶.

Para Kaufmann la analogía se denomina con frecuencia incorrectamente conclusión de nivelación, porque ocurre en el mismo plano. No se puede concluir directamente de lo particular, de un caso (o bien al resultado). Por este motivo no es acertada la opinión de que la creación de Derecho es solamente una comparación de casos, sin norma (regla). La analogía... no es una conclusión lógica. Procede en círculo, porque es, a un mismo tiempo, siempre, caso, norma y resultado, pues estos se condicionan mutuamente. Si la analogía misma no es una conclusión lógica, entonces aparece en el procedimiento de la creación de Derecho junto con la deducción, la inducción y la abducción... solo que a partir de aquí se vuelve significativo como tiene lugar el proceso de creación de Derecho, y especialmente, qué partes de este proceso son seguras y cuáles son inseguras.

Quizás con esa aproximación de Kaufmann a la naturaleza de las cosas que le permite dejar momentáneamente lo jurídico para imbuirse en lo extrajurídico que podría darle sentido a lo jurídico, cita a Goethe con respecto a la analogía:

“Cada ser existente es análogo a todos los seres existentes, por tal razón el ser nos parece siempre, a un mismo tiempo, separado y relacionado. Se observa la analogía demasiado, entonces coincide todo lo idéntico, se evita, entonces se esparce todo en el infinito. En ambos casos se estanca la reflexión, una vez, como superviviente, otra vez, como muerta”⁸⁷

Con el texto anterior permite a Kaufmann ahondar en lo que él llama “analogía entre identidad y diferencia”. Probablemente lo anterior luce complicado, de entender especialmente cuando pensamos en lo común y no en lo que es diferente pero lo cierto es que para ir a lo

⁸⁶ Luis Prieto Sanchiz, *Apuntes de teoría del Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 268.

⁸⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 163 a 165.

común primero hay que descartar las diferencias. De cualquier manera, señala Kaufmann:

“En la analogía aquello por conocer no va a ser conocido en sí (en su esencia) sino en una relación que tiene con respecto a otro que es más conocido. Por consiguiente, aquí no puede ser suficiente la lógica asertórica, se necesita un predicado, una lógica de relación (si se necesita una lógica deóntica, es algo que queda abierto)”.

Más adelante señala el autor *in comento*:

*“La analogía procede de manera circular y sólo alcanza resultados problemáticos. Así, no es sorprendente que, hasta ahora, la analogía se hubiese mostrado resistente frente a todos los intentos para su formalización”*⁸⁸.

Es evidente para Kaufmann que el análisis de la analogía lo aproxima a la doctrina del método jurídico. Lo anterior no se produce sin antes haber pasado por lo que podría parecer “meros círculos viciosos” que él mismo se pregunta si lo son o no. En realidad, las siguientes citas dejan abierto un mar de preguntas acerca de la interpretación del Derecho; la creación del Derecho; el conocimiento de las reglas y el consenso como fuente del Derecho. Pasemos a mencionarlas:

⁸⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 165 y 167. Carlos Cossio en un comentario valioso sobre la analogía jurídica señala: “La analogía jurídica no es natural al Derecho, como cree Bobbio, en el sentido de que la analogía lógica sea un ingrediente de esencia constitutivo del concepto del Derecho; no es así porque su fundamento es axiológico; pero si bien ella no es natural al Derecho, es en cambio un principio de Derecho natural racional que está incorporado en Occidente al Derecho positivo en muy grande medida. Para comprender, sin ninguna duda de que estamos frente a un caso de justicia racional, basta considerar que la justicia de la igualdad se defiende con la razón y que es suficiente la razón para buscarle un fundamento: es suficiente que la razón esté estimada como valor y, precisamente, como el valor determinante. En cambio, para defender con sentido la justicia de la desigualdad, necesitamos recurrir a otros contenidos axiológicos como fundamento porque esta proposición es un sinsentido en el ámbito de la razón tal como si dijéramos que dos cosas iguales a una tercera no son iguales entre sí”. Ver Carlos Cossio, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Editorial Los Andes, Buenos Aires, 2005, pp. 231 y 232. Desde la perspectiva del positivismo lógico Rudolf Carnap utiliza su análisis de la analogía para referirse a las llamadas “oraciones sicológicas”. En tal sentido señala que: “Los argumentos del pensamiento a través de la analogía no son certeros, como los argumentos probables pueden ser admitidos”. Ver Carnap, Rudolf, “Psychology in Physical Language”, en *Logical Positivism*, ob. cit., pp. 176 y 177.

Radbruch: *“La interpretación es el resultado de su resultado, el medio de interpretación será elegido después que el resultado ha sido verificado”*.

English: La creación de Derecho *“es una constante interacción, un ir y venir de la mirada entre premisa mayor y circunstancias de hecho”*.

Conte: *“Conocimiento de las reglas y conocimiento a través de las reglas”*.

Naucke: *“Consenso como fuente del Derecho correcto, Derecho correcto como límite del consenso”*⁸⁹.

Cuando Kaufmann se refiere a una doctrina del método jurídico se refiere a ella en términos de apropiada más que correcta, por cuanto pueden existir varias correctas. Lo interesante es que plantea la cuestión de forma tal que se trata de la comprensión hermenéutica del método jurídico. La alternativa del método anterior se refiere a una perspectiva más general como “la informática jurídica”. Pero donde la teoría de Kaufmann (podríamos hablar de explicación) alcanza su mayor nivel de inteligibilidad es cuando recurre a “la creación de Derecho y proceso legislativo” (es el orden que utiliza en su obra para inmediatamente colocarnos frente a un tema esencial como es el de “la construcción escalonada del orden jurídico”) en él se encuentran (resuelven) todas las posibles antinomias. Así señala:

*“...las doctrinas tradicionales del método jurídico solo se ocupan de la creación de Derecho en concreto, a partir de la ley, pero no del proceso legislativo, pese a que existe una llamativa complementariedad entre la expedición del Derecho y la aplicación del Derecho. Pero la legislación vale, desde hace mucho tiempo, como un asunto puramente político y no científico. Este desarrollo ha conducido, infortunadamente, a que la teoría moderna de la legislación se desarrollara al lado de la doctrina del método jurídico”*⁹⁰.

Es de gran interés la construcción escalonada del orden jurídico en el cual Kaufmann coloca a Santo Tomás y Kelsen juntos en el

⁸⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 167 y 168.

⁹⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 169.

proceso de realización del Derecho: “Como lo discutió Hans Kelsen, con el notable antecedente de Tomás de Aquino, existe una ‘construcción escalonada’ (esta palabra se entiende de manera gráfica) en el proceso de realización del Derecho”⁹¹. En Kaufmann los escalones se desenvuelven de la siguiente manera:

*“El primer escalón lo conforman los principios jurídicos abstractos-generales, suprapositivos y suprahistóricos, en el segundo escalón se encuentran las reglas jurídicas (normas jurídicas) concretas generales, formal-positivas, no suprahistóricas, pero vigentes durante un mayor o menor período (período legal); el tercer escalón es el Derecho concreto, material-positivo e histórico. En pocas palabras: principio jurídico (idea de Derecho) - norma jurídica - decisión jurídica. Con todo, esa sucesión solo puede ser entendida como una sucesión lógica; ontológicamente la relación es al contrario pues el Derecho concreto está más cercano al ser y más imbuido del ser que la idea de Derecho. Para la subsecuente comprensión, dos tesis son fundamentales y ambas de igual importancia. La primera tesis muestra que en el proceso de realización del Derecho ninguno de los escalones mencionados es prescindible. Esto quiere decir, por consiguiente: ninguna regla jurídica sin principio jurídico, ninguna decisión jurídica sin regla jurídica. La segunda tesis muestra que ningún escalón puede ser deducido del (lógicamente) inmediatamente superior. Esto significa entonces: ninguna regla jurídica solo a partir de los principios jurídicos (solo a partir de la idea del Derecho), ninguna decisión jurídica solo a partir de la regla jurídica”*⁹².

En función de lo anterior Kaufmann pretende lograr el tan ansiado equilibrio entre el deber ser y el ser. Se necesitan elementos del deber ser y del ser. El proceso legislativo tampoco es viable sin elementos del ser, “sin una mirada a los posibles casos anticipados, sobre los cuales la ley ha de tener vigencia”⁹³. Para explicar lo anteriormente señalado, Kaufmann recurre, una vez más, al ejemplo del túnel aportado por Radbruch:

⁹¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 170.

⁹² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 171.

⁹³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 171.

“La deducción del concepto de Derecho se mueve manifestamente en un círculo, ella pretende obtener el Derecho indirectamente a partir del valor jurídico –aquello por lo cual el valor jurídico reclama vigencia– pero solo puede definir el valor jurídico, de nuevo, a través de la referencia a la sociedad, cuyo componente constitutivo es el Derecho. Aun cuando no se pueda lograr obtener un concepto de la vida en comunidad, jurídicamente inmune, nuestra deducción no carecería, sin embargo, de valor por causa de aquella conclusión circular: ella probaría entonces, que la realidad jurídica se puede descomponer en dos partes, una a priori y otra a posteriori, así cualquiera de los dos componentes solo pueda ser definido en relación con el otro. En tales conclusiones circulares, alrededor del eternamente indescifrable secreto, se mueve, ciertamente, toda la filosofía crítica. El proceso de una filosofía circular tal sería, no obstante, aquel de intentar abordar el túnel por ambos lados, de acometer el concepto de Derecho por ambos lados; si se estrellan las dos zapas, entonces es correcto”⁹⁴.

TERCERA PARTE

LOS CONCEPTOS JURÍDICOS O UNA FORMA DE HABLAR ACERCA DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Kaufmann partiendo de Kant, pasando por Stammler y refiriéndose a la frase de Radbruch “eutanasia de la filosofía del Derecho” trata de explicarnos cómo llegamos a una situación filosófico-jurídica de la cual solo quedó en pie la doctrina de las formas del Derecho. El siguiente texto de Kaufmann nos aporta su opinión acerca de un proceso histórico que culmina con el resultado ya señalado. En este sentido indica:

“La doctrina de los conceptos del Derecho, sobre todo de los conceptos jurídicos fundamentales, pertenece tradicionalmente a la teoría general del Derecho. Esta tendencia de la ciencia del Derecho se generó en el siglo XIX como reacción, en especial, a la crítica del conocimiento de Kant. La pregunta que Kant planteó en la Crítica de la razón pura dice así: “¿Cómo son posibles los juicios sintéticos a priori?” Esto, formulado en forma algo más

⁹⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 172.

sencilla de comprender, significa: ¿existen conocimientos a partir de la razón, seguros, libres de error, con validez universal (a priori y no solamente a posteriori) que amplíen nuestro conocimiento (en forma “sintética” y no sólo analítica)? La respuesta que dio Kant, principalmente en el acápite “Lógica trascendental”, significó una estocada para toda la metafísica tradicional y la ontología (substancial) (y, en consecuencia, también para el Derecho natural clásico). Según esto al entendimiento no le es propia una fuerza cognoscitiva, creativa (que amplíe nuestro saber) sino solo una espontaneidad del conocimiento. Los contenidos (“objetos”) del pensamiento no provienen del entendimiento sino de la intuición (de la experiencia sensorial) y son válidos, por tanto, solo a posteriori (no son universalmente válidos y no están exentos de riesgos de error). A priori nos son dadas solamente las formas de la intuición (Kant habla aquí de estética) y las formas del pensamiento (con las que tiene que ver la lógica). Con ello se aferra Kant, fuertemente, al concepto científico racionalista y naturalista que predominó durante todo el siglo XIX y gran parte del siglo XX y que estaba orientado hacia las matemáticas exactas y las ciencias naturales: “Yo afirmo, empero, que en aquella doctrina especial de la naturaleza (doctrina del Derecho natural) solo puede encontrarse tanta ciencia propiamente dicha como se encuentra en ella matemática”. La consecuencia para el campo del Derecho es, según la formulación del neokantiano Rudolf Stammler, que “no es posible ninguna proposición jurídica que afirme la particularidad de su contenido absolutamente correcto”. Este fue el final de una filosofía del Derecho de contenido (material, como ciencia, por cierto, solo bajo la condición del concepto científico naturalista). En el siglo XIX este supuesto no fue cuestionado. En consecuencia, de la filosofía del Derecho solo quedó en pie la doctrina de las formas del Derecho (conceptos, estructuras): la doctrina general del Derecho a la que Gustav Radbruch denominó alguna vez de manera muy atinada “eutanasia de la filosofía del Derecho”. Y esa doctrina general del Derecho fue entendida –en forma parecida a lo que sucedió con la actual teoría del Derecho (ambas no son ciertamente idénticas pero tienen, sin embargo, coincidencias) como una pura “filosofía de juristas” que se había emancipado de la filosofía”⁹⁵.

⁹⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 199 y 200. Según Kaufmann, Adolf Merkel (1836-1896) es considerado como fundador de la doctrina general del Derecho. Algunos otros representantes

son Karl Binding (1841-1920), Ernst Rudolf Bierling (1845-1919), Karl Bergbohm (1849-1927) y Félix Somló (1873-1973). En sentido amplio se puede contar entre ellos también a Hans Kelsen (1881-1973) cuya “doctrina pura del Derecho”..., parte del mismo concepto científico naturalístico, es decir, orientado hacia las ciencias naturales exactas”. Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 201. Para Kant: “Se llama doctrina del Derecho (*Ius*) al conjunto de leyes, para las que es posible una legislación exterior. Si una legislación semejante es real entonces es doctrina del Derecho positivo; y el jurisconsulto de la misma o versado en Derecho (*Iurisconsultus*) se llama jusperito (*Iurisperitus*) si conoce las leyes externas también externamente, es decir, en su aplicación a los casos que se presentan en la experiencia, que muy bien puede convertirse también en jurisprudencia (*Iurisprudencia*); pero sin ambas juntas queda solo la ciencia del Derecho (*Iurisscientia*). La última denominación corresponde al conocimiento sistemático de la doctrina del Derecho natural (*Ius naturae*), por más que el jurisconsulto tenga que tomar de la última los principios inmutables para toda legislación positiva”. Ver Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2008, p. 37. En la misma traducción de la obra de Kant tenemos un estudio preliminar de la profesora Adela Cortina acerca de los “Principios metafísicos de la doctrina del Derecho” cuyo primer punto (5.2.1) se refiere a la relación en Kant entre el Derecho natural y el positivo. Ver Adela Cortina Orts, “Estudio preliminar” en Emmanuel Kant, *Metafísica de las costumbres*, ob. cit., pp. XLIII a XLVI. Ver Alfredo Egusquiza, *Kant, su filosofía crítica y el Derecho*, Emecé, segunda edición, Buenos Aires, 1949, pp. 90 y ss. Algunas de las ideas que acabamos de mencionar en Kaufmann tienen la influencia de Radbruch tal como él mismo lo señaló. Con respecto a Kant Radbruch enfatiza lo referido por Kaufmann: “el golpe definitivo contra el Derecho natural se dio por la teoría del conocimiento y no por la historia del Derecho y el Derecho comparado, por la filosofía crítica y no por la escuela histórica, por Kant y no por Savigny. La *Crítica de la razón pura* de Kant, ha revelado que la razón no es un arsenal de conocimientos teóricos acabados, de normas éticas y estéticas maduras ya para su aplicación, sino la facultad de alcanzar tales conocimientos y normas; que no es un conjunto de soluciones, sino de problemas, de puntos de vista con que aproximarse a los datos, de formas que solo por la recepción de una materia dada, de categorías que solo por su aplicación a un material dado, son capaces de ofrecernos juicios de un contenido determinado”. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 60 y 61. Con respecto a Stammler citado por Kaufmann señala Radbruch: “La nueva fundamentación de la filosofía jurídica, la restauración de la independencia de una consideración valorativa del Derecho al lado de la investigación de la realidad jurídica en el terreno del dualismo metódico de la filosofía kantiana, fue la gran obra de Rodolfo Stammler. Desde luego, ha planteado más que resuelto los problemas de la filosofía del Derecho. Con una tenaz constancia y sin rubor ante las repeticiones, ha golpeado en toda forma a la conciencia filosófico-jurídica de su época con el desarrollo, siempre semejante, de dos pensamientos: primero, que, al lado de la investigación del Derecho positivo, debe desenvolverse con plena independencia la ‘teoría del Derecho justo’ y que, segundo, esta teoría es solo un método que no desarrolla ningún sistema de filosofía del Derecho. La teoría del Derecho justo no puede ni quiere desarrollar ningún precepto jurídico que pueda demostrarse justo con validez general. Adquiere la validez general de sus conceptos a costa de su carácter puramente formal. Así, es menos una filosofía jurídica, que una lógica de la filosofía del Derecho; una teoría del conocimiento de la consideración valorativa del Derecho, una crítica de la razón jurídica; unos cientos de utilidad poco común para toda la filosofía del Derecho posible, pero todavía no el edificio mismo”. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 73 a 75. Más adelante señala Radbruch: “Stammler cree poder separar de modo tajante el concepto del Derecho de la idea del Derecho, derivando el concepto del Derecho sin referencia alguna a la idea del

Para Kaufmann un tema central de la doctrina general del Derecho lo constituye la teoría de los conceptos de Derecho jurídicamente relevantes o impropios y los conceptos fundamentales del Derecho o conceptos jurídicos propios o categóricos. La diferencia entre tales conceptos, para Kaufmann, parece referirse a que los propios o categóricos, a diferencia de los relevantes o impropios, no provienen de la realidad extrajurídica empírica sino más bien del Derecho a priori. La diferenciación con todas las posibles matizaciones que podamos elaborar —a pesar de no ser el objeto de este estudio— nos proporciona elementos valiosos para poder entender la relación entre lo jurídico y lo social en el sentido más amplio del término. En otras palabras, cómo se transforma la realidad en Derecho lo cual ayuda a entender cuándo el Derecho va más allá de lo real (por ejemplo, creando ficciones)⁹⁶. De cualquier forma, Kaufmann no solo se refiere a conceptos extraídos de la realidad que nos rodea, sino pretende contraponerlos —como lenguaje corriente— al lenguaje de la ley. El autor que estudiamos recurre a Karl Engisch

Derecho... ninguna obra humana puede ser comprendida sin relación a una idea; si ni siquiera una mesa, mucho menos el Derecho. Detrás de esta concepción del concepto del Derecho está la videncia fundamental, que en contra de la oposición stammleriana entre ser y deber ser, no puede satisfacerse con la existente entre realidad y valor, sino que entre juicio de realidad y juicio de valor considera a la referencia o relación a los valores; es decir, que entre la naturaleza y el ideal pretende reservar su puesto a la cultura; la idea del Derecho es un valor, empero, el Derecho es una realidad referida a valores, un fenómeno cultural. De esta manera se realizó un tránsito del dualismo a un trialismo (cuando se hace caso omiso del cuarto, del religioso). Este tránsito convierte a la filosofía del Derecho en una filosofía cultural del Derecho". Ver Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 76 y 77. Emil Lask al que Radbruch considera como fundador de una filosofía cultural del Derecho señala: "La metodología jurídica en el más amplio sentido, tanto como crítica de la conceptualización jurídica como de la jurídico-científica, tiene dos temas fundamentales; investigar en primer término, la toma de posición propia y unitaria del Derecho y de la jurisprudencia en relación con el substrato prejurídico de la vida y de la cultura, es decir, con la trasmutación del material prejurídico en conceptos jurídicos, y, en segundo lugar, la correlación sistemática de los conceptos jurídicos entre sí o la forma sistemática de la jurisprudencia". Ver Emil Lask, ob. cit., p. 70. Es conveniente señalar que para Lask la ciencia del Derecho es una rama de las ciencias culturales empíricas. Ver Emil Lask, ob. cit., pp. 60 y ss.

⁹⁶ Savigny señalaba: "El ser humano con su sola presencia física, lleva consigo su pretensión a la capacidad de Derecho... Ante esa presencia cualquier otro sabe que debe respetar en él derechos propios, y cada juez sabe que debe tutelar esos derechos cuando la capacidad natural del ser humano se trasmite por una ficción a un sujeto ideal, esa legitimación falta por completo; solo la voluntad del poder puede suplirla". Ver Leandro Javier Caputo, *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 20.

para mostrar de qué manera los conceptos que regularmente usan los juristas tales como, por ejemplo, acción, causa, cosa, tiempo, etc. No coinciden, en la mayoría de los casos, con la utilización de los mismos en la vida diaria o lo que Kaufmann llama “*el concepto del mundo que tienen los hombres*”.

Lo anterior plantea una afirmación importante para el análisis del derecho: el concepto jurídico del mundo no está impregnado en forma decisiva de una cientificidad especial. En el fondo pareciera que existe un concepto jurídico ingenuo acerca del mundo. Cuando la filosofía se debate acerca del concepto de verdad para muchos juristas no deja de ser otra cosa que lo expuesto por la fórmula *veritas est adequatio intellectus et rei*, esto para Kaufmann es un concepto muy objetivista de verdad que ya ha sido abandonado hace mucho tiempo por la mayoría de los más competentes filósofos. Para el mismo autor que comentamos: “*Esto no quiere decir que los juristas no hagan bien en aferrarse a ese concepto ‘ingenuo’ de verdad*”⁹⁷. ¿Son suficientes las diferencias ya señaladas para no calificar al mundo del jurista como científico? Para el autor *in comento* al mundo del jurista:

“No se lo puede describir, no obstante, sin más ni más, con un lenguaje corriente. Ciertamente, los conceptos que nosotros tenemos

⁹⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 202. Por ejemplo, Scruton en el capítulo tres de su *Filosofía moderna* se ocupa del tema de la verdad. Luego de revisar el lugar que ocupa la verdad en los argumentos, es decir, la lógica de la verdad se ocupa de la naturaleza metafísica de la verdad. En tal sentido señala: “¿Qué es lo que hace a algo ser verdadero o falso? Intuitivamente la verdad es una relación entre las cosas que son verdaderas, y las cosas que las hacen así. Pero los dos términos de la relación están en discusión, así como la relación en sí misma. Los filósofos difieren acerca de si el portador de la verdad es una oración, una proposición, un pensamiento, una declaración, una creencia, o alguna otra entidad, ya sea lingüística o mental. Ellos difieren igualmente acerca de en qué consiste la verdad. Algunos hablan de correspondencia, pero con qué (aquí igualmente hay una variedad de posiciones, resumidas en los términos hecho, situación, realidad, situación de hecho). Otros reemplazan la correspondencia con algunas otras relaciones: como por ejemplo coherencia. Otros todavía rechazan la idea total de verdad como relación, considerándola como una propiedad intrínseca de lo que la posee. Hay algunos que incluso argumentan que la verdad no es ni una propiedad ni tampoco una relación y que el concepto es redundante”. Ver Roger Scruton, *Modern Philosophy*, Penguin Books, New York, 1996, p. 97. Hilary Putnam en el capítulo tercero de su obra *Razón, verdad e historia* realiza un exhaustivo recuento de las distintas perspectivas filosóficas con respecto a la verdad. Ver Hilary Putnam, *Razón, verdad e historia*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 59 y ss.

aquí entre hojas provienen de la realidad: precisamente porque ellos son tomados de la realidad y no son producidos a partir del Derecho mismo, se llaman conceptos “impropios” de Derecho. Pero el Derecho no acoge estos conceptos, así como así, en su significado corriente, pues el Derecho en sus presupuestos de hecho debe ordenar; determinar; valorar; debe fundamentar un deber ser; y en vista de eso estos conceptos legales tienen un significado normativo más o menos impregnado (en ello reside su relevancia jurídica)”⁹⁸.

La interrogante esencial para el autor en estudio es cómo poder lograr esa síntesis fundamental que el Derecho requiere entre el ser de las cosas que nos viene del mundo y ese deber ser que constituye elemento imprescindible de lo jurídico. En otras palabras, cómo poner junto, lo fáctico con lo normativo. Lo anterior lo expresa Kaufmann hablándonos de tejido normativo y aportándonos el concepto de “cosa”. Así señala:

“El Derecho debe sentar normas, ha de alcanzar un orden del deber ser, y esto no es posible con conceptos puramente empíricos. Todos los conceptos jurídicos están cubiertos de un “tejido normativo”. “Cosa” es algo muy claro en el lenguaje corriente. En Derecho, por el contrario, se entiende por cosa no necesariamente la cosa substancial sino, en algunos casos, por causa de muy complicadas reflexiones, también, o solamente, el valor de la cosa (hurto)”⁹⁹.

A fin de cuentas, tal como lo reconoce Kaufmann, todo concepto jurídico se relaciona con la relación jurídica en la cual es utilizado. En este tema el autor que estudiamos se refiere a Wittgenstein para señalar:

“El significado de un concepto jurídico depende de la relación jurídica dentro de la cual es utilizado. Por ello es desacertado hablar en este contexto de “conceptos jurídicos relativos”. Más bien es correcta la palabra relacional, pues el significado de un contexto jurídico será determinado..., a través de la relación en la que aparece”¹⁰⁰.

⁹⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 203.

⁹⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 203.

¹⁰⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 204. A veces en el Derecho podemos inventar contextos para utilizar conceptos jurídicos con determinado significado que puede no coincidir con los conceptos del uso común del lenguaje. El propio Wittgenstein señalaba: “Después de haber

En el desarrollo de sus ideas Kaufmann nos introduce en la pregunta acerca de los conceptos jurídicos irrelevantes descritos por Radbruch y que él diferencia de la teoría del Derecho como “*espacio vacío de Derecho*”. Así señala:

“Si existen conceptos ‘jurídicamente relevantes’ deben existir también, así se debería pensar, conceptos jurídicos irrelevantes, una esfera sin ningún significado jurídico. Es interesante que Gustav Radbruch haya discutido exactamente esto. Él piensa que un ‘espacio vacío de Derecho’ es solo vacío de Derecho gracias a la propia voluntad del orden jurídico y, sobre todo, no vacío de Derecho en sentido estricto, no un irregularizado jurídico sino un campo fáctico regulado jurídicamente en sentido negativo a través de la recusación de toda consecuencia jurídica... Esto no es, me parece, nada más que un juego de palabras... Con énfasis debe ser resaltado, sin embargo, que lo que se entiende en la teoría del Derecho como un espacio libre de Derecho no tiene nada que ver con el ‘espacio vacío de Derecho’ en el sentido de Radbruch. ‘Libres de Derecho son, según esto, formas de comportamiento que son del todo jurídicamente relevantes y que también están jurídicamente reguladas (la mayoría de las veces se trata de estado de necesidad o de emergencias semejantes), para los cuales el orden jurídico, no obstante, por determinados motivos, prescinde de una valoración (jurídico o antijurídico). La expresión correcta sería, por ende, espacio libre de valoración jurídica’”¹⁰¹.

Kaufmann a continuación se refiere a los “*conceptos fundamentales del Derecho o conceptos jurídicos propios o categóricos*”. En realidad, el título es largo, pero incluye la idea de fundamental y categórico. Lo que trata de hacer el autor que estudiamos es introducirnos en los “*a priori*” del Derecho que no provienen de una realidad extrajurídica y empírica. Del desarrollo de su texto pareciera que podemos inferir que

dicho esto la dejó como en el día anterior. ¿Entiendo esta oración? ¿La entiendo al igual que si la hubiera oído en el curso de una narración? Si aparece ahí aislada, entonces yo diría que no sé de qué se trata. No obstante, yo sabría cómo se podría usar esta oración; yo mismo podría inventar un contexto para ella”. Ver Ludwig Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, Editorial Crítica, Barcelona, 2012, p. 341, apartado numerado 525.

¹⁰¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 205.

se refiere a conceptos y categorías jurídicas. Los aspectos a tratar –tal como lo reconoce el propio autor– parecen desbordar cualquier tipo de enumeración y sistematización. En tal sentido, el propio autor nos concede el beneficio de poder aproximarnos a lo que trata de poner de relieve:

*“El número de conceptos jurídicos fundamentales es grande, aun cuando no inmenso. Existen varias posibilidades para su sistematización, pero no todas definitivas, de igual manera como también las categorías del pensamiento y del ser se resisten contra todos los esfuerzos de la filosofía por su completa enumeración y sistematización”*¹⁰².

El objetivo central de Kaufmann es mostrar la relación entre los conceptos y sus contenidos. No es el objeto de este estudio –creo que tampoco el de su obra– referirse a todo el universo conceptual del Derecho. No obstante, pudiéramos mostrar solo algunos de los tópicos que son escogidos dentro de la muestra conceptual del autor. Muchos de ellos son considerados por los autores de *“teoría del derecho”*¹⁰³.

El primer concepto escogido por Kaufmann es el de norma jurídica, en el desarrollo del mismo, diferencia de acuerdo a sus componentes entre normas jurídicas completas o independientes y las incompletas o dependientes. Las primeras están compuestas de supuesto de hecho, consecuencia jurídica y subsunción de la consecuencia jurídica bajo el supuesto de hecho (disposición de validez). Las normas jurídicas incompletas son aquellas en que falta alguno de los componentes antes mencionados. Adicionalmente Kaufmann realiza una clasificación de las normas de acuerdo a criterios como: contenido; ámbito de validez; fuerza de validez; derecho regla y derecho contrario a la regla y Derecho estricto (*ius singulare*) y Derecho equitativo (*ius aequum*)¹⁰⁴. Otro de los conceptos explicados, someramente, por Kaufmann es el de

¹⁰² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 206.

¹⁰³ De gran valor pedagógico es la obra de Luis Prieto Sanchiz, *Apuntes de teoría del Derecho*, Editorial Trotta, sexta edición, Madrid, 2011.

¹⁰⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 205 y 209. Sobre la estructura y definición de la norma ha escrito Luis Prieto Sanchis “En los estudios sobre la teoría de la norma jurídica parece haberse consolidado una explicación formulada por un autor ya citado el finlandés Von Wright, quien propuso distinguir otros elementos: carácter, contenido, condición de aplicación, autoridad,

“fuente del Derecho”. Su apreciación del tema nos aproxima a la relación del Derecho con la vida diaria. En tal sentido señala que las fuentes del Derecho en sentido estricto son solo normas que están determinados para la decisión jurídica sobre supuestos de hecho de la vida, no (como, por ejemplo, un libro de doctrina jurídica) aquello que sirve para el hallazgo o comprensión de las fuentes del Derecho¹⁰⁵.

El siguiente de los conceptos jurídicos a los que se refiere Kaufmann es el de *“hechos jurídicos”*. Su desarrollo lleva de una forma natural al concepto de acción que tanta significación tiene para la filosofía. En tal sentido señala:

“El hecho jurídico más importante es la acción en sentido jurídico. Se puede definir como la conformación “responsable” y significativa de la realidad con las consecuencias causales (en sentido amplio) que la voluntad puede controlar (imputables, por tanto, a quien actúa). Bajo este concepto de actuación se contemplan no solo comportamientos jurídicos y antijurídicos, intencionales y

sujeto, ocasión, promulgación y sanación. Los tres primeros constituirían el núcleo normativo que estaría presente en toda norma, no solo regulativa o prescriptiva; los tres siguientes serían propios o distintivos de esta última clase de normas; y las dos últimas permitirían también perfilar la naturaleza de las prescripciones, aunque no se encuentren necesariamente en ellas”. Ver Luis Sanchis Prieto, ob. cit., p. 53.

¹⁰⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 209. Luis Prieto tomando elementos de Hart (específicamente, las reglas de cambio, señala sobre la costumbre: “Tal vez aquí proceda comenzar con una aproximación negativa, indicando lo que no son las fuentes del Derecho. En primer lugar, y pese a lo que sugiere la expresión, el Derecho no es un fenómeno natural que, como el agua, mane espontáneamente de alguna misteriosa fuente supraempírica. Esta “apelación hidráulica” (Pérez Luño) es tan solo una metáfora. El Derecho es un artificio, un producto que tiene su origen en la voluntad de los hombres y, por tanto, solo estos son “fuente” del Derecho. Esta es tal vez una de las tesis positivistas (del positivismo metodológico o conceptual) menos controvertidas: el Derecho es un producto social cuyo origen (cuya fuente) no está fuera de la sociedad, sino dentro de ella, en la práctica real de sus componentes. Asimismo, en segundo término, la comentada expresión pudiera dar a entender que, dado que, sin el origen del Derecho, las fuentes se sitúan fuera del Derecho mismo, como una realidad prejurídica no regulada. Tampoco esta imagen es del todo acertada, al menos si se formula con carácter general. Dejando a un lado el caso de las fuentes *extra ordinem* (la constitución originaria y ciertas costumbres), lo normal es que el Derecho regule su propia creación, de manera que las fuentes del Derecho son el nombre con el que se designan determinadas operaciones que se verifican dentro del propio Derecho, es decir, operaciones que no sólo dan lugar a la creación del Derecho, sino que se hallan ellas mismas reguladas por el Derecho. Recordemos que esta es la función de un tipo de reglas secundarias, las llamadas reglas de cambio”. Ver Luis Prieto Sanchis, ob. cit., pp. 151 y 152.

negligentes, culminados e iniciados, de autoría y complicidad, sino, junto al actuar activo, también la omisión en el sentido de un acto no realizado, pero cuya realización era esperada por el orden jurídico. Actuación en relación con el evitar un resultado jurídicamente relevante"¹⁰⁶.

En otro orden de ideas Kaufmann hace mención del concepto de relación jurídica. Lo cual para él es una relación entre personas, o entre personas y cosas, jurídicamente relevante la cual es regulada a través del Derecho objetivo lo cual muestra su carácter relacional. Con respecto al Derecho subjetivo, que califica como facultad, señala que es la voluntad de poder otorgada a través del Derecho objetivo para la realización (autónoma) de un interés jurídicamente protegido. Lo central de su concepción está formulado en términos de "*cómo se comportan el Derecho objetivo y el subjetivo*" entre sí lo cual refiere a la correspondiente concepción de Estado. Así nos indica que:

*"En estados autoritarios no existen derechos subjetivos originarios, dichos derechos son concedidos al individuo a través del Estado. Según la concepción del estado de Derecho liberal, por el contrario, el individuo posee derechos subjetivos originarios (derechos fundamentales, derechos humanos) que son anteriores al Estado (él los debe respetar y no debe agredir su contenido esencial)"*¹⁰⁷.

El último de los conceptos a que se refiere Kaufmann es el de los sujetos de Derecho que son aquellos que pueden tener derechos y obligaciones. Frente a la persona natural, frente a la cual parece haber muy poca cosa que discutir. Las jurídicas generan mayores discusiones. En tal sentido se han generado teorías que pretenden dar explicación a un

¹⁰⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 211. En nuestro libro *Los llamados actos intencionales en la consideración del filósofo de hoy* (2017) nos referíamos a la "acción intencional" en la obra de G.E.M. Anscombe. En la misma obra mencionábamos el importante libro de Michael Thompson referente a la acción. Ver Michael Thompson, *Life and Action. Elementary Structures of Practice and Practical Thought*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.

¹⁰⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 213. En Radbruch lo objetivo y subjetivo en lo que él llama "la psicología del hombre de Derecho" permite visualizar dos actitudes diferentes: la del hombre de Derecho en el Derecho objetivo que caracteriza al juez; y la subjetiva que define la figura del luchador por el Derecho. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., p. 189.

hecho evidente: ¿por qué el Derecho atribuye derechos y obligaciones a personas que no son hombres o personas naturales? Al efecto, se han elaborado teorías como la de la ficción; la del goce y la de la personalidad real de la asociación. La explicación que proporciona Radbruch constituye un excelente resumen de las tesis en boga para el momento de génesis de su obra:

“La afirmación de la capacidad jurídica de las personas jurídicas ha proporcionado dificultades, desde hace tiempo, a la teoría del Derecho. a.a) La teoría de la ficción (Savigny, Windscheid) establece que solo el hombre puede ser jurídicamente capaz, la capacidad jurídica de las así llamadas personas jurídicas sería capacidad ficticia; b.b) la teoría de goce (v Jhering) cuestiona entre sí una personalidad ficticia de la persona jurídica; jurídicamente capaces no son ni el Estado, ni una fundación, etc., como tales, sino aquellas personas naturales que se valgan de dichas figuras. La última teoría nombrada está en contradicción con el Derecho vigente, pero la afirmación según la cual la persona jurídica no sería real sino una ficción tampoco es satisfactoria; en el extremo opuesto se encuentra c.c) la teoría de la personalidad real de la asociación (v Gierke) la cual establece que en relación con las personas jurídicas se trata, lo mismo que respecto a los seres humanos, de una figura con un organismo supraindividual; esta teoría que ya por causa del manifiesto ontologismo es sospechosa, fracasa por lo menos en relación con la fundación; d.d) correcto podría ser la concepción que no ve en la persona jurídica ni a una persona en el mismo sentido y de la misma estructura real del hombre, ni, tampoco, solo una ficción que carece de toda realidad, sino una configuración real (de acuerdo con la finalidad patrimonial una persona con finalidad) la cual, en comparación con los hombres, se puede caracterizar como persona en sentido analógico. Si se tiene en cuenta esto, entonces no se puede objetar nada en contra de la caracterización de la persona jurídica como una unidad estructural, reconocida por el orden jurídico como portadora independiente de derechos”¹⁰⁸.

Las líneas finales del texto comentado son sugerentes de una forma de regular del Derecho fundamentada en finalidades lo cual puede

¹⁰⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 216 y 217.

exigir una forma de organización que se ha ido complejizando de tal forma, que no puede ser simplemente entendida como agregación de personas físicas. Por ejemplo, en materia de sociedades corporativas no solo le damos a la sociedad una personalidad jurídica, sino que adicionalmente la dotamos de un espíritu corporativo. Le proporcionamos órganos como en el cuerpo humano o en un motor (partes) que la independizan de la voluntad –contraria al interés societario– de los propios socios los cuales en sociedades abiertas pueden llegar a ser tantos y tan cambiantes que hacen imposible relacionar –en muchos casos– a la sociedad con todos ellos. La última mención de Kaufmann con respecto a la analogía no hace sino recurrir a un viejo recurso de formas menos desarrolladas de religiosidad (en realidad la tentación a no acudir a ella se hace a veces difícil) en la cual la identificación de lo divino se relaciona con lo que conocemos (humano). En la historia del Derecho vemos todo un proceso evolutivo (evidente en materia de responsabilidad penal) donde pasamos de una responsabilidad colectiva, a una individual, para tratar de explicar desde hace un tiempo cómo es la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En otros sectores del Derecho tratamos, bajo distintas justificaciones, de prescindir de la personalidad jurídica de las sociedades (levantamiento del velo corporativo) para exigir la responsabilidad de los socios. En todo caso el hombre ha inventado instituciones desde los comienzos de la cultura humana y la única forma de regularlas es la misma que utilizamos para las personas naturales. En este caso la realidad “creada” se impone a la natural. Como dice Yuval Noah Harari:

“Después de la revolución agrícola las sociedades humanas crecieron de forma más grande y compleja, mientras las construcciones imaginadas que sostenían al orden social se fueron haciendo más complejas. Los mitos y las ficciones acostumbraron a las personas, casi desde su nacimiento, a pensar de cierta manera, a actuar de acuerdo con ciertos estándares y a observar ciertas reglas. Ellos desarrollaron instintos artificiales que le permitieron a millones de extraños colaborar de forma efectiva. Esta red de instintos artificiales ha sido llamada cultura”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Yuval Noah Harari, *Sapiens A Brief History of Humankind*, Harper Collins Publishers, New York, 2015, p. 163.

CUARTA PARTE

EL DERECHO Y EL LENGUAJE EN LA OBRA DE KAUFMANN

La relación Derecho-lenguaje parte en Kaufmann de la pregunta ¿cómo constituye Derecho el lenguaje? En el inicio de su reflexión está presente la obra de Wilhelm von Humboldt y en el desarrollo recurre constantemente a Wittgenstein lo cual lo localiza, filosóficamente hablando, en una época en la cual el problema “*Derecho lenguaje adquiere gran relevancia*”¹¹⁰.

Refiriéndonos al tema planteado por Kaufmann podemos citar su planteamiento inicial:

“El Derecho es un “mundo”, y todo “mundo”, lo sabemos desde las investigaciones lingüísticas de Wilhelm von Humboldt, es un producto del lenguaje y este no existe fuera del lenguaje; Humboldt habla de una “transformación del mundo en lenguaje”, con lo cual naturalmente no se permite identificar sin más ni más, “mundo” con “realidad”, aun cuando ella también se configura por medio del lenguaje. Y puesto que ningún hombre tiene el mismo lenguaje que cualquier otro, nadie tiene, tampoco, el mismo mundo que los otros tienen. Obviamente la socialización genera desde la más tierna edad –el niño aprende realidad y lenguaje a un mismo tiempo– un alto grado de comunidad, y esto también es válido para la “cosmovisión del jurista”; de todos modos, en lo que a esto se refiere, no es nada diferente a cada “cosmovisión”: ningún jurista tiene

¹¹⁰ Naucke y Harzer señalan: “Esta es un área científica –al igual que la lógica jurídica– que intenta seguir tras el significado de la dependencia lingüística del Derecho ¿qué consecuencias tiene para el origen, validez y aplicación del Derecho positivo la circunstancia de que se discuta, establezca, mantenga en vigencia, publique y desarrolle con signos lingüísticos? en esta cuestión se han originado distintas disciplinas parciales científicamente puras, es decir, disciplinas que no prestan atención a contenidos jurídicos y que se interfieren entre ellas y la lógica jurídica: La hermenéutica (jurídica), teoría de las condiciones bajo las cuales un texto jurídico hablado o escrito puede ser entendido. La semiótica (jurídica) teoría de los signos del entendimiento dentro de los cuales se encuentra el lenguaje. La informática jurídica, investigación de la cuestión referente a si el lenguaje de un Derecho positivo puede ser ‘formalizado’, es decir, si se lo puede liberar de las ambigüedades e imprecisiones a tal punto que se deba organizar la asistencia de la elaboración automática en la discusión de problemas de Derecho positivo”. Ver Wolfgang Naucke y Regina Harzer, *Filosofía del Derecho. Conceptos básicos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 148.

la misma “visión” del Derecho que otro de sus colegas, ninguno utiliza el mismo lenguaje, más aun cuando el lenguaje de la ley es, en casi todos los casos, muy poco preciso para determinar en forma tajante el uso del lenguaje”¹¹¹.

Lo que llama la atención en el texto anterior es que partiendo del lenguaje el autor que estudiamos nos coloque frente a la “*cosmovisión del jurista*”. Ciertamente es más complicado de lo que parece creer decir y nos relaciona con algo de lo que Radbruch planteaba con respecto a la idea del Derecho. En el tema particular del lenguaje pudiera haber una limitación (como la tiene el lenguaje de la ley) al pretender reducirlo todo a formas nominativas aceptadas por todos los juristas. En mi opinión pareciera que el lenguaje –única forma de expresar lo percibido y lo pensado con respecto a lo percibido– fuera de alcance limitado –al menos para el jurista que es el caso que nos ocupa– para expresar una idea que tiene componentes múltiples difíciles de ensamblar en un concepto común. En los términos anteriores podemos entender –en nuestra forma de ver las cosas– como Kaufmann trata de vincular al lenguaje con la cosmovisión del jurista lo que parece complicado de entender frente a visiones particulares. De cualquier forma, hay un esfuerzo importante por dejar sobre la mesa las antinomias que puede ser que no tengan solución definitiva, pero constituyen un inagotable material para la reflexión.

¹¹¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 225. Sin pretender ahondar en este tema de mundo y realidad al que hace referencia Kaufmann; ni profundizar en la teoría de Frege acerca de “sentido y referencia” y la de Wittgenstein de proposición que tuvieron un importante alcance para el positivismo lógico podemos mencionar lo señalado por Maribel Narváez Mora para ilustrar el tema del mundo y realidad: “Wittgenstein creyó haber satisfecho su propósito de resolver todos los problemas filosóficos ofreciendo una teoría metafísica: a menos que el mundo esté compuesto por elementos simples cuyas combinaciones posibles den lugar a hechos atómicos, no puede existir un lenguaje que represente la realidad. Sin la apelación a la verdad con el alcance que Frege le daba no había manera de justificar la adquisición de conocimiento. Sin la apelación al isomorfismo entre mundo y lenguaje, realizado por Wittgenstein, no había forma de construir un lenguaje significativo o que represente el mundo. Todo ello se encuentra enmarcado en un proyecto en el que la idea de conocimiento objetivo es fundamental. Pero las consecuencias de usar dichas construcciones fuera de su ámbito de interés suponen una distorsión, por ejemplo, si se usan para explicar los lenguajes naturales”. Ver Maribel Narváez Mora, *Wittgenstein y la teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 53.

Probablemente Kaufmann entra en el recuento de algunos detalles más curiosos (pueden ser anecdóticos) con respecto al estilo jurídico. Lo anterior tiene algún interés especialmente en lo relativo al estilo en el Derecho alemán. Como en otros temas menciona a Radbruch quien le otorga al lenguaje jurídico, ante todo el lenguaje de la ley, un valor estético especial en razón de su laconismo, de su frialdad y sobriedad, de su renuncia a todo elemento persuasivo, de su omisión de todo elemento didáctico¹¹². Lo didáctico señalado por Kaufmann adquiere relevancia frente a planteamientos como el de Hart, secundado por Finnis, con respecto a la perspectiva interna del que se siente obligado por la norma. A fin de cuentas, el Derecho se dirige más al ciudadano que al jurista. En el ciudadano consigue la fuente de su legitimidad. En su cita de Hume Kaufmann nos aproxima a una concepción del Derecho como una forma de lenguaje. Así señala:

“Ya David Hume había concebido al Derecho en su Treatise on Human Nature como una forma de lenguaje. Y, con ello, tomó de referencia un punto de vista nominalista en extremo. De acuerdo con su doctrina las cualidades jurídicas, como por ejemplo la propiedad, serán únicamente “asignadas”, pues a ellas no les subyace nada comprensible empíricamente. El Derecho sería un grupo de signos establecidos con el fin de que nosotros nos podamos poner de acuerdo sobre la asignación válida de ciertas cualidades imaginarias, las cuales son consideradas por la comunidad como importantes. La efectividad discursiva e informática de tal sistema de signos dependerá con ello, de en qué medida la convención que le sirve de fundamento es aceptada. Las normas jurídicas serían propuestas para la constitución de un lenguaje pragmático útil, de una técnica de comunicación para superar las divergencias y para el entendimiento entre adversarios que viven en el mismo grupo social. Hume estaba convencido que la ventaja de la existencia de un fundamento –por ejemplo, de un acto de voluntad, en consecuencia del cual soy poseedor de una cosa– representa una pura hipocresía.

¹¹² Como dato curioso Kaufmann relata que la tradición cuenta que Stendhal mientras escribía la *Cartuja de Parma*, leía todas las mañanas el Código Civil francés para ponerse a tono, ya que el mismo era muy elogiado por la elegancia de su lenguaje. Del alemán señala Kaufmann hubiera sido difícil conseguir tales efectos no obstante estar redactado de forma exacta, más racional y lógica. Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 225.

Esto no solo sería algo ficticio, sino completamente irrelevante. No existiría nada que fuese algo así como una obligación, sería más bien, solo una “manera de hablar” a la cual le imputamos convencionalmente consecuencias materiales... estamos de acuerdo con Hume en que el Derecho se constituye a través del lenguaje”¹¹³.

El anterior planteamiento de Kaufmann que no solo se refiere al “nominalismo extremo” de Hume, nos habla de un acuerdo con respecto a signos que nos permitan entendernos entre nosotros: la efectividad del proceso en cuestión está sujeta a la aceptación de la convención que establece las fórmulas propuestas. Kaufmann podría lucir simplista al acoger una fórmula como “manera de hablar” para referirse a cómo manifestamos conceptos como el de obligación. Independientemente de la fórmula utilizada lo que quiere expresar, al menos para nosotros luce claro. Andrei Marmor lo explica de la siguiente forma:

“...es obvio que el contenido comunicado es en parte determinado por el sentido de las palabras que uno usa y parcialmente por ciertos hechos que deben ser conocidos por el que habla y el que escucha –tales como quien habla o de qué manera uno resalta algo”.

Más adelante señala el mismo autor que citamos:

“Por ahora, el punto esencial que debemos tener en mente es que toda interacción comunicativa está guiada por algunas normas que gobiernan la clase de contribución a la conversación que el que habla pretende realizar. Sin ese marco normativo, típicamente compartido por las partes relevantes de la conversación, la comunicación no puede ser posible”¹¹⁴.

¹¹³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 229 y 230. Sobre el nominalismo de Hume, al que se refiere Kaufmann, señala Rodolfo Luis Vigo: “El genio crítico de Hume arremete, con las armas del nominalismo, contra la abstracción y los universales: “todas las ideas generales no son más que ideas particulares, unidas a un cierto término, que les da una significación amplia y lo hacen recordar ocasionalmente otras ideas individuales, que se asemejan a ellas”. Es decir que las ideas universales son representaciones o imágenes particulares semejantes que nuestra mente por costumbre evoca y las asocia, designándolas con un nombre común”. Ver Rodolfo Luis Vigo, *Visión crítica de la historia de la filosofía del Derecho*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, pp. 103 y 104.

¹¹⁴ Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton Foundations of Contemporary Philosophy, Princeton, 2011, pp. 139 y 141.

Kaufmann utiliza lo que él llama bidimensionalidad del lenguaje para criticar las dos –en mi opinión– grandes tendencias de la filosofía del lenguaje del siglo veinte representadas por Wittgenstein, Carnap y G.E. Moore. También hace referencia a Austin (de gran influencia en el positivismo analítico británico) y a Searle. Este último tuvo una notable importancia con su teoría de los actos de habla (*Speech act*) que tiene antecedentes que no pueden ser ignorados –aunque Kaufmann no lo menciona– en la teoría de los actos sociales de Adolf Reinach.

El siguiente párrafo del autor en estudio es significativo de su manera de ver algunas de las posiciones filosóficas en boga relativas al lenguaje. El valor de sus comentarios nos ubica en la posición de un jurista extremadamente formado en filosofía que pretende aportar elementos de análisis para un tema central en la filosofía del Derecho de la postguerra. Así señala:

“En la filosofía del lenguaje reciente se han formado –si es posible aquí simplificar por una vez algo– esencialmente dos corrientes representadas por Wittgenstein del Tractatus y por el Wittgenstein de las Investigaciones filosóficas. Una corriente se esfuerza por la creación de un lenguaje ideal, un lenguaje artificial estrictamente formal, en el cual solo pueden ser utilizados símbolos claros, a fin de que mediante tal “manera de hablar formal” (Carnap) se proteja a la ciencia de usos lingüísticos sin sentido y de los problemas aparentes que de allí resultan. La otra corriente, iniciada por el filósofo inglés G.E. Moore, que parte del “lenguaje normal hablado”, ordinary language philosophy, tiene como finalidad reducir palabras provenientes de la esfera metafísica a su significado original y, a través de la utilización correcta del lenguaje natural, eliminar ambigüedades conceptuales (aquí se halla también fundamentada la teoría de los actos de habla de Austin y de Searle). Con la corriente lingüística ideal la filosofía tiene por tarea purificar al lenguaje; con la corriente lingüística normal, por el contrario, el lenguaje tiene por tarea purificar a la filosofía”.

Ninguna de las dos corrientes ha podido triunfar sobre la otra. No se incurre en un error si se determina el motivo de ello en la estructura del lenguaje mismo, en lo que yo quisiera denominar bidimensionalidad

del lenguaje. El lenguaje vivo se mueve siempre en dos planos, como quien dice, uno horizontal o lineal y uno vertical o trascendental. En el primer plano tenemos que ver con la dimensión categorial del lenguaje, con el lenguaje digital; se trata de claridad lógico-formal y de exactitud, las cuales se deben alcanzar a través de la abstracción y de las reglas del lenguaje; bajo determinadas circunstancias, por medio de la utilización de lenguajes artificiales (la función operativa o función significativa del lenguaje). En el segundo plano tenemos que ver con la dimensión intencional-metafórica del lenguaje, con lenguaje analógico. Aquí se trata del sentido lógico trascendental del lenguaje, el cual excluye claridad y exactitud de la “lógica de la cosa” (la función comunicativa o función simbólica del lenguaje). El lenguaje digital es puramente reproductivo sin función innovadora; el lenguaje analógico, por el contrario, es productivo e innovador. Con el lenguaje realmente entrelazan siempre ambas dimensiones, no se trata de o bien este o bien aquel, sino de un más o menos. Un lenguaje unidimensional sería, o bien solo vertical y, por tanto, de significados tan ambivalentes que no se podría nombrar o comprender nada más, o bien solo horizontal, y con ello de tal manera unívoco que no sería algo viviente y solo lo podrían hablar seres que fueran tan insensibles, tan carentes de humor y de pasión como un computador (no tengo nada contra el computador, que es un maestro del número, pero él desconoce ciertamente la palabra). El lenguaje vive y se renueva siempre a partir del lenguaje corriente, si el lenguaje técnico pierde su conexión con el lenguaje corriente entonces muere.

Lo dicho concierne también a la relación entre lenguaje corriente (lenguaje normal) y lenguaje técnico, con lo cual aquí solo se debe considerar el lenguaje técnico jurídico, en especial el lenguaje de la ley. Con todo se debe observar que el lenguaje técnico jurídico no es un lenguaje científico, pues sintaxis y semántica no se fundamentan en reglas explícitas. En el fondo no es ni siquiera un lenguaje técnico sino, más bien, un lenguaje corporativo de los juristas, pues aquí los técnicos se ponen de acuerdo sobre un determinado uso del lenguaje. Rudolf Wassermann lo llama un “lenguaje corriente técnico”¹¹⁵.

¹¹⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 231 a 233. Kaufmann toca –no sabemos si con toda claridad– temas centrales como lenguaje vivo e ideal, lenguaje artificial y lenguaje técnico. Si bien no

En esta parte de su trabajo Kaufmann no se refiere expresamente a Hart, pero sí a autores que tuvieron influencia sobre su filosofía del lenguaje la cual es fundamental para entender la filosofía jurídica de la postguerra. Así nos señala Andrei Marmor:

“El importante rol que la filosofía del lenguaje juega en la articulación de ciertos aspectos de Derecho ha sido bien reconocido por H.L.A. Hart. A lo largo de sus escritos, Hart deja claro que él ve al entendimiento del lenguaje como central para su método de entender el Derecho. Algunos críticos no han entendido esta perspectiva metodológica, alegando que lo que Hart persigue es un análisis de lenguaje ordinario relativo al significado de la palabra Derecho. De hecho, él no solo no se ha visto envuelto en nada parecido a un análisis lingüístico del Derecho, sino que adicionalmente ha manifestado que esa actividad es totalmente improductiva. La filosofía del lenguaje es central para el entendimiento del Derecho por razones diferentes. El Derecho... consiste en directivas autoritativas. El contenido del Derecho es equivalente al contenido que es comunicado por varias autoridades legales. Las autoridades se comunican, por supuesto, en un lenguaje natural. Entonces, un

se refiere a Quine que tanta influencia ha tenido en la filosofía del lenguaje de la segunda mitad del siglo veinte y en la filosofía jurídica naturalista el mismo se refiere a algunos temas de los planteados por Kaufmann. En efecto Quine señala: “El lenguaje es en perpetuo movimiento. Cada uno de nosotros aprende su propio lenguaje dependiendo fuertemente de la analogía, interpretando o fabricando frases adicionales por analogía con frases que hemos aprendido anteriormente; y esta fuerza de la analogía reacciona sobre el lenguaje a lo largo de los años, igualando excepciones y forzando formas extrañas en modos más comunes... Los cambios en el medio ambiente y en la cultura material afectan la frecuencia relativa de las ocasiones en las que usamos diversas palabras, tal como señala George Zipf en la *Sicobiología del lenguaje*, la forma de la palabra es afectada por su frecuencia”. Con respecto a los lenguajes artificiales, el mismo autor señala: “In recent years there has been a conspicuous outgrowth of mathematical notation, and more particularly of the notation of mathematical logic, that is somewhat nearer in spirit to the old full-scale artificial languages after all. I refer to Fortran, Loglan, and the other artificial languages that have been devised for the programming of computers. They have been proliferating much as the old artificial languages did, and the joy of tinkering is again no doubt a factor in the proliferation. But they are subject now to Sharp and rigid criteria of selection, for their efficiency can be strictly measured in computer time. They are new beed of artificial languages, media of artificial intelligence in an ever more artificial world”. Ver W.V. Quine, *Quiddities An Intermittently Philosophical Dictionary*, Harvard University Press, Cambridge, 1987, pp. 11, 12 y 111.

entendimiento de cómo la comunicación lingüística opera y, en particular, cuánto es actualmente determinada por varios aspectos del lenguaje tanto pragmáticos como semánticos, es esencial para entender lo que el Derecho es”¹¹⁶.

El tema del lenguaje natural al cual acabamos de referirnos en Marmor es considerado por Kaufmann de la siguiente manera:

“...las reglas de la vida social en comunidad no se le transmiten al ciudadano a través de las leyes, él las aprende, más bien en la comunicación cotidiana y en la comunicación activa entre personas (en la “interacción”, como dicen algunos sociólogos al usar una expresión poco afortunada). Sus representaciones sobre lo que es jurídico o antijurídico tampoco se mueven, por tanto, dentro de las categorías del lenguaje legal, sino que están condicionados por el lenguaje corriente. Y por ello tampoco la conciencia de lo antijurídico, así como la tiene el autor en el momento del crimen, está impregnada de una representación específicamente jurídica, sino que está impregnada por el saber sobre el significado social del hecho”¹¹⁷.

Pero el tema de la comunicación de las directivas autoritativas, tal como lo señalaba Marmor, en Kaufmann asume una consideración adicional. No se trata solo de dar a conocer la ley a los juristas y ciudadanos lo cual requeriría en los segundos lo que probablemente María Teresa, con algo de exageración, ordenó para Hungría “*que la institución encargada de expedir la legislación tenía que incorporar un ‘hombre ignorante’: si él no comprendía el proyecto, entonces este debía redactarse de nuevo*”. Es lógico que lo que se entiende fácilmente —en el caso de los ciudadanos— es más fácil de conocer. Para Kaufmann la realidad es completamente distinta, hay sobre todo un tema de fijación del auténtico temor literal de la ley. No obstante, el asunto toca temas tan sensibles como el relativo, en última instancia, a la escogencia —si ese fuera el caso— entre seguridad jurídica y fundamentación del Derecho (si la finalidad es fundamentar eso se lograría más fácilmente con un

¹¹⁶ Andrei Marmor, ob. cit., p. 136.

¹¹⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 236 a 237.

lenguaje al alcance de todos). Para poner sobre el terreno el problema Kaufmann recurre a Feuerbach:

“El gran logro de la época del estado de Derecho liberal desde los días del genial Paul Johan Anselm v Feuerbach es la idea de que la función de la ley no se encuentra tan solo en la fundamentación, sino por, sobre todo, en la limitación del poder del Estado, en especial del poder de castigar, en la garantía para los ciudadanos de ser llamados a responder solo dentro de las fronteras de la ley. En esta ficción de garantía se encuentra el sentido del principio nulla poena sine lege. Y sólo a partir de allí se explica el lenguaje peculiar de la ley. No se trata, por lo menos no de manera primaria, de una información de contenido sino de la garantía de seguridad jurídica y con ello de una forma que pone límites. En la formulación de los supuestos de hecho el legislador debe en consecuencia esforzarse por la mayor exactitud posible, así sea al costo de la claridad y de la popularidad. El ideal sería, de acuerdo con lo aquí expuesto, el lenguaje unívoco en donde no hay nada que aclarar”¹¹⁸.

Pero el lenguaje unívoco del cual nos habla Kaufmann en el texto citado no parece satisfacer —en su propia opinión— los requerimientos del mundo de hoy, no obstante, lo anterior, pareciera que en el mundo del espíritu en general y de la jurisprudencia en particular hubiera una tendencia hacia el racionalismo que se remonta a Leibniz. En tal sentido señala el autor *in comento*:

“En las ciencias del espíritu..., especialmente en la jurisprudencia, florece aun el racionalismo como en los tiempos de Leibniz; predo-

¹¹⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 239 a 240. En el campo del Derecho penal se asocia a Feuerbach con el principio de la legalidad en materia penal: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Feuerbach a quien se relaciona con Hegel fue el padre del famoso filósofo alemán Ludwig Feuerbach y redactor del Código Penal de Baviera de 1813. En la actualidad su teoría ha sido estudiada con el objeto de distinguir su “garantismo” como de mera legalidad penal del de Ferrajoli de estricta legalidad penal. Detrás de todo el tema hay algo más trascendente señalado por Vincenzo Ferrone: “...el gran debate europeo que se desarrolló después de la publicación en 1764 ‘De los delitos y de las penas’ de Beccaria fue el comienzo de un largo proceso que eventualmente produjo un cambio de foco desde la lucha por los derechos civiles a los derechos políticos y sociales”. Lo anterior justifica el énfasis de Kaufmann en el tema de “la limitación del poder del Estado”. Ver Vincenzo Ferrone, *The Enlightenment. History of an Idea*, Princeton University Press, 2017, p. 152.

mina la concepción según la cual el mundo, en todo caso el mundo de la ciencia, crece dividido por la razón sin reserva. La racionalidad del conocer y del afirmar vale para muchos como el criterio de la cientificidad por antonomasia. En forma correspondiente, también la ley jurídica se comprende como un constructo racional, que solo puede ser interpretado de manera racional”¹¹⁹.

A continuación, Kaufmann trata de responder a la pregunta ¿el computador como juez? En este sentido se refiere –tomando a Winfried Hassenmer– a una formalización del lenguaje legal y de la interpretación legal lo cual es solo posible en la medida en que la norma legal, tanto en el aspecto sintáctico, como en el semántico, se traduzca en un lenguaje de signos simbólicos. Esto presupone, una vez más, que el legislador conozca la suma de las decisiones correctas de casos y las fije a través de las correspondientes reglas de lenguaje. Con ello quedaría libre el camino hacia la jurisprudencia por computador. Solo que lo que resultaría de ello sería, seguramente, un derecho diferente al que surge de la jurisprudencia sentada por los jueces: un derecho en el que el principio de igualdad se manipulará en forma completamente mecánica, que no considera de ninguna manera la situación histórica concreta, ni la individualidad; una caricatura de la justicia ciega, la cual dictamina “*sin tener en cuenta a la persona*”; un Derecho impersonal y sin historia¹²⁰.

¹¹⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 241. Sobre Leibniz, ratificando algunos de los comentarios de Kaufmann señala Rodolfo Luis Vigo: “es indudable que Leibniz intentará desarrollar una teoría jurídica rigurosamente idealista y que tenga el rigor de las matemáticas, y así claramente lo expresa: ‘La teoría jurídica cuenta entre aquellas ciencias que no dependen de la experiencia, sino de definiciones, no de pruebas de los sentidos, sino de la razón’, y refiriéndose a la justicia que incluye ‘entre las verdades eternas y necesarias’: nos dice Leibniz que del concepto de la misma ‘pueden extraerse consecuencias seguras, según las leyes inquebrantables de la lógica; del que pueden deducirse evidencias necesarias y demostrables que no dependen de hechos, sino solo de la razón, como la lógica, la metafísica, la aritmética, la geometría, la dinámica, y también, la ciencia jurídica’. Sin embargo, Leibniz no admite la resistencia a la desobediencia del Derecho humano, aun cuando sea notoria su injusticia”. Ver Rodolfo Luis Vigo, ob. cit., pp. 85 y 86.

¹²⁰ La última parte del *Principia iuris* de Ferrajoli presenta un esfuerzo interesante por formalizar el “lenguaje de la teoría axiomatizada del Derecho”. Dicho lenguaje formalizado está definido por el vocabulario y por las reglas. Dichas reglas –según el autor– sobre las que se construye su lenguaje no pertenecen a la teoría y no se formulan en lenguaje teórico. “Son más bien expresiones metateóricas que determinan la estructura sintáctica de la teoría, esto

Ciertamente que lo señalado por Kaufmann no excluye que los vacíos puestos de relieve por él no pudieran ser aportados, al menos en un comienzo, por el juez que nunca debería faltar a pesar de tener ya avanzada toda la información requerida. Ciertamente que ese tipo “diferente” de juez debería tener una formación que vaya más allá de la jurídica para comprender algunos de las carencias presentes en este tipo de proceso. A la larga lo que –por ejemplo– la inteligencia artificial puede aportar no se limita solo a la acumulación de información, sino a la elaboración de respuestas similares a las que un humano podría producir. Al final Kaufmann se da cuenta que estamos frente a un proceso irreversible que va a arropar a todas las ciencias. Por ello introduce elementos como la *fuzzy logic* (lógica difusa) para flexibilizar el proceso. Así nos señala que:

“De todos modos, es interesante que las personas dedicadas a la informática jurídica ahora se dispongan, con ayuda de la fuzzy logic, a hacer posible el manejo en computador de los conceptos jurídicos indeterminados e inclusive de la analogía (bajo la aplicación de redes neuronales). Este desarrollo será observado con cuidadosa curiosidad. Seguramente sería errado tildar con ligereza este intento como inútil. En todo caso, sea cual fuere la forma como este desarrollo tenga lugar, una analogía “calculada” no va a ser más en el sentido tradicional”¹²¹.

A fin de cuentas, la formalización del Derecho es posible y solo cabe alguna duda con respecto al alcance de la misma. Por ello, el

es, la sintaxis (o lógica) del lenguaje teórico. Se distinguen en dos clases: las reglas de formación y las reglas de transformación... La sintaxis de nuestro lenguaje teórico está definida por los tres siguientes elementos: 1) el vocabulario que es el conjunto de los símbolos que lo componen; 2) las reglas de formación, conforme a las cuales los símbolos del vocabulario teórico pueden ser combinados en expresiones bien formadas, y 3) las reglas de transformación, que son el conjunto de los axiomas, las reglas y las leyes lógicas que permiten la derivación de expresiones verdaderas a partir de otras expresiones precedentemente aceptadas como verdaderas, bien porque han sido asumidas como postulados o como definiciones, bien porque a su vez han sido derivadas de modo análogo”. Ver Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, Tomo 3, La sintaxis del Derecho, Editorial Trotta, Madrid, 2011, pp. 7 y 8. Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 241 y 242.

¹²¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 243.

propio Kaufmann señala: *“La distinción entre un ámbito apropiado para la formalización y un ámbito que no lo sea no es, por tanto, en esencia una cuestión cuantitativa, sino cualitativa, en la cual no existen fronteras definidas en forma tajante”*¹²². De forma extremadamente interesante Kaufmann utiliza el principio de separación de los poderes para relacionar al lenguaje de creación del Derecho del de aplicación del mismo:

*“Así el lenguaje crea el Derecho de doble manera: a través del acto de la fijación normativa y a través del acto de la decisión jurídica. La norma requiere siempre en forma reiterada de la decisión, para poder producir efectos como norma; por otra parte, la decisión requiere de la norma o de un principio para poder aspirar a tener validez. Fuerza de la ley y fuerza de Derecho están necesariamente relacionadas entre sí. No es que la fuerza de Derecho valga más que la fuerza de ley, como opinaba Oskar Bülow; no existe ninguna fuerza de ley sin fuerza de Derecho, así como, por otra parte, sin fuerza de ley (sin una forma efectiva) tampoco podría existir fuerza de Derecho. Esto no constituye ninguna contradicción al principio de la división de poderes, más bien, precisamente, su verdadero significado”*¹²³.

El tema anterior es planteado por Hart con respecto a las reglas de reconocimiento que son *“reglas para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de aplicación”* y las *“reglas de adjudicación”* *“que además de identificar a los individuos que pueden juzgar, definen también el procedimiento a seguir”*. Lo importante en este caso para Hart es la relación entre la regla de adjudicación y la de reconocimiento

¹²² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 244.

¹²³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 245. El tema planteado por Kaufmann es de suma importancia a la hora de determinar el alcance de la actividad judicial y por ende su independencia. Para Radbruch se trata de un tema de “fines”, así nos señala que: “El fin según frase de Jhering, es el creador de todo el Derecho. Mas este, apenas creado, niega ya a su propio creador, surgido de un fin, olvida pronto que su destino está en el cumplimiento de ese fin, y pretende valer tan solo por su mera existencia, es decir, quiere vivir como un fin en sí según propia legalidad. Temerosamente fue aislada la propia legalidad del Derecho de la actividad finalista del Estado, la judicatura de la administración. Este es el sentido del precepto básico de la independencia judicial”. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., p. 309.

lo cual produce una dinámica de creación-aplicación del Derecho propia. Esto lo señala Hart en los siguientes términos:

“En verdad, un sistema que tiene reglas de adjudicación está también necesariamente comprometido a una regla de reconocimiento de tipo elemental e imperfecto. Esto es así porque, si los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida, no puede evitarse que ellas sean consideradas como determinaciones revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas. Así, la regla que confiere jurisdicción es también una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales y estas decisiones se convierten en una “fuente de Derecho”¹²⁴.

Indagando más en el proceso de creación de Derecho Kaufmann se introduce en el tema de la analogía. Su análisis parte de la diferenciación entre la igualdad material y la formal. En tal sentido su línea de argumentación se desarrolla así:

“Lo que en la jurisprudencia se llama tradicionalmente analogía se distingue de la creación normal de Derecho y, ante todo, de la llamada “interpretación teleológica” solo en razón del grado de extensio, pero no en razón de la estructura lógica del proceso. También la “subsunción corriente” es una analogía. Solo se podría entonces, separar básicamente subsunción de analogía si existiese una frontera lógica entre igualdad y similitud. Pero no existe esa frontera, pues la igualdad material es siempre solo similitud, e igualdad formal no se presenta en la realidad, ella “existe” solo en el campo de los números y los signos matemáticos (lógico-formales). Ante esta situación fracasa toda “prohibición de analogía”, así se pretenda, en razón de que no pueda ser fundamentada objetivamente, también conjurarla de manera enfática. O puesto así: el problema de la prohibición de la analogía es un problema dentro de lo analógico”.

¹²⁴ Ver H.L.A. Hart, ob. cit., pp. 120 y 121.

El hecho de que toda creación de Derecho represente un proceso analógico y exhiba, por tanto, la estructura de la extensio aclara también el fenómeno contemplado una y otra vez con asombro “*que la ley es más inteligente que el legislador*”; que a partir de la ley se pueden obtener decisiones que el legislador no había dispuesto en forma alguna.

Si se entiende la obtención de una sentencia jurídica concreta sencillamente como “*aplicación de la ley*”, entonces este fenómeno permanece como un acertijo sin solución. En efecto, se cree tener una explicación en la así llamada teoría de la interpretación objetiva, que no se orienta en la voluntad del legislador histórico, sino en el sentido de la ley que se transforma. Pero, ¿cómo así se transforma el sentido de la ley cuando el temor literal permanece igual? Esto es solo y únicamente del caso porque este sentido de la ley no solamente se esconde en la ley, sino de la misma forma en las circunstancias de hecho de la vida concreta para las que la ley está determinada. La interpretación objetiva de la ley es entonces, en verdad, no solo interpretación de la ley, sino que ella es ese complejo deductivo-inductivo: un suceso analógico, aquel ir y venir de la mirada entre la ley y la circunstancia de hecho concreta... Solo en razón de ese carácter analógico, de esa polaridad de supuesto de hecho y supuesto normativo, vive y crece el Derecho, posee la estructura de su ser propia de la historicidad¹²⁵.

Refiriéndose al legislador Kaufmann señala que la tarea del mismo es describir tipos. Para él los conceptos abstractos son de gran

¹²⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 247 y 248. Hart se refiere a la analogía en el capítulo primero de su obra *El concepto de Derecho* cuando trata de explicar que el propósito de su libro “no es dar una definición de Derecho, en el sentido de una regla según la cual se puede poner a prueba la corrección del uso de la palabra; su propósito es hacer avanzar la teoría jurídica proporcionando un análisis más elaborado de la estructura distinta de un sistema jurídico nacional, y una mejor comprensión de las semejanzas y diferencias entre el Derecho, la coerción y la moral como tipos de fenómenos sociales”. En las notas a dicho capítulo relativas a la página 18 el autor que comentamos se refiere a lo señalado por Wittgenstein con respecto a los juegos en el cual este indicaba al compararlos que “si los miras no verás si hay algo común a todos ellos por cierto algo que sea común a todos, sino que verás semejanzas, parentescos y por cierto toda una serie de ellos. Como se ha dicho: ¡no pienses, sino mira! En la misma nota Hart se refiere en su mención de la analogía a Aristóteles (*Ética a Nicómaco*) y a Austin (*The Province of Jurisprudence Determined*). Ver H.L.A. Hart, ob. cit., pp. 16 a 21 y 296. Ver Ludwig Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, ob. cit., p. 87 (apartado numerado 66).

importancia a la hora de configuración de la ley. Los mismos le confieren forma y garantizan la seguridad jurídica. No obstante, señala el autor que estudiamos: *“Pero es imposible describir un tipo en forma exacta; la descripción tan solo se puede acercar al tipo, este jamás podrá ser abarcado en los más finos detalles”*¹²⁶. La argumentación de Kaufmann se concentra alrededor de los límites que la realidad impone al legislador. Ese proceso de sintetización de la realidad en un tipo constituye la parte más compleja de la actividad legislativa. Para Kaufmann:

*“El propósito de la producción legislativa: la conceptualización de los tipos, es inalcanzable y en la creación concreta del Derecho se debe, por consiguiente, recurrir una y otra vez al tipo pensado por la ley. En esto consiste la esencia de la interpretación teleológica; la cual no trabaja con los conceptos legales definidos en forma abstracta y general sino con los tipos que se encuentran detrás; ella argumenta a partir de la “naturaleza de la cosa”*¹²⁷.

No sabemos el alcance completo que Kaufmann pretendió dar al concepto de *“naturaleza de la cosa”* lo cierto es que el mismo ha sido ampliamente discutido por prestarse a situaciones distintas a las planteadas por Kaufmann. Por ejemplo, el término naturaleza fue abiertamente criticado por el fenomenólogo Adolf Reinach que prefirió hablar de esencia¹²⁸. Por su parte Naucke y Harzer señalan:

“Son muy amplios los esfuerzos que tratan de explicar el manejo de la naturaleza de las cosas que sea algo más que puro adorno de la voluntad política. Al respecto se ofrecieron alternativas que presentan todas, la misma organización pretendiendo responder a la “naturaleza de las cosas”. Todas abren la posibilidad de concebir normas jurídicas, es decir, prescripciones obligatorias de acciones como resultado de procesos teóricos de reconocimiento, como reconocimiento de entes. Al jurista interesado en la teoría del Derecho, junto a la “naturaleza de las cosas” se le han confiado los siguientes caminos hacia el ser: reconocimiento de la esencia de un

¹²⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 251.

¹²⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 251.

¹²⁸ Adolf Reinach, ob. cit., pp. 158 y 159.

instituto jurídico (fenomenología jurídica), fuerza obligatoria de las estructuras ontológicas (del ser) en el Derecho, y observación de lo previamente dado al Derecho”¹²⁹.

Kaufmann trata de derivar de los conceptos de “jurisprudencia de concepto” y “jurisprudencia de interés” que es lo que permite ampliar el contenido de los conceptos y ajustarlos a una realidad en constante movimiento. En tal sentido señala Kaufmann:

“En el proceso de realización del Derecho tenemos que ver entonces con un constante cerrarse y abrirse y nuevamente cerrarse... de los conceptos legales; casi se podría llamar una dialéctica entre “jurisprudencia de concepto” y “jurisprudencia de interés” (con lo cual es reconocido que ambos contienen un aspecto correcto). El legislador intenta, de la manera más precisa posible, abarcar en conceptos las típicas circunstancias de hecho de la vida; la jurisprudencia debe saltar de nuevo sobre estos conceptos, pues ellos se manifiestan como muy limitados (“definidos”), para poder corresponder a las realidades de la vida; de inmediato comienza, sin embargo el procedimiento en dirección contraria, en la medida en que de aquí en adelante –por ejemplo por parte de los comentadores de la ley– se presenta una nueva definición “corregida” del concepto concerniente, que por su lado, en vista de la diversidad de la vida, una vez más tan solo podrá ser suficiente por un lapso mayor o menor; un proceso que nunca arribará a su fin”¹³⁰.

Kaufmann a fin de explicar –o al menos intentarlo– como se da en la realización del Derecho la correspondencia entre el mundo cotidiano y el de las normas (jurídico) recurre a la doctrina penal –de la cual tiene amplio conocimiento teórico y práctico– de la imputación. De la aplicación ya señalada concluye:

“Que el juez en el proceso penal debe asumir dos papeles, el papel de la ley y el papel del acusado. La “valoración paralela” se consume en el juez; él debe mediar entre el mundo del lenguaje

¹²⁹ Wolfgang Naucke y Regina Harzer, ob. cit., p. 164.

¹³⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 252.

corriente de quien infringe la ley penal y el mundo de lenguaje técnico de la ley penal. Por tal razón debe estar familiarizado con los dos lenguajes, el lenguaje del pueblo y el lenguaje de la ley. Esta exigencia, entre tanto, no la satisface muy frecuentemente el juez profesional. El peligro guarda relación con que el juez observe el mundo del actor en forma exagerada a través de los lentes de los conceptos legales que le son familiares y lo observe, en consecuencia, de manera distorsionada; que el juez, por tanto, no haga justicia a su segundo papel. Por este motivo se le ha puesto al servicio un juez laico (los otros motivos que se han aducido para explicar la institución de los jueces laicos son dudosos). La misma expresión juez laico indica que es un mediador, un traductor entre los laicos que no están informados del Derecho y quien ha estudiado la carrera para ser juez. Su tarea consiste en comprender tanto al autor como a la ley, o dicho así: el juez de profesión debe hacer comprensible la ley al juez laico; el juez laico debe hacer comprender el actor al juez profesional. Esto supone, sin embargo, que el lenguaje de la ley no se aleje demasiado del lenguaje corriente. Con leyes lingüísticamente sofisticadas no puede funcionar la valoración paralela”¹³¹.

Para concluir esta parte del análisis de Kaufmann podríamos señalar lo mencionado por Goethe citado por Radbruch: “*Toda palabra que se pronuncie entra en el círculo de las restantes fuerzas de la naturaleza necesariamente operantes*”. Para nosotros cabe lo mismo para toda palabra que se escriba, la jurídica, con mayor razón, no es la excepción¹³².

QUINTA PARTE

EL CONCEPTO DE DERECHO

Kaufmann se vale de la afirmación irónica de Kant: “*Todavía buscan los juristas una definición para su concepto de Derecho*” para buscar un concepto de Derecho que sea “*más que una designación formal de conjunto para el compendio de las leyes, y que diga algo sobre la realidad del contenido jurídico*”. Está claro que la búsqueda será

¹³¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 257 y 258.

¹³² Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 212.

infructuosa si se pretende encontrar el concepto de Derecho. A la misma conclusión arribó Hart a pesar del título de su obra más importante¹³³.

Cuando el autor del que nos ocupamos realiza un recorrido rápido a través del pensamiento de los distintos autores –no todos filósofos del Derecho– se consigue con afirmaciones de tono realista como la de Wendell Holmes –ampliamente criticada por Hart– de que *“las profecías de lo que de hecho van a hacer las cortes, y más ninguna pretensión, es lo que yo entiendo por Derecho”*. Frase que por otra parte ha sido mal interpretada debido al contexto utilitarista dentro del cual fue formulada. En otro orden de intensidad diferente –evidentemente de una sustancialidad evidente– se han realizado intentos por definir al Derecho en términos de asociarlo con lo que se pretende relacionar indefectiblemente con él, ya se trate del ejercicio de tal concepto o de la búsqueda del mismo como un fin. Es el caso de Hegel que concibió al Derecho como libertad y de Kant que en forma menos enfática formuló que *“el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro de acuerdo con una ley general de libertad”* lo que para Kaufmann se traduce en que el Derecho es una limitación igual de la libertad del individuo en favor de la libertad de todos¹³⁴.

¹³³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 265. Ver H.L.A. Hart, ob. cit., pp. 20 y 21.

¹³⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 266. Independientemente del concepto de Derecho que nos aporta Finnis el cual es de contenido amplio, lo importante para nosotros, en este caso, es la construcción del mismo: “Esta concepción multifacética del Derecho ha sido construida reflexivamente siguiendo las implicaciones de ciertas exigencias de la razón práctica, dados ciertos valores básicos y ciertas características empíricas de las personas y sus comunidades. La intención no ha sido lexicográfica; pero la construcción se sitúa bien dentro de los límites del uso común de “derecho” y de sus equivalentes en otros idiomas. La intención no ha sido describir órdenes sociales existentes; pero la construcción corresponde fielmente a muchos fenómenos sociales existentes que son considerados característicamente como casos centrales de Derecho, sistema jurídico, imperio de Derecho, etc. Sobre todo, el significado ha sido construido como un significado focal, no como una adopción del término derecho en un sentido unívoco que excluiría de la referencia del término todo lo que no consiga poseer todas las características (y en toda su extensión) del caso central. Y, lo que es igualmente importante, se ha reconocido plenamente que cada uno de los términos usados para expresar los elementos de la concepción (i.e. “producir”, “determinado”, “efectivo”, “una comunidad”, “sancionado” “guiado por reglas”, “razonable”, “no discriminatorio” “recíproco”, etc.) tiene en sí mismo un significado focal y una referencia primaria, y por consiguiente se extiende a los casos análogos y secundarios a los que le falta algo propio del caso central”. Ver John Finnis, ob. cit., pp. 304 y 305.

En Kaufmann lo que define su punto de partida acerca del Derecho y lo que da pie a cualquier tipo de análisis del desarrollo histórico del mismo es la “*legalización*” que se ha producido en la generación de juristas entre la cual le tocó vivir. Probablemente sus propias palabras lo expresen de forma más contundente:

“...para los juristas de la generación actual se hace difícil entender por “Derecho” algo distinto de lo que se entiende por “ley”. Ellos se quejan de la “juridificación” de nuestro mundo viviente y en realidad piensan con ello, en la “legalización”, ocasionando así un empobrecimiento del Derecho, en lugar de una contención del flujo de leyes”¹³⁵.

Lo anterior lleva a Kaufmann a un análisis histórico de la diferenciación Derecho-ley (detallado de forma muy precisa en autores como Santo Tomás de Aquino) que lleva a la siguiente conclusión que es valiosa en términos de darnos o al menos tratar de alcanzarlo “*un concepto real del Derecho*” así señala:

“Luego de la caída en la perversión legal de las dictaduras modernas no podemos conformarnos más con un concepto de Derecho nominalista y puramente formal; de acuerdo con esto el Derecho en sentido objetivo no es más que una denominación de conjunto (como un nombre), para la totalidad de las leyes positivas cuyo contenido es discrecional (en todo caso dentro del marco del orden constitucional). Nosotros necesitamos un concepto real de Derecho, que indique algo sobre el contenido del Derecho y sobre su realidad, más allá de la realidad de la ley”¹³⁶.

La anterior reflexión de Kaufmann adquiere particular y fundamental interés en países como el nuestro, donde la “*legalización*” independiente de contenido y contraria a los valores esenciales del Derecho (como la virtud y la justicia) pretende imponer a la sociedad leyes que lucen contrarias a los principios fundamentales del Derecho. Se pretende –en función de un pedigrí legal a veces inventado– imponer

¹³⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 267.

¹³⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 280.

una ley contraria a la coherencia requerida por un sistema legal de lo que Finnis llama el “*caso central*”. A veces es conveniente recordar lo que el jurista inglés del siglo XVI Cristopher St German señalaba:

*“En toda ley positiva bien hecha hay alguna cosa de la ley de la razón...; y discernir la ley de la razón de la ley positiva es muy arduo. Mas, aunque sea arduo es muy necesario de toda doctrina moral y en todas las leyes hechas para el cuerpo político”*¹³⁷.

Kaufmann se pregunta sobre la posibilidad de alcanzar un concepto de Derecho general. Si usando el método inductivo nos volteamos hacia el mundo con el objeto de tratar de analizar todos los sucesos fácticos que podamos, no estamos seguros de poder llegar al fin deseado. Volvernos hacia el método deductivo nos va a llevar a un permanente regreso hacia el origen del contenido de los principios abstractos que seleccionemos para este fin. En Kaufmann la reflexión concluye al igual que en Tomás de Aquino, Adolf Merkel y Hans Kelsen con la consideración de la idea de Derecho. No es casual que el capítulo cuarto de la filosofía del Derecho de Radbruch referida “*al concepto del Derecho*” desarrolle de forma amplia “*la realidad referida a la idea del Derecho*”. De cualquier forma, es conveniente referirse a lo expuesto por Kaufmann:

“Se ha intentado con el método inductivo en cuanto, a partir de las situaciones reales concretas de la vida y utilizando la generalización de los rasgos esenciales que le son comunes, se aspiraba alcanzar un concepto de Derecho general. No obstante, a partir de sucesos fácticos, carentes de valoración, no se obtiene nunca un concepto de Derecho, el cual debe ser necesariamente normativo, es decir, debe expresar un deber ser.

Por esta razón se ha aplicado con frecuencia el método deductivo que concluye, por el contrario, de lo general a lo particular. De acuerdo con esto, a partir de la idea de Derecho (justicia) o a partir de los principios generales (a cada quien lo suyo, regla de oro, obligatoriedad de los contratos, imperativo categórico, principio

¹³⁷ John Finnis, ob. cit., p. 308.

del juego limpio, principio de tolerancia, principio de responsabilidad, principio de culpabilidad, buena fe, principio de proporcionalidad y otros más), por medio de procedimientos puramente lógicos se pretende llegar hacia la ley general concretizada y luego hacia el Derecho concreto. Pero, ¿de dónde proviene el contenido de estos principios generales del Derecho o de esta idea de Derecho tan abstractos, sin recurrir a la realidad, que proporcionan los fenómenos de Derecho concreto y, finalmente, aun los más determinados?... A partir de la inducción se puede llegar a un concepto de Derecho solo si en secreto se valoran los hechos. A partir de la deducción se puede lograr solo si en las conclusiones se alude en secreto a la realidad. Con ello se manifiesta un resultado importante: el Derecho tiene relación con el deber ser y con el ser. Y esto quiere decir que debemos valernos de un método que conste de una dialéctica entre inducción y deducción que tenga carácter analógico. Ya Aristóteles, por el contado, había caracterizado la conclusión analógica como una mezcla de conclusiones inductivas-deductivas”¹³⁸.

Lo anteriormente señalado da pie a Kaufmann para preguntarse ¿Son la idea de Derecho y la ley, por tanto, solo la posibilidad del Derecho, a partir de la cual resulta, empero, su completa realidad? Para Kaufmann:

“La respuesta puede ser únicamente la siguiente: a partir de las condiciones de vida concreta que, según la clásica formulación de Dernburg, llevan consigo su medida y su orden, aun cuando en forma más o menos desarrollada. Así como a partir de la idea abstracta de Derecho (de los principios generales del Derecho) solo puede surgir la ley concreta (norma jurídica) cuando ella se pone en contacto con las posibles circunstancias de hecho de la vida por regular, por tanto, a partir de la ley (norma jurídica, regla jurídica) solo puede resultar Derecho concreto a través del contacto con las

¹³⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 281 y 282. Algunos filósofos acuden a la lógica como medio para corregir la manifiesta oposición entre racionalismo normativo / irracionalismo. Aplicada al campo de las decisiones judiciales señala Tecla Mazzaresse: “La lógica borrosa permite una reconstrucción racional de las decisiones judiciales puesto que suministra instrumentos lógicos para superar la crítica dirigida a la teoría lógico-deductiva de las decisiones judiciales”. Ver Tecla Mazzaresse en www.cervantesvirtual.com (p. 201).

reales condiciones de vida. Si bien no es posible que, a partir del ser, como tal, surja Derecho normativo, es menos posible que a partir del deber ser, como tal, se produzca Derecho real. Tan solo allí donde norma y circunstancias de hecho de la vida se colocan entre sí en correspondencia se origina Derecho real: el Derecho es la correspondencia entre deber ser y ser. El Derecho es una concordancia, no tiene un carácter substancial, sino un carácter relacional; la totalidad del Derecho no es, por ende, un complejo de párrafos, no es una unidad de normas, sino una unidad de relaciones”¹³⁹.

El problema de la tesis planteada por Kaufmann es que parece introducirnos a lo que Neil MacCormick llama un fácil eclecticismo. Lo cual no es criticable si nos permite tomar en cuenta todos los elementos en juego para entender la interacción existente entre el Derecho y los valores por una parte y el Derecho y el resto de las instituciones sociales por la otra. Estamos frente a un holismo que no se puede desechar para entender la interacción existente entre los distintos elementos de la vida social. La fórmula es más complicada que recurrir a la fórmula de Hume de ser y deber ser explicada por Reid¹⁴⁰.

Como se trata en esta parte del trabajo de Kaufmann de proporcionar una comprensión conceptual acerca del Derecho probablemente la

¹³⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 283.

¹⁴⁰ Según señala MacCormick: “David Hume introdujo a la discusión filosófica la famosa distinción entre ‘ser’ y dejar ser, y la dificultad de explicar incluso en qué consiste la diferencia. Thomas Reid reconoció el punto, pero declaró rotundamente que cualquier persona que entendiera el castellano (inglés en el lenguaje de Reid) no necesita ninguna explicación acerca de cómo usar la palabra ‘deber’ o, por cierto, la palabra ‘ser’. Es una distinción que nos resulta inmediatamente evidente. Esto es claramente así cuando se consideran ejemplos prácticos, como el hacer filas o hablar”. Ver Neil MacCormick, *Instituciones del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 353 y 354. Con relación al eclecticismo y a la holística MacCormick trata de ejemplificar –lo cual es limitado– a la teoría de los sistemas de Luhmann: “Una parte importante del mensaje... de este libro tiene relación con la interacción entre el Derecho, la política y la economía como elementos de la totalidad de la vida social contemporánea. La civilidad de la sociedad civil se expresa en y depende de esta interacción. La teoría de sistemas de Luhmann provee una explicación sociológica a gran escala de esto, retratando al Derecho, la política y la economía (justo con otros) como grandes subsistemas del sistema social global. Cada uno se distingue por su propia autoconcepción holística, y cada uno recibe *imputs* de los otros solo a través de su interpretación de acuerdo al código apropiado al sistema receptor. Este es un mundo social de un entendimiento mutuo imperfecto en el que cada sistema está constantemente ajustándose a los *imputs* de los demás que están a su vez en perpetuo autoajuste”. Ver Neil MacCormick, ob. cit., p. 372.

mejor vía debe ir orientada por todo aquello que represente los valores hacia los cuales el Derecho se dirige. Dicha teleología fue la asumida por Radbruch y se repite con mayor o menor intensidad en la obra que comentamos. En el sentido ya señalado permítanme compartir con ustedes lo señalado por McCormick:

“No puede negarse que una comprensión conceptualmente satisfactoria del Derecho debe mirar hacia su significado focal y reconocer que el carácter de un concepto interpretativo como el Derecho debe tomar en cuenta los valores hacia los que la actividad jurídica está orientada. Pero esto hace urgente atender a la brecha que existe entre el Derecho conceptualmente aprehendido y el Derecho en su real implementación e impacto. Es, pues, importante preguntar qué hacen realmente los abogados, los jueces y los funcionarios encargados de la imposición del Derecho... Pues tiene que existir algún tipo de equilibrio reflexivo entre la comprensión conceptual de una categoría como “Derecho” y explicaciones empíricas, metodológicamente confiables de los multifacéticos tipos de actividades que se llevan a cabo con la pretensión de estar orientadas hacia el Derecho. Las suposiciones de algunos teóricos acerca del carácter y la orientación a valores del Derecho pueden resultar discordantes con partes sustanciales de las explicaciones empíricas más confiables. Esto no refuta la explicación conceptual en cuestión, aunque la vuelve más persuasiva si ella resulta más concordante”¹⁴¹.

A diferencia de otros autores, como por ejemplo Hart, realiza un análisis previo al concepto de Derecho con el fin de arribar a dicho concepto. En tal sentido termina partiendo de Radbruch para aproximarse al concepto buscado:

“Una etapa previa del concepto de Derecho aquí obtenido, sin duda todavía muy general, se encuentra en Gustav Radbruch, el cual desde una perspectiva que refiere a valores describe al Derecho como la realidad que tiene el sentido de servir a la justicia. La relación entre ser (realidad) y deber ser (justicia es clara). Radbruch concretó más tarde este concepto. Él pone de relieve los

¹⁴¹ Neil MacCormick, ob. cit., p. 370.

siguientes elementos: 1. El Derecho es una realidad y por ello debe ser positivo (carácter de ser); 2. Como materialización de la idea de Derecho, el Derecho se erige sobre la realidad restante valorando y exigiendo y, por tanto, en forma normativa (carácter de deber ser); 3. En razón de la justicia, el Derecho debe establecer igualdad para todos, tiene, por tanto, una naturaleza general; 4. La justicia exige realización del bien común, por lo cual el Derecho debe ser social. En resumen: Derecho es el compendio de normas positivas generales para la vida social (aquí, sin embargo, ya no se expresa muy bien la referencia del Derecho a valores). En atención a que este concepto de Derecho reúne elementos formales (positivo, general) y materiales (normativo, social) se muestra una similitud con el concepto de ley de Tomás de Aquino... Además, se hace claro que aquí se toma en cuenta una opinión “más allá del Derecho natural y del Derecho positivo”¹⁴².

Es interesante ver como en Radbruch se produce la mención de temas presentes en autores como Rawls (igualdad); Finnis (bien común) y Hart (fenómeno social)¹⁴³. En el texto anterior se pone de manifiesto la llamada tercera vía de Radbruch entre positivismo e iusnaturalismo, lo cual a veces no es tan claro. Tomemos, por ejemplo, el tema del “a priori” presente en autores como Reinach y por supuesto en el iusnaturalismo criticado por Emil Lask como ya habíamos visto. En el tema señalado indica Radbruch:

“Así se origina de la naturaleza a la vez positiva y normativa del Derecho, el concepto del precepto jurídico y el de sus ingredientes: cabe decir de un modo previo, es decir, a priori, que no puede darse ningún precepto jurídico que no regule algo, por tanto, que no deba contener tanto, aquel algo como su regulación: situación de hecho y consecuencia jurídica”.

¹⁴² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 285.

¹⁴³ Con respecto a Finnis el concepto de bien común no es solo social, tiene su origen en la búsqueda del bien que perfecciona al hombre y en última instancia viene del creador de todo bien. Finnis señala: “Tampoco puede nadie juzgar de modo verdadero acerca del bien y del mal, si no es en virtud de un conocimiento del plan completo de la naturaleza”. Ver John Finnis, ob. cit., p. 401.

Más adelante vemos en Radbruch la delimitación de lo a priori en un marco que parece más general y excluyente en el cual parece eliminarse (o no considerarse como señala Kaufmann de la definición anteriormente señalada) cualquier mención a lo valorativo reconocido por un concepto a priori:

Encontramos todavía en el transcurso de nuestras consideraciones otros conceptos jurídicos a priori. Pues la aprioridad es un concepto de relación, que califica una conexión de un determinado concepto con un material de hecho determinado; ahora bien, el concepto de Derecho solo desarrolla la plenitud de su aprioridad posteriormente, en lo múltiple de los hechos jurídicos, y, por eso, la enumeración de estos desarrollos es tan imposible como la de los hechos a los que el concepto del Derecho ha de aplicarse. La idea de una tabla de categorías, es decir, de una tabla simétrica de todos los conceptos jurídicos a priori, no es, por tanto, realizable¹⁴⁴.

Pero para Kaufmann la definición de Radbruch no puede ser calificada como concluyente. En su opinión le faltan algunos “momentos”:

“Naturalmente, los cuatro elementos se pueden compartimentalizar: positividad significa, ante todo, seguridad jurídica, paz jurídica; normatividad abarca el carácter de obligación del Derecho; generalidad significa, sobre todo, prohibición de arbitrariedad, y sociabilidad alude, por cierto, también a que el Derecho guarda proporciones y no exige demasiado al individuo (Solón). Con todo, faltan aun dos momentos que se hallan en relación con el concepto de Derecho: libertad y coacción. Pues bien, la ley jurídica garantiza libertad precisamente, en razón de su carácter normativo y general; en la medida que ella vincula, posibilita la libertad general mediante la limitación de la arbitrariedad del individuo...”

Para Kaufmann el carácter coactivo del Derecho está relacionado a lo que Kant dijo:

“El Derecho está asociado a la facultad de ejercer coacción”, y la mayoría de los positivistas jurídicos se apoyan en esto... Quien

¹⁴⁴ Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 89 y 90.

ve en la coacción un elemento de la esencia del Derecho le niega la facultad de fundamentar obligaciones y no está en capacidad de distinguir, por medio de un rasgo material, el Derecho de la mera fuerza. Sin duda, allí donde existe Derecho es posible ejercer coacción, pero no existe Derecho donde existe coacción. La validez del Derecho no se puede fundamentar a partir de la coacción, pero se puede exigir del Derecho vigente que con él predomine el orden y la paz jurídica, lo que en caso necesario podrá ser realizado coactivamente. Con esta reserva, no se puede objetar nada a la frase de Kant”¹⁴⁵.

SEXTA PARTE

LA IDEA DE DERECHO

El análisis de Kaufmann acerca de “*La idea de Derecho*” parte de una afirmación algo desconcertante pero real:

“Lo que debemos entender por idea de Derecho sigue aun sin esclarecerse. ¿Es algo real o (solo ideal)? ¿Es un axioma, una hipó-

¹⁴⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 285. La opinión de Kaufmann es coincidente con la de Hart y contraria a John Austin y Kelsen. Ver H.L.A. Hart, ob. cit., pp. 26 y ss. Para Dworkin “Las decisiones políticas del pasado justifican la coerción porque, y por lo tanto solo cuando, proporcionan una advertencia justa al hacer que las ocasiones de coerción dependan de hechos simples, disponibles para todos en lugar de juicios nuevos sobre moralidad política, que distintos jueces podrían hacer en forma diferente”. La afirmación anterior de Dworkin se produce en el contexto de que “el centro de cualquier concepción positiva del Derecho, al igual que el convencionalismo o el Derecho como integridad, es su respuesta a la pregunta de por qué una política del pasado es decisiva para los derechos del presente”. Ver Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2005, p. 91. Ver Andrei Marmor, ob. cit., pp. 120 y ss. Finnis nos aporta un elemento interesante sobre la coacción para el positivismo. Refiriéndose a que Santo Tomás de Aquino señalaba que el Derecho positivo era necesario por dos razones: una se refiere a los problemas de coordinación; la otra a la coacción. Con respecto a esta última señala: “...podemos observar que la otra de las dos justificaciones para construir un sistema de Derecho positivo para complementar las exigencias “naturales” de la moral, según Tomás de Aquino (quien da a esta justificación una importancia quizás excesiva), es la necesidad de compulsión, de forzar a la gente egoísta a actuar razonablemente. Qué extraño resulta entonces, leer que Kelsen encuentra aun otra “contradicción necesaria entre el Derecho natural y el positivo”, esta vez “porque uno de ellos es un orden coactivo, mientras que el otro, idealmente, es no solamente no-coactivo, sino que de hecho tiene que prohibir cualquier coacción entre los hombres. Esta, por desgracia, es otra imagen distorsionada; una teoría sólida del Derecho natural es un intento de expresar reflexivamente las exigencias y los ideales de la razonabilidad práctica, no del idealismo”. Ver John Finnis, ob. cit., pp. 62 y 63.

tesis, una norma fundamental, un principio regulativo o una condición trascendental para el Derecho en general? Me parece que la idea de Derecho no se debería colocar demasiado en alto, sino comprenderla como “modelo” de la idea del hombre en su triple configuración: el hombre como ser autónomo (como creador de Derecho), como fin de su mundo (y por tanto también del Derecho) y como ser heterónomo (sometido al Derecho)... Como quiera, existe un amplio consenso en que la idea de Derecho es el más alto valor jurídico. Y ese valor supremo es la justicia”¹⁴⁶.

En el planteamiento anterior está presente un desarrollo común con el de Radbruch para quien *“La idea del Derecho no puede ser otra que la justicia... Está, por tanto, justificado que nos detengamos en la justicia, como en un último punto de partida, ya que lo justo —como lo bueno, lo verdadero y lo bello— es un absoluto, es decir, un valor que no puede derivarse de ningún otro”¹⁴⁷*. De entrada, Kaufmann se ocupa de la justicia como un concepto totalmente irreductible que se expresa en los más variados ámbitos de la vida social. Para él la justicia es el *ethos* de la democracia que se expresa en la igualdad. En la época posterior a Kant y especialmente con el positivismo se redujo la justicia al principio de igualdad lo que para Kaufmann se reduce a la proposición según la cual lo igual se debe tratar de igual manera y lo desigual, por su parte, de manera diferente. Para Kaufmann: *“Este principio, por completamente*

¹⁴⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 290-291.

¹⁴⁷ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 82. En el concepto de justicia de Radbruch se mezclan elementos de Max Rümelin y Del Vecchio. Más adelante, Radbruch hablará de las antinomias de la idea del Derecho para referirse a la tensión existente entre justicia, finalidad y seguridad jurídica. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 143 y ss. Finnis señala: “...utilizo el concepto de justicia con toda la amplitud que ese concepto ha tenido en la discusión académica desde que Aristóteles por primera vez lo trató como un tema académico. Es decir, dejo de lado toda la gama de significados especiales y limitantes que la palabra ‘justicia’ puede haber adquirido en el lenguaje común, como en la expresión ‘tribunales de justicia’ o en el contraste que podría trazarse diciendo que una lotería perfectamente equitativa (*fair*) no necesariamente produce un resultado justo (*just*)”. Ver John Finnis, ob. cit., p. 191. Para que el hombre determinado como alma o como animal racional, o como compuesto de alma y cuerpo, él se revela ser, ante todo un ser capaz de perfeccionamiento y superación. En esta perspectiva la justicia es una etapa, más o menos decisiva, que hace posible ese perfeccionamiento”. Ver Jean-François Balaudé, *Instaurer Le Bien. La Problematiche Philosophique de la Justice Dans L’Antiquité (Platon, Aristote, Épicure) en La Justice*, Vrin, Paris, 2007, pp. 33 y 34.

formal, se consideró seguro científicamente; los contenidos de justicia, por el contrario, no pueden ser, según se dice, objeto de la ciencia, estos pertenecen a la política; así lo enseñó en particular Hans Kelsen"¹⁴⁸.

Según Kaufmann un cambio se presenta en Radbruch el cual re-toma la reflexión filosófica sobre contenidos, no sin dejar de lado lo formal siguiendo la tradición neokantiana. De cualquier forma, en materia de contenidos el gran maestro alemán trató de ser fiel a su posición de un relativismo filosófico jurídico o teórico valorativo. Ya habíamos mencionado en la cita al pie de página 2 de esta parte del trabajo que Radbruch se refería a las antinomias existentes entre las distintas facetas de la idea de Derecho. Lo anterior es reportado por Kaufmann de la manera siguiente:

*“Con posterioridad, Radbruch modificó en forma significativa su doctrina de la idea de Derecho y caracterizó justicia (igualdad), finalidad y seguridad jurídica como las “tres facetas de la idea de Derecho”, que dominan de conjunto al Derecho en todos sus aspectos y cuyas contradicciones no pueden ser entendidas como antinómicas sino como “un conflicto de la justicia con ella misma”*¹⁴⁹.

Radbruch pretende diferenciarse de Kelsen configurando una teoría de la justicia en la cual forma, contenido y finalidad interactúen permanentemente. El siguiente texto que pretende ser la última corrección sobre el tema lo expresa de forma más que significativa:

“La distinción según forma, contenido y función de la justicia obedece a la necesidad de una clasificación sistemática de los aspectos de la justicia. En realidad, justicia es siempre, a un mismo tiempo, forma, contenido y función de la justicia; el principio de igualdad es impensable totalmente sin contenido; lo mejor para la comunidad no se puede determinar sin forma; la seguridad jurídica tampoco existe por sí; seguro sólo puede ser el Derecho que satisface el principio de igualdad y la justicia del bien común. La clasificación que surge de aquí no significa, por tanto, una distinción en cuanto

¹⁴⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 291.

¹⁴⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 292.

a la esencia de la justicia sino, más bien, una forma diferente de marcar el acento”¹⁵⁰.

La combinación de la hermenéutica con las teorías procedimentales de la justicia, constituyen un punto central inicial para la comprensión de la misma en Kaufmann. En el autor que estudiamos la relación entre el objeto de la justicia y el sujeto marca un punto de inflexión en la manera de explicarnos su teoría:

“La justicia se representaba como un objeto substancial, como un objeto que se encuentra frente a nuestro pensamiento y es captado por el “sujeto” en su pura objetividad. Se cree que el conocimiento no está mediado por el sujeto que conoce. Aun hoy se leen y se escriben, por tanto, “filosofías del Derecho”, de un lado, y, del otro “doctrinas del método”, se colocan unas junto a las otras sin que lleguen siquiera a rozarse”.

Pero el esquema epistemológico sujeto-objeto pertenece al pasado, esto incluso en las ciencias naturales explicativas, y mucho más en las ciencias hermenéuticas de comprensión. Por eso, en tiempos recientes se han impuesto más y más teorías procedimentales de la justicia, las cuales comprenden a la justicia, y de tal manera también al Derecho correcto, en tanto que producto del proceso de creación jurídica; la cuestión es solo si exclusivamente como un producto tal o si ese proceso tiene un fundamento objetivo (ontológico, lo que no debe significar “ontológico substancial”¹⁵¹.

Kaufmann se refiere a la igualdad como un principio puramente formal en función del cual lo igual debe ser tratado en forma igual y lo desigual, análogamente, en forma desigual. Lo anterior no explica “qué

¹⁵⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 294. El tema de contenido y forma ha estado siempre presente en el ánimo de los positivistas independientemente de la intensidad de dicho positivismo. El último capítulo de *Concepto de Derecho* de Hart se refiere al Derecho internacional y el punto cuarto de dicho capítulo lleva por título “Analogías de forma y de contenido”. Dicho capítulo concluye sobre las analogías entre el Derecho nacional y el internacional: “Primero, que la analogía es de contenido y no de forma; segundo, que, en esta analogía de contenido, no hay otras reglas sociales que estén tan cerca del Derecho nacional como las del Derecho internacional”. Ver H.L.A. Hart, ob. cit., p. 292.

¹⁵¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 294 y 295.

es igual o bien desigual y cómo se debe tratar a los iguales o bien a los desiguales". El tema clave es cómo manejar una realidad en la cual la desigualdad se hace patente. Para Kaufmann la igualdad... es un acto de equiparación, y este acto no reposa solo en conocimiento racional, sino significa, siempre y, sobre todo, una decisión, poder.

Asimismo, igualdad es igualdad de relaciones lo cual para el autor que comentamos se relaciona con algo análogo. Pero estamos frente a una necesidad de requerimiento de definición que se ha prestado a las más diversas teorías. De cualquier forma, es un tema clave para la filosofía política¹⁵². No puede Kaufmann dejar pasar por alto la relación entre justicia y equidad la cual, en su opinión puede conducir hacia una *"confrontación con la justicia"*. En tal sentido menciona, citando a Aristóteles, lo siguiente:

"Aristóteles reflexionó sobre la relación entre justicia y aequitas. Lo hizo por lo demás, en forma muy atinada. La equidad se ha caracterizado de manera predominante como la "justicia del caso concreto". Esta tiene Derecho de casos por excelencia y no Derecho legislativo, la jurisprudencia sobre equity se ha convertido en una institución dentro de la totalidad del orden jurídico y su significado difícilmente puede ser subestimado".

El problema radica en cómo se puede, en suma, conducir la equidad hacia una confrontación con la justicia, allí donde la justicia es, con todo, el más alto valor jurídico; ¿o es que finalmente no lo es?¹⁵³

Para Kaufmann la equidad es un Derecho, pero no un Derecho legislado sino más bien una corrección de este último. Tampoco es acertado considerar a la equidad como la *"justicia del caso concreto"* ya que toda norma debe generalizar. En la obra del autor que comentamos justicia y equidad se diferencian, desde el punto del legislador, de un lado, y desde el punto de vista del juez del otro: aquel parte de la norma

¹⁵² Amartya Sen señala que: "Las teorías pueden ser enteramente diversas (orientadas a la libertad igual, el ingreso igual o el trato igual de los derechos o las utilidades de todos), y pueden combatir las unas contra las otras, pero aun así tienen la característica común de querer la igualdad de algo (algún aspecto significativo en el respectivo enfoque)". Ver Amartya Sen, *La idea de la justicia*, Taurus, Madrid, 2009, p. 321. Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 293.

¹⁵³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 299.

general y hacia el caso (deducción), este parte del caso concreto hacia la norma general (inducción)¹⁵⁴.

No obstante, para el autor que estudiamos el tema de la justicia ha adquirido una connotación particular en el mundo de hoy que él refiere como “estabilización de la sociedad”. El concepto anterior lo vincula con la teoría penal de la resocialización que vuelve nuestro análisis a las teorías morales relativas al fin de la pena. De acuerdo con lo anteriormente indicado señala Kaufmann:

*“Hoy la palabra clave es estabilización de la sociedad. Y así nos encontramos ante la justicia legal, aquella que Aristóteles concibió incorporada en la justicia distributiva. Su distintivo especial lo constituye claramente el momento de la obligación del individuo frente a la comunidad: la propiedad habilita, pero también implica obligaciones. Sin duda, quien ha vulnerado el orden jurídico también tiene deberes frente a la sociedad. Debe soportar una carga, que bajo el punto de vista de la resocialización no se muestra necesario e incluso puede llegar a ser manifiestamente perjudicial”*¹⁵⁵.

Evidentemente que el tema es más complejo y se refiere a lo que la sociología ha llamado los lazos sociales y la conciencia que las sociedades tienen acerca de ellas mismas en un mundo en el cual el individualismo cumple un rol preponderante. Lo cierto es que el Derecho, a pesar de contar con el poder coactivo, no es sino un medio social más, entre otros igualmente importantes, para estabilizar la convivencia social. El

¹⁵⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 300 y 301. El tema recién planteado por Kaufmann que tiene antecedentes en la ética aristotélica es explicado con gran lucidez por Ronald Polansky: “Las leyes de una comunidad son universales, instancian incluso lo más universalmente justo desde el punto de vista político, así cuando las leyes se aplican a los particulares, se requiere a veces recurrir a lo equitativo y a la equidad. Cuando el que tiene que aplicar la ley debe hacerlo a un caso particular, debe decidir de acuerdo a lo equitativo, es decir, corrigiendo lo legalmente justo. Las leyes universales necesitan corrección a fin de ajustarse a los casos particulares. Lo equitativo puede ser justo colocándose incluso, fuera de lo estrictamente señalado por la ley y aplicando lo que mejora lo justo e incluso lo que es superior a lo justo. La persona equitativa va a tender hacia lo que es equitativo siendo exigente en ello. La equidad es una disposición hacia lo equitativo y ella no es una disposición diferente a la justicia”. Ver Ronald Polansky, *Giving Justice Its Due en Cambridge Companion to Aristotle's Nicomachean Ethics*, Cambridge University press, Cambridge, 2014, p. 175.

¹⁵⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 304. Sobre el tema de la sanción ver: Jacques Maritain, *Lecciones fundamentales de filosofía moral*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1966, pp. 217 y ss.

tema del individualismo, con un enfoque particular, va a tener cierta consideración en la obra de Radbruch. Ya que al este último al referirse a los fines del Derecho menciona al individualismo conjuntamente con otras concepciones del Derecho como son el supraindividualismo y la transpersonalidad¹⁵⁶.

Continuando con su análisis del principio de la igualdad Kaufmann nos introduce en la “doctrina de los bienes éticos” con lo cual pretende recurrir a lo material. En tal sentido señala:

*“El principio de igualdad es de naturaleza predominantemente formal. Para determinar lo que es justo se requiere de un principio material. Radbruch lo denominó finalidad o idea final del Derecho. Conciérne a la pregunta sobre aquello que sirve al máximo bienestar común. Dicho interrogante constituye el objeto de la doctrina ética de los bienes y la justicia social...”*¹⁵⁷

Radbruch señala en su Filosofía jurídica que:

“Cuando se plantea el problema de los fines del Derecho no se pregunta por las finalidades empíricas que pueden haberle originado, sino por la idea de fin, supraempírica, que ha de ser la pauta del Derecho. La respuesta a tal problema solo puede obtenerse por la convicción que se tenga de cuál sea el valor—al que deba atribuirse igual validez absoluta que al valor de lo justo— a cuyo servicio esté el Derecho destinado y adecuado.

*Podemos contentarnos con la referencia a la tradicional trinidad de los valores supremos, el ético, el lógico y el estético, los ideales de lo Bueno, de lo Verdadero y de lo Bello, pues en seguida aparece claro que el Derecho solo puede estar destinado a servir inmediatamente a uno de estos valores, el valor ético de lo Bueno”*¹⁵⁸.

Kaufmann contrapone el valor en Max Weber y en Radbruch a pesar de compartir ambos un relativismo teórico con respecto a los valores. No debemos dejar de mencionar que en el caso de Radbruch el mismo se refiere a la necesidad de cimentar el relativismo como “el

¹⁵⁶ Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 113 y ss.

¹⁵⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 309.

¹⁵⁸ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 114.

supuesto ideológico de la democracia”. De acuerdo con Raynaud el elemento “nietzscheniano” en el pensamiento de Weber lo lleva a enfatizar la distinción entre hechos y valores por la toma en cuenta de la relación con los valores que subyacen en los intereses de los sabios y le permiten dar sentido a las evaluaciones producidas dentro de las diferentes esferas de la actividad social¹⁵⁹. En todo caso nos indica Kaufmann:

“Una mención especial merece sobre todo Max Weber y su distinción entre racionalidad final y racionalidad valorativa. Acá el acento definitivo se marca sobre la racionalidad final, libre de valores; la racionalidad valorativa, sin ningún acceso posible al proceso científico, posee tan solo el significado restringido de un correctivo. Para Max Weber los valores se remiten al relativismo. Entre tanto, existe un paralelo con Gustav Radbruch, quien habla, así mismo, de fines y de finalidades. Pero los fines en Radbruch no son libres de valor; con bastante frecuencia coloca valor y fin como si fueran uno solo”.

Desde luego, él es, al igual que Weber, representante del relativismo teórico de los valores. De todas formas, según Radbruch, los valores pueden ser susceptibles de una comprensión científica aun cuando de manera limitada. Kaufmann quiere especialmente resaltar *“la doctrina triádica sobre los fines del Derecho y el relativismo iusfilosófico”* de su maestro de Heidelberg la cual transcribe textualmente a fin de preservar la autenticidad de la última manifestación de Radbruch sobre el tema¹⁶⁰. El texto señalado es el siguiente:

“En la deducción de preceptos jurídicos la justicia requiere ser complementada con la finalidad. Por “fin del Derecho” no se debe

¹⁵⁹ Ver Philippe Raynaud, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, Paris, Puf, 1996. Ver *Le Dictionnaire de Sciences Humaines*, ob. cit., pp. 1229 y 1230. Es interesante mencionar, adicionalmente, que Raynaud ha estudiado la relación del positivismo jurídico de Kelsen y Hart en la teoría de la democracia y las objeciones contemporáneas de Ronald Dworkin que asume una posición más liberal en este tema. Ya hemos señalado la relación del relativismo de Radbruch con la democracia.

¹⁶⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 313 a 315. Si bien en la filosofía jurídica de Radbruch de 1932 traducida al español en 1933 Radbruch da un resumen de su planteamiento sobre el tema, Kaufmann toma el texto que reproduce del “Compendio preparatorio de la filosofía del Derecho de 1947”. Con lo cual trabaja sobre un texto posterior a la guerra.

entender una determinación empírica de finalidad, sino la debida idea-fin. En tanto que el concepto de justicia pertenece a la filosofía del Derecho, la idea fin tiene que ser extraída de la ética. La ética se clasifica en la doctrina del deber y la doctrina de los bienes. Por bienes morales se entienden los valores que constituyen el contenido de los deberes morales. El fin del Derecho se puede relacionar con los bienes morales, así como los deberes morales. La doctrina de los bienes morales permite distinguir, de acuerdo con el modo de ser de sus titulares, tres grupos de valores: titular de las primeras es la personalidad individual; de los segundos, la personalidad de la colectividad; de los terceros, la obra cultural. Con respecto al orden de prelación de estas clases de valor distinguimos tres sistemas: el individualista considera los valores de la personalidad individual; el supraindividualista, los valores de la personalidad como colectividad, y el transpersonal, la obra cultural; todos ellos en tanto bienes supremos.

Las formas de la vida en comunidad que corresponden a los tres titulares de valores son: la sociedad individualista, la colectividad supra-individualista y la comunidad transpersonal. Para la ilustración de las ideas, la sociedad se piensa como relación contractual, la colectividad, en tanto organismo, a la manera del cuerpo humano, y la comunidad de creación cultural, en forma de barraca, en la que los constructores no se relacionan, inmediatamente, hombre a hombre, sino en forma mediata, en virtud de su proyecto común. Los ideales de estas tres formas sociales de la vida humana en comunidad, de acuerdo con su tópico, se expresan así: libertad, poder, cultura. El ideal individualista, la libertad, ha hallado su expresión en los partidos liberales, democráticos y socialistas. De acuerdo con la concepción liberal, el valor de la personalidad es, hablando matemáticamente, algo infinito, es decir, un valor que no se puede multiplicar más y está autorizado para imponerse aun frente a grandes intereses de la mayoría. El pensamiento democrático, por el contrario, le otorga un valor finito, esto significa que los valores de las personalidades sumados prevalecen sobre los de una minoría. Al tiempo que la democracia garantiza tan solo una libertad jurídica formal, el socialismo exige democracia material, o sea, la libertad económica real para el individuo, pero sin alejarlo del propósito individual. La doctrina supra-individualista orgánica es, entre tanto, el fundamento de los partidos autoritarios o

conservadores, según los cuales el Estado, la colectividad, están allí no a causa de los miembros en sí, sino por motivo de la colectividad misma y las tareas estatales se sobreponen, incluso a los intereses de la mayoría de los ciudadanos. La concepción transpersonal, por último, no ha encontrado expresión en ningún partido. Conforman la única medida para la valoración histórica posterior de pueblos extinguidos, pues tan solo los valores culturales de dichos pueblos sobreviven.

El orden de prelación de las tres clases de valor no se puede establecer ni probar de manera unívoca. Los máximos propósitos y valores del Derecho no solo difieren conforme a la situación social de los distintos pueblos y épocas, también se juzgan subjetivamente, hombre por hombre, en forma diferente, dependiendo de la conciencia de rectitud, de la concepción de Estado, del punto de vista del partido, religión o cosmovisión. La decisión solo puede provenir de lo más profundo de la propia personalidad, solo puede ser una decisión en conciencia. La ciencia tiene que limitarse a preparar estos grupos de valor para la decisión. Ella soporta tal decisión de tres formas: 1. En cuanto desarrolla las posibles valoraciones en completa sistematización; 2. Porque expone los medios para su realización y, de esta forma, las exigencias condicionadas por estos; 3. Pues pone de manifiesto las condiciones ideológicas de cada postura valorativa. Dicho relativismo de las tres formas no enseña, quizá al individuo a reconocer lo que debe ser, más si lo que quiere; es decir, aquello que tiene que querer cuando se somete, consecuentemente a la ley de la consecuencia lógica”¹⁶¹.

En realidad, la idea de Radbruch de preservar un relativismo ético sin negar el rol que la ética tiene para complementar la justicia puede ser a veces difícil de entender. En realidad, es una manera indirecta de aceptar el rol de la moral en el Derecho y de limitar el mismo a la aceptación del rol ético que cada uno cumple de acuerdo a los valores que acepte por su modo de ser.

Ciertamente que libertad, poder y cultura conviven uno al lado del otro, pero por encima de todo hay una valoración ética permanente constante no sujeta a la manera en que la comunidad decida determinar

¹⁶¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 315 y 316.

su forma de ser político que va a reflejarse en la forma que asume el Derecho. No cabe la menor duda que Radbruch está condicionado por la necesidad de entender y asumir valores democráticos y pluralistas en una sociedad que debía cambiar luego de un período oscuro de su historia. Con su análisis de la concepción transpersonal no se garantiza que lo ocurrido no vuelva a repetirse. Sobre la crítica a Radbruch señala Kaufmann:

“La crítica a Radbruch recae especialmente sobre su concepción conforme a la cual individuo, colectividad, obra o, mejor libertad, poder, cultura, en tanto bienes supremos se encuentran unos al lado de los otros y, por consiguiente, cada uno por sí solo puede determinar el contenido del Derecho. En realidad, sería posible, más bien, que los tres valores supremos del Derecho (suponiendo que existen solo tres) configuren, actuando de consumo, el contenido del Derecho. De ser así, entonces, surge la tarea de determinar, sin arbitrariedad, dicha acción conjunta; tarea esta extraordinariamente difícil, pues los tres valores jurídicos, no se encuentran relacionados entre sí, de acuerdo con una armonía preestablecida (en esto tiene Radbruch toda la razón); ellos no solo se complementan, sino que se contradicen en muchos aspectos”¹⁶².

Luego de un recorrido del autor que estudiamos que va desde Aristóteles a Kant, Kaufmann se pregunta: ¿cómo obtendremos contenidos para la ética y para el Derecho que sean generalizables? Su tentación de recurrir al utilitarismo —clásico, desde Bentham y Stuart Mill— se ve ensombrecida por la constatación evidente de que no hay un utilitarismo único. Al igual que no existe una concepción unificada acerca de la felicidad y si la misma puede preceder a la libertad. Las críticas al utilitarismo, algunas no tan bien fundamentadas, tienen eco en la obra, citada por Kaufmann, de Otfried Höffe para quien *“solo es importante el máximo bienestar común, al tiempo que la repartición del bien común entre los diferentes miembros no desempeña un papel independiente. Por consiguiente, es posible que la desventaja que el sistema pueda representar para algunos se equilibre con la gran ventaja que significa*

¹⁶² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 317.

para los otros”. Esto en ningún caso, añade Kaufmann, lo pueden aceptar los perjudicados, pues su perjuicio les es impuesto por parte de los favorecidos. *“Para los perjudicados las órdenes sociales de poder coactivo ostentan el carácter de mera coacción, devienen en fuerza y permanecen entre ellos como ilegítimos”*¹⁶³.

Para Kaufmann las críticas al utilitarismo dan pie a las argumentaciones de Rawls, este *“procede distributivamente, no toma partido a favor de uno o del otro, tampoco a favor de un grupo sino a favor de cada uno. Esto significa la imparcialidad exigida a la justicia”*¹⁶⁴. Ante las críticas expresadas con respecto al utilitarismo positivo Kaufmann se vale de las ideas de Ilmar Tammelo y Christian Thomassius para explicarnos el utilitarismo negativo lo cual no le deja de crear algunas dudas con respecto a la utilización de la expresión y su significado (negativo) tanto en la filosofía, la teología y el Derecho. Este último le sirve de ocasión para recordar la célebre fórmula de Radbruch que decía que no se menciona lo que es *“Derecho correcto sino aquello que por excelencia es incorrecto, lo que no es derecho”*. El texto referido por Kaufmann señala:

“Miremos lo que escribe Tammelo: “Para mí el más alto mandamiento del orden de justicia consiste en la supresión o la reducción del máximo posible de miseria. Es necesario poner en duda el principio del utilitarismo positivo de acuerdo con el cual se debe aspirar a la máxima felicidad posible para el mayor número de los hombres. La felicidad es tan solo un caso de felicidad. Mi preocupación vale también para los infelices. A esto se añade que la

¹⁶³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 325.

¹⁶⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 325. En su artículo de 1955 “Two Concepts of Rules”, Rawls defendió al utilitarismo, en *A Theory of Justice* lo criticó porque falló a la hora de tomar en serio la separación de las personas. En dicha obra dirigió sus baterías contra el utilitarismo y el intuicionismo. Ver Paul Graham, *The Principles of Justice Are Chosen Behind a Veil of Ignorance*, Oneworld, Oxford, 2007, p. 6. Para Rawls su teoría es una alternativa frente al utilitarismo. Con respecto al intuicionismo señala que tiene dos características por un lado consiste en una pluralidad de principios que pueden entrar en conflicto al dar directivas contrarias en tipos particulares de casos y por la otra no tiene un método explícito, no tiene reglas prioritarias, para sopesar estos principios entre ellos, tenemos que llegar a un balance por intuición de acuerdo a lo que nos parece lo más cercano a lo correcto. Ver John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, pp. 22 y 34.

felicidad de la mayoría muy frecuentemente, se obtiene a costa del sufrimiento de la minoría. Teniendo presentes a todos ellos me es más prometedor el utilitarismo negativo, que aquel utilitarismo según el cual debe ser evitada, en lo posible, la infelicidad del mayor número de hombres”.

Luego continúa Kaufmann con un énfasis particular con respecto a la función liberadora de la ética y el Derecho:

“En contra del utilitarismo negativo se ha objetado que es muy reservado con respecto a la generalización de contenidos éticos y jurídicos. Esto no es cierto, de manera alguna. Si la ética y, por sobre todo, el Derecho se han puesto como tarea liberar al mundo en la medida de lo factible de la miseria, entonces este es un fin muy elevado. Este utilitarismo negativo (que evoca a los filósofos iusnaturalistas, como a Christian Thomasius) se hace extensivo, en aproximación, también al principio ético de prioridad introducido por John Rawls, según el cual a aquellos colocados en una posición desventajosa se les debe conceder el argumento que decida la prioridad. Se trata, más bien, de prevenir la infelicidad que de promocionar la felicidad (lo que por esta se desee entender). El utilitarismo negativo menciona una de las más importantes reglas de prioridad para la determinación de aquello que se debe tener por bonum commune y, de este modo por justicia material”¹⁶⁵.

No podía faltar en la obra de Kaufmann, cuando se refiere a la idea del Derecho, lo relacionado con lo que él llama “reglas de prelación”. Recordemos que Radbruch cuando se refiere al “pensar de la idea” relaciona el asunto con la interpretación jurídica. En tal sentido señala: “...no es la interpretación jurídica un repensar posterior de algo ya pensado, sino un pensar una última idea hasta su último extremo”¹⁶⁶.

Kaufmann se pregunta acerca de: “¿Qué relación tienen los argumentos individuales en el conocimiento del Derecho?”. A continuación, señala que: “es uno de los temas de la teoría jurídica y de la doctrina

¹⁶⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 326 a 328.

¹⁶⁶ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 204.

del método jurídico que ha sido tratado francamente, con negligencia". Citando a Karl Engisch menciona *"que la aplicación práctica del Derecho se sirve, a discreción de todos los métodos conocidos por la teoría de la interpretación"* y que en la práctica forense se considera legítimo un proceso que, *"caso por caso, escoja aquel método interpretativo que conduzca a un resultado satisfactorio"*¹⁶⁷.

Pero la escogencia de un método interpretativo aplicable *"caso por caso"* puede, en opinión de Kaufmann, representar un grave riesgo para la doctrina científica del método jurídico. Los intentos, especialmente por parte de la teoría de la argumentación, para encontrar reglas de prioridad no logran el resultado deseado. Lo anterior se agrava cuan-

¹⁶⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 329. Si bien no es el objeto de este estudio entrar en la teoría de la interpretación, sí es interesante observar cómo hay dos formas de verla. Por una parte, excluirla del proceso legislativo y por otra, incluirla en el mismo, a pesar de estar generalizada la idea de que el legislador crea, pero no interpreta lo creado. Tomemos primero un texto de Prieto Sanchis y luego uno de Finnis —en sistemas jurídicos diferentes— para matizar lo señalado. Dice Luis Prieto: "Cabe decir que en un sentido amplio —pero muy habitual— los juristas tienden a considerar como interpretativa cualquier actividad relacionada con el Derecho que no sea legislación o creación normativa y, más específicamente, cualquier actividad posterior a la promulgación de las normas: decidir sobre la validez de una norma, resolver una laguna o antinomia, formular un principio general del Derecho, cualificar unos hechos a la luz de los preceptos legales o motivar una sentencia formarían parte del mundo de la interpretación. En un sentido estricto, sin embargo, por interpretación conviene entender dos cosas que, aunque relacionadas, debemos diferenciar: primero, atribuir significado, a las normas, clarificar qué es lo que quieren decir; y segundo, delimitar su campo de aplicación, determinando los hechos, las situaciones, etc., en que cada norma es relevante". Ver Luis Prieto Sanchis, ob. cit., pp. 225 y 226. John Finnis, por su parte, nos indica que: "... los principios que deberían guiar al juez en su interpretación y aplicación tanto del Derecho común o consuetudinario como del Derecho legislado a los casos particulares son objeto de discusión científica entre juristas. Estos principios son casi todos de "segundo grado", en cuanto que tienen que ver con la interpretación y aplicación de otras reglas o principios cuya existencia aquellos presuponen. No son por tanto de interés directo para los legisladores, que tienen autoridad no simplemente para interpretar y complementar, sino también para cambiar y abolir las reglas existentes y para introducir reglas novedosas. No obstante, los principios de segundo grado son ellos mismos, en su mayoría, cristalizaciones o versiones (adaptadas a su rol de segundo grado) de principios de "primer grado" que deben guiar incluso a una "legislatura soberana" en sus actos de legislación. Además, un legislador que ignora en su legislación un principio relevante de primer grado, probablemente hallará que sus leyes son controladas, en su aplicación por los ciudadanos, los tribunales y los funcionarios, por ese principio en su forma de segundo grado, de manera que al fin y al cabo el Derecho acerca del objeto particular tenderá a ser una *determinatio* de ese principio (entre otros)". Ver John Finnis, ob. cit., pp. 313 y 314.

do hay que tomar “*decisiones bajo riesgo*”. La línea de argumentación de Kaufmann es la siguiente:

“Cuando... no se le rinde reconocimiento al punto de vista objetivista extraído de la personalidad de quien crea Derecho, propio de la teoría de la argumentación, y cuando tan importantes factores como la relatividad y la pluralidad de los conocimientos (con la posibilidad de que varias respuestas distintas entre sí pueden ser correctas), se descuidan (en conformidad con la exigida “fundamentación última”, esto no parece milagro), entonces estos esfuerzos no tendrán finalmente éxito. Lo anterior vale, en especial para decisiones bajo riesgo, con las cuales no es posible ignorar que, por principio, no son susceptibles de consenso”¹⁶⁸.

Kaufmann no se detiene en un análisis exhaustivo de la argumentación jurídica, el tema central para él, es el de la prelación, a fin de cuentas, es un proceso como el de la consideración con respecto a los bienes básicos tal como lo hace Finnis. La diferencia es que este rige su proceso de acuerdo con las “*exigencias básicas de la razonabilidad práctica*”. Con respecto a las reglas de argumentación y prelación señala que:

“En la forma en la que las presenta la teoría de la argumentación (John Rawls, Chaim Perelman, Robert Alexy, Ulfried Neumann) son tan generales y abstractas que no pueden fijarle contornos al proceso de conocimiento y menos determinarlo. Las teorías formales de la argumentación poseen la ventaja de poder ser aplicadas en todas partes, pero la desventaja es que no agarran. Se trata, entonces, de una doctrina general de la argumentación (según el tipo, de una “doctrina jurídico-procesal”), y en este sentido es, desde luego útil. Pero en la práctica se necesitan doctrinas especiales de la argumentación o, mejor, reglas de argumentación, y estas pueden ser materiales. Una teoría material de la argumentación que fuese

¹⁶⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 329. Por otra parte, aunque Kaufmann no se refiera a eso sino a la teoría de las decisiones bajo riesgo, está el tema moral como dice el Papa Benedicto XVI: “El principio de la mayoría siempre deja abiertas las cuestiones acerca de la fundamentación ética del Derecho”. Ver Julio Rodríguez Berrizbeitia, *Caminos de la filosofía jurídica actual*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 97, Caracas, 2011, pp. 143 y ss.

válida: para todos los discursos imaginables no puede, sin embargo, existir, así como tampoco una sola ley de enjuiciamiento"¹⁶⁹.

Neil MacCormick que ha elaborado una importante obra acerca de la argumentación señala:

*"Debe insistirse, de hecho, en que el juez u otro intérprete autorizado del Derecho, es un agente moral que debe asumir responsabilidad moral por la decisión interpretativa que adopta y por la decisión concreta que mantiene respecto de las partes"*¹⁷⁰.

Al final Kaufmann no se resigna a renunciar a las "reglas de prelación". Es más, se inclina por el modelo de Rawls y propone una alternativa propia a través del principio de tolerancia. En tal sentido señala:

"Si se aspira a obtener reglas de argumentación y de prelación, por ejemplo, para las comisiones de ética (me he ocupado de esto), entonces uno se tropieza con dificultades extraordinarias. Tengo la sospecha de que lo mejor sería partir del principio de diferencia expuesto por Rawls, de acuerdo con el cual la posición social más precaria decide sobre el mejor argumento ético (protección de las minorías y de los más débiles), pero esta fórmula se tiene que concretar y materializar en forma considerable hasta adecuarla. En la ficción del pacto originario mencionado por Rawls... se acuerdan, entre otras cosas, reglas de prioridad que son generalizables. Lo decisivo es, en resumen, lo siguiente: el criterio de prioridad, que nos informa para cada caso por qué un determinado metaorden tiene la máxima prioridad, significa, ... que a la persona que, en relación con la repartición de los valores individuales, está colocada en la postura más desventajosa, se le debe conceder el argumento que decida la prioridad, cuando se presenta una situación frente a la cual ella estaría aun en peor posición de otorgársele la prelación al metaorden de las personas mejor colocadas. Esto significa, en un lenguaje más sencillo y general, protección a las minorías

¹⁶⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 329 y 330.

¹⁷⁰ Neil MacCormick, *Instituciones del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 323. Ver Manuel Atienza, ob. cit., p. 105.

(la necesidad tiene, en el aseguramiento de la existencia, prioridad frente al rendimiento), los derechos fundamentales, las libertades fundamentales (con respecto a lo cual se debe anotar qué derechos y libertades fundamentales son, ante todo, derechos de defensa: status negativus). Hacia una dirección parecida a la regla de prioridad de Rawls se dirige el principio de tolerancia. También tolerancia es algo que se adecúa sobre todo a los pobres y a los más débiles, cuya existencia está amenazada”¹⁷¹.

El tema del principio de tolerancia es clave para Kaufmann ya que lo incluye entre los principios generales del Derecho como seguidamente vamos a ver. Para Kaufmann los principios generales del Derecho son tópicos (*topoi*) muy importantes de la argumentación y tienen, por ende, gran peso cuando se trata de la protección de las minorías y de los más débiles. En efecto, cuanto más se concretan, tanto más contingentes devienen y rara vez se podrá fundamentar una decisión solo en un principio tal. En el fondo no se puede presentar abstractamente la forma como actúan los principios generales en la argumentación, tan solo se puede demostrar con ejemplos¹⁷².

El autor que venimos estudiando concentra su atención en una serie de principios desarrollados a lo largo de la historia. En tal sentido se refiere a: 1.- El principio de *suum cuique tribuere* que le atribuye a Cicerón. En virtud de tal principio a cada quien se le debe garantizar lo suyo. Lo mínimo que le corresponde a cada uno es la vida propia, individual, insustituible, su identidad. 2.- La regla de oro expuesta en el sermón de la montaña por Jesús. Según ella —en su forma positiva— señala que “*haz a los demás aquello que desearías que los demás hicieren por ti*”. En su forma negativa expone que no hagas a los demás lo que no deseas que te hagan. 3.- El imperativo categórico de Kant formulado de la siguiente manera: a) Obra de acuerdo con tales máximas que tu puedas desear se erijan en leyes generales y b) Obra de tal manera que consideres a la humanidad en tu persona, así como en la persona de cualquier otro, siempre, a un mismo tiempo, como fin y nunca tan solo

¹⁷¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 331 y 332.

¹⁷² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 338.

como medio. 4.- El principio del juego limpio de Rawls de acuerdo con el cual obra de tal manera que todos los interesados participen de igual forma tanto en las ventajas como en las desventajas. 5.- El principio expuesto por Hans Jonas de la responsabilidad según el cual obra de tal manera que las consecuencias de tu acción no destruyan, amenacen, o disminuyan la posibilidad de la vida humana y de su medio ambiente hoy y en el futuro. 6.- El principio de tolerancia del propio Kaufmann para quien obra de tal forma que las consecuencias de tu acción sean compatibles con el mayor rechazo o la más significativa disminución de la miseria humana (utilitarismo negativo). Para Kaufmann: *“Las argumentaciones a partir de dichos principios (todavía existen más), los cuales se encuentran todos relacionados entre sí, no son obligatorias. Podría ser, no obstante, que fuesen en alto grado evidentes. Ellas guardan el punto medio aristotélico entre la pretensión de absoluto y la de relatividad”*¹⁷³. La última afirmación vuelve a retomar el punto de partida de Radbruch con respecto a la relatividad y el rol de la misma para la democracia.

Algo de lo expuesto por Kaufmann, pero en un lenguaje jurídico más actual se encuentra en Finnis. En efecto, este señala que en los dos milenios desde que Platón y Aristóteles iniciaron la investigación (formal) acerca de los contenidos de la razonabilidad práctica, la reflexión filosófica ha identificado un considerable número de exigencias metodológicas en el razonamiento práctico. Dichas exigencias se refieren a lo que uno debe hacer o pensar. Entre ellas (enumera Finnis) están:

*“Un plan de vida coherente; ninguna preferencia arbitraria entre los valores; ninguna preferencia arbitraria entre las personas; desprendimiento y compromiso; la relevancia limitada de las consecuencias, es decir, se requiere eficiencia dentro de lo razonable; respeto por los valores básicos en todo acto; cumplir con las exigencias del bien común; seguir la propia conciencia y llegar como consecuencia de lo anterior a lo moral, lo moralmente debido a lo correcto”*¹⁷⁴.

¹⁷³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 338 y 339.

¹⁷⁴ John Finnis, ob. cit., pp. 133 a 156.

Finnis matiza más el alcance de su planteamiento señalando:

*“En verdad, algunas partes de un sistema jurídico normalmente están, y ciertamente deben estar, constituidas por reglas y principios que corresponden estrechamente a exigencias de la razón práctica que son en sí mismas conclusiones directas de la combinación de un valor básico determinado (e.g. la vida) con una o más de esas exigencias metodológicas de la razonabilidad práctica”*¹⁷⁵.

Para concluir con el tema de la idea del Derecho Kaufmann se ocupa de la seguridad jurídica la cual fue referida por Radbruch en “*las antinomias de la idea del Derecho*”. En tal sentido señala:

*“La justicia, la finalidad y la seguridad jurídica del Derecho, dominan conjuntamente a este en todos sus aspectos, aunque puedan surgir entre estos elementos entre sí agudas contradicciones. Hay épocas que se inclinan a marcar el tono sobre uno u otro principio. Así el Estado-policía intentó que predomine el principio de la finalidad, olvidando en las decisiones de su justicia de cámara la justicia y la seguridad. La época del Derecho natural intentó derivar al conjunto de la idea formal de justicia la totalidad de los contenidos jurídicos al par que su vigencia. La pasada época del positivismo, con fatal unilateralidad, solo vio la positividad y la seguridad del Derecho y ocasionó que por largo tiempo quedara silenciosa la investigación metódica de los fines y hasta de la justicia del Derecho establecido, haciendo enmudecer durante decenios a la filosofía jurídica y a la política del Derecho”*¹⁷⁶.

Kaufmann se ocupa de la seguridad jurídica como certeza la cual permite pensar en la eficacia del Derecho. Para que el Derecho sea seguro requiere positividad lo cual para Kaufmann se traduce en que las características de la ley se determinen de la manera más exacta posible. La indeterminación de los conceptos en el Derecho atenta contra la certeza de aquello que es Derecho. Lo anterior no debe traducirse en unas normas casuísticas, impregnadas de detalles, que a fin de cuentas garantizan un alto grado de seguridad jurídica, pero ponen en grave riesgo a

¹⁷⁵ John Finnis, ob. cit., p. 309.

¹⁷⁶ Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 149 y 150.

la justicia material lo que para Radbruch es la justicia del bien común. A lo planteado con respecto a la seguridad jurídica Kaufmann adiciona que el Derecho debe ser practicable. A lo anterior el autor que comentamos añade la invariabilidad del Derecho que se expresa en permanencia y durabilidad. Este carácter de inmutabilidad del Derecho –para Kaufmann– puede ocasionar conflicto de intereses en la idea del Derecho. Considerada desde la perspectiva de la justicia material una norma defectuosa –a veces es más que eso– debe ser cambiada lo más rápido posible por otra mejor. El tema central es determinar la velocidad de esos cambios ya que la justicia no puede fácilmente asimilar una dinámica tal que se traduzca en una falta de uniformidad jurídica en la aplicación del Derecho que podría conllevar a situaciones altamente injustas. Si bien vivimos en una sociedad de cambios rápidos para el juicio que el gobernado hace del gobernante, esos cambios bruscos pueden traducirse en una falta de claridad con respecto a los objetivos perseguidos¹⁷⁷.

Pero viendo el tema de la seguridad jurídica en una dinámica social constante podemos apreciar, según el análisis de Kaufmann, la dialéctica existente entre la aplicación del Derecho justo y la exigida del positivo. Lo anterior lo expone en estos términos:

“Pero seguridad jurídica no significa, necesariamente, la aplicación cierta del Derecho justo, sino la ejecución segura del frecuentemente defectuoso Derecho positivo. De esto pueden resultar conflictos de intereses, especialmente entre la justicia material y la seguridad jurídica. ¿Qué sucede en caso de conflicto cuando las dos no se pueden realizar a un mismo tiempo?”¹⁷⁸

El conflicto siempre va a existir, pero su existencia nos remite a un aspecto material del Derecho que pareciera que solo observamos cuando la evidencia del Derecho injusto está frente a nosotros. Con qué claridad lo planteó Radbruch al señalar:

“La filosofía no debe proporcionar decisiones, sino situar ante la decisión; no debe hacer la vida fácil, sino, precisamente problemática.

¹⁷⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 349 y 351.

¹⁷⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 351.

*Un sistema filosófico debe semejarse a una catedral gótica, en donde las masas se sostienen al pugar unas con otras*¹⁷⁹.

Diera la impresión que para los juristas como Radbruch y Kaufmann, testigos presenciales de una época en la cual una buena parte del Derecho vigente se separó de forma descarada de la justicia, se perdió la fe ciega que se tenía con respecto a la seguridad jurídica. El siguiente texto de Kaufmann y Radbruch (citado por Kaufmann) es reflejo de las aprehensiones de ambos con respecto al tema planteado:

“La experiencia con los sistemas injustos de nuestro tiempo nos ha mostrado que tampoco la seguridad jurídica es un valor absoluto. No obstante, el rechazo de la seguridad jurídica tiene que restringirse a casos extremos de injusticia legal, pues con frecuencia las corrupciones legislativas no son fáciles de reconocer, sin que se presenten dudas, y esto puede traer consigo incertidumbres. En sus esfuerzos por superar las injusticias causadas por el nacionalsocialismo, Gustav Radbruch acuñó una fórmula que se volvió muy conocida. Esta, desde luego, no es la piedra filosofal; sería muy difícil, sin embargo, encontrar una fórmula mejor. A continuación, literalmente los pasajes más importantes:

*El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del Derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse “como falso Derecho” y ceder el paso a la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de su contenido incorrecto; pero otro límite podrá distinguirse con toda claridad: cuando nunca se procuró la justicia, donde la igualdad que integra el núcleo de la justicia se negó conscientemente a la regulación del Derecho positivo, allí la ley no es solo “Derecho incorrecto”, sino carece por completo de la naturaleza del Derecho, pues no se puede definir el Derecho, inclusive el Derecho positivo, de otra manera que como un orden y estatuto, que de acuerdo con su sentido están determinados a servir a la justicia”*¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 150.

¹⁸⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 352 y 353.

SÉPTIMA PARTE

LA VALIDEZ DEL DERECHO. DERECHO DE RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA CIVIL

Para Radbruch el problema de la validez del Derecho es el problema de la “*normatividad de lo fáctico*”. Como los hechos (el ser) se convierten en deber ser (normatividad) es una de las grandes preguntas que la filosofía del Derecho se ha hecho a lo largo de los siglos¹⁸¹.

Kaufmann se vale de la siguiente afirmación de Carl August Emge para introducir el tema de la validez jurídica: “*La cuestión fundamental de la filosofía del Derecho se encamina a saber cómo a partir de imperativos, de presuntos deberes conforme a la experiencia, así sea también aquellos de un poder supremo, son posibles normas realmente vinculantes, un auténtico deber ser; esto es, algo enteramente distinto*”. Y en otra parte agrega: “*Haber entendido este problema significa comprender toda la estructura de la filosofía del Derecho*”¹⁸². El tema clave para Kaufmann no se reduce a la validez empírica en los términos discernidos por Weber va más allá al reconocimiento de “*la oportunidad de recepción de una norma jurídica de acuerdo con su contenido en la conciencia de los obligados jurídicamente*”. Es evidente que tal reconocimiento está en función de su contenido y no de la ayuda del aparato coercitivo. Adicionalmente luce también claro que Kaufmann pretende involucrarse con un planteamiento trascendental al estilo kantiano que lo lleve a visualizar al menos de forma entendible, las condiciones por las cuales las normas jurídicas se hacen vinculantes para la conciencia.

Si bien, para el autor que comentamos los auténticos deberes solo pueden ser fundamentados de manera autónoma y no heterónomamente, las dificultades empiezan pronto a surgir. Así señala Kaufmann:

“...la autonomía entendida de modo excesivo, destruye la legalidad normativa. Autonomía significa auto legislación. La frase “el hombre tiene una naturaleza autónoma” significa en el estricto sentido

¹⁸¹ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 151. El capítulo 10 de la Filosofía de Radbruch relativo a “la validez del Derecho” comienza con la siguiente cita de Seume: “Tú debes, porque yo quiero, es un desatino, pero, tú debes, porque yo debo, es una conclusión justa y la base del Derecho”. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., p. 151.

¹⁸² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 360 y 361.

del término, que el mismo se da en las normas que rigen su actuar, que él es su propio legislador”.

Más adelante señala el autor que comentamos:

“Si la exigencia moral y jurídica pretende tener un carácter obligante, entonces tiene que representar una medida que no sea puramente subjetiva, que los valores sean objetivos, eso queda en tela de juicio. De todas maneras, surge la pregunta sobre si por ese camino no nos hallamos de nuevo frente a la heteronomía y, con ello, ante la renuncia a un verdadero deber ser”¹⁸³.

En la consecución de su argumentación, Kaufmann necesariamente tenía que pasar por la solución kantiana relativa a que en la autonomía *“la voluntad no se somete exclusivamente a la ley, sino que se somete de tal forma como si fuera su propia legisladora y en razón de esto, precisamente, se tiene que ver, ante todo, sujeta a la ley (de la cual puede ser considerada autora)”*. Lo anterior, que pudiera parecer algo confuso, solo se entiende para Kaufmann recurriendo al rol de la razón kantiana. Así nos dice que:

“Pues solo la razón puede ser autónoma, puede ser regulativa y determinante. Lo racional no es nunca para Kant lo individual y particular, sino lo general y genérico. En ese mismo sentido comprende Kant la conciencia, como órgano de la razón práctica, autónoma”¹⁸⁴.

Al fin del camino terminamos en la conciencia, la cual no ocupa un rol esencial ni en Hume ni en Adam Smith. La vuelta a Sócrates, como lo hace la filosofía moral de Maritain para mostrarnos lo absoluto y permanente de los valores morales. No son ni los dioses del panteón ni la idea de “conciencia objetiva” de Hegel la que mejor explican ese sentido moral que se encuentra por encima de lo positivo, exigiéndose

¹⁸³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 361 a 363. Andrei Marmor ha realizado un concienzudo análisis relativo a el antirreduccionismo de Kelsen relativo a la validez legal y su comparación con Hart. Ver Andrei Marmor, ob. cit., pp. 28 y ss.

¹⁸⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 363 y 364.

de modo objetivo, su adecuación a lo que es permanente en el ser. La conclusión a la que llega Kaufmann luego de comentar diversas posiciones es la siguiente:

*“O bien la conciencia subjetiva constituye la última instancia, razón por la cual no puede existir ningún orden material de valores exterior o superior que ligue la conciencia (aun cuando puede representar, en todo caso, una pauta no vinculante para ésta); no se vislumbra cómo se puede evitar la anarquía de acuerdo con este punto de vista. O bien existe un orden material de valores vinculante y, por ende, la conciencia no constituye la instancia definitiva y última; una acción que vulnere un deber objetivo puede, de todas formas, valorarse como error de conciencia disculpable y, por tanto, como no imputable... En consecuencia, la fuerza vinculante del orden moral y jurídico no se fundamentará, según parece, finalmente en la conciencia”*¹⁸⁵.

Para Finnis las exigencias básicas de la razonabilidad práctica se traducen en una reflexión acerca *“de los modos de operar de la conciencia”*. Por ello *“seguir la propia conciencia”* supone una de las exigencias metodológicas de la razonabilidad práctica. Esta exigencia *“es bastante característica”*. Es la exigencia de que uno no debiera hacer lo que juzga o piensa o siente –en– definitiva que no debiera hacerse. Es decir, uno debe actuar *“de acuerdo con su propia conciencia”*¹⁸⁶.

De alguna manera la conciencia es el juicio (*sententia*) al que uno llega cuando aplica los primeros principios prácticos, por ejemplo, el Derecho natural a un particular tipo de situación sobre la cual uno está deliberando o al menos contemplando actuar o se refleja en lo que uno hace. Una conciencia errónea está moralmente prohibida simplemente porque la persona en error actúa en contra de la verdad¹⁸⁷.

Para Maritain:

“...cada vez que por motivos de conciencia –para tener una conciencia pura– abandonamos algo que realmente amamos, cada

¹⁸⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 367 y 368.

¹⁸⁶ John Finnis, ob. cit., p. 154.

¹⁸⁷ Ver John Finnis, *Aquinas, Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 123 y 124, nota al pie de página número 101.

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 presión exterior solamente tiene poder sobre mí en la medida en que yo quiero darle ese poder”¹⁸⁸.

De lo anterior se desprende que no estamos frente a una decisión caprichosa más sujeta a un subjetivismo que frecuentemente se usa para minar la toma de posición moral sino más bien a un acto de la razón práctica dirigido por principios derivados del Derecho natural.

Kaufmann en el desarrollo de su obra relaciona a la validez del Derecho (orden normativo) con los criterios de reconocimiento y consenso que están presentes respectivamente en la teoría del reconocimiento y la del consenso. Kaufmann toma de Hegel la fundamentación del consenso, así nos indica que:

“No debemos concebir el reconocimiento en cuanto acto real del sujeto de Derecho sino, como lo encontramos sobre todo en Hegel, en tanto un tener que reconocer lógico necesario, que no se puede eludir a discreción: a propósito, por el deseo de procurarse él mismo propiedad, el ladrón reconoce el Derecho de propiedad y con ello su protección jurídica, colocándose, por tanto, en contradicción consigo mismo (lógica del hecho propio). Pero, independientemente de tener que reconocer en virtud de la consecuencia lógica, no es un reconocimiento real. La así entendida teoría del reconocimiento fracasa por lo menos frente al delincuente en conciencia y convicción, el cual no está en contradicción consigo mismo, pues rechazó la norma jurídica, conscientemente en razón de un deber real más alto que el supuesto”¹⁸⁹.

De acuerdo a lo precedentemente indicado Kaufmann procede a explicar, tal como lo hacen los seguidores de las teorías de los sistemas sociales, sobre la base de la formalización del proceso de

¹⁸⁸ Jacques Maritain, ob. cit., p. 21.

¹⁸⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 368 y 369.

reconocimiento. En tal sentido señalando lo formulado por Parsons y Luhmann explica que

“Reconocimiento no significa... asentimiento a partir de convicción, pues en una sociedad compleja el sistema político solo puede funcionar cuando el sujeto del orden jurídico también funciona, cuando aprende, en lo posible libre de molestias y se ajusta al sistema; también él es parte del sistema total, así que, en últimas el sistema mismo produce el reconocimiento. En este concepto hay una apreciación correcta: los sistemas de Derecho solo pueden garantizar orden cuando la observancia del Derecho está garantizada. Pero las normas, los imperativos, pueden convertir, así mismo, un “orden” funcional en un sistema injusto, por ejemplo, en campos de concentración. Una teoría del reconocimiento que prescinde del contenido, del ser justo de las normas... no está en condición de fundamentar su deber ser”¹⁹⁰.

En lo relativo a las teorías del consenso Kaufmann se refiere al modelo del contrato y al del discurso. Luego de analizar el modelo del pacto de Rawls que tiene antecedentes en Rousseau y el del discurso cuyo principal representante es Habermas, Kaufmann llega a la siguiente conclusión:

“... el consenso real de ninguna manera es un criterio de validez para el Derecho, sino su capacidad de consenso. En este sentido ya Gustav Radbruch había mencionado que la teoría del reconocimiento pasa imperceptiblemente de la justificación jurídica, a partir del reconocimiento verdadero, a la justificación jurídica, a partir del simple deber de reconocer”¹⁹¹.

¹⁹⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 369. Sobre los sistemas jurídicos ha señalado Alchourrón y Bulygin: “Cuando los filósofos del Derecho hablan de sistemas jurídicos utilizan casi siempre esta expresión en el sentido de “ordenamiento”, es decir, se refieren a la totalidad de las normas válidas según un criterio de identificación. El concepto más general de sistema, que hemos tratado de caracterizar en este trabajo (cualquier conjunto de enunciados que contenga todas sus consecuencias) ha recibido muy escasa atención por parte de los filósofos del Derecho”. Ver Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Editorial Astrea, segunda edición, Buenos Aires, 2012, p. 115.

¹⁹¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 371.

Lo anterior no disipa las dudas del autor que estudiamos. Es más, el tema del consenso acerca de la norma sigue sobre la mesa en busca de una respuesta que ciertamente no está, al menos del todo, en *“la producción correctamente formal de la norma”*. El tema material siempre parece emerger en el análisis de Kaufmann. Por ello expresamente señala que: *“La capacidad de consenso depende... en esencia del contenido de las normas”*, de que esté presente, al menos en forma aproximada, el Derecho correcto. Pero de qué forma el discurso contribuye a la elaboración de los contenidos requeridos. Sobre este tema ratifica Kaufmann:

“Para elaborar los contenidos correctos, bien se requiere del discurso, pero no únicamente de un discurso pensado, ideal, sino ante todo del discurso real, así como se ha practicado efectivamente, una y otra vez a lo largo de la historia. Un discurso real así no suministra “fundamentaciones últimas”, como las que demandan algunos teóricos del Derecho, sino siempre tan solo resultados problemáticos, soluciones riesgosas que más tarde pueden resultar falsas. Lo determinante es asegurar dichos resultados y soluciones de manera argumentativa tal que puedan ser vistos como plausibles, aceptados como válidos intersubjetivamente. Verdad (corrección) no se puede escindir; al menos no en el ámbito de lo normativo, de su intersubjetividad”.

La teoría del discurso, por tanto, no se puede rechazar, aun cuando tiene que ser complementada por medio de un criterio material¹⁹².

A fin de cuentas, Kaufmann trata de centrar su atención en un Derecho que tomando la tradición clásica, no pierda de vista darle a los hombres, lo que le corresponda en sus relaciones con los demás hombres y con las cosas, pero al mismo tiempo, que sea capaz de ser reconocido por las conciencias de los individuos que deben orientar sus acciones u omisiones conforme a él.

Pero ¿qué sucede cuando en conciencia no podemos actuar de conformidad con los mandatos jurídicos? En respuesta, en parte, a la

¹⁹² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 371 y 372.

pregunta que nos acabamos a hacer, Kaufmann se refiere al Derecho a la resistencia. Para Kaufmann:

*“El Derecho a la resistencia, en sentido amplio, no se dirige solo contra la autoridad, o bien, contra las leyes, sino igualmente contra individuos o grupos, cuando estos amenazan la Constitución; el Derecho a la resistencia sirve, al apoyo de la fuerza estatal, por ejemplo, cuando esta es muy débil para mantener el orden; a esto se le llama también ayuda a la Constitución”*¹⁹³.

No es accidental en el desarrollo del tema de la validez de Derecho que Kaufmann se refiera al Derecho a la resistencia. Su conflicto, como el de muchos juristas, se refiere a la posibilidad de oponer resistencia frente al Derecho válido (al menos formalmente). La referencia al positivismo siempre va a generar las interrogantes que el mismo va a provocar. En este sentido señala:

*“El positivismo considera todo Derecho positivo producido de manera correcta, sin consideración a su contenido, como Derecho válido y respectivamente como legal también a toda autoridad que se apoya en tal Derecho. Según esto no puede existir derecho a la resistencia; puede solo estar justificado moralmente (quienes llevaron a cabo la resistencia durante el Tercer Reich, la ejercieron en forma altamente moral, pero de manera antijurídica)”*¹⁹⁴.

La introducción del autor que comentamos de la antítesis derecho-moralidad parece que pudiera complicar el tema relativo la síntesis requerida y exigida entre el Derecho y la moralidad. Lo que sí es cierto como señala MacCormick es que existen exigencias derivadas de la moral autónoma que le crean al Derecho la necesidad de ajustarse a dichas exigencias¹⁹⁵. Lo anterior obliga a diferenciar a Kaufmann entre el Derecho a la resistencia en un estado que no es de Derecho y en un estado que sí lo es. Para el autor que comentamos el Derecho a la resistencia ha sido positivizado en la mayoría de las constituciones¹⁹⁶.

¹⁹³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 375 y 376.

¹⁹⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 375.

¹⁹⁵ Neil MacCormick, ob. cit., pp. 327 y 328.

¹⁹⁶ Kaufmann da como ejemplo la Constitución alemana. En el caso de Venezuela el artículo 350 de la Constitución Nacional señala: “El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición demo-

Kaufmann luego de referirse a la larga historia de la resistencia desde Aristóteles hasta hoy nos aporta una serie de criterios que pueden iluminar una situación como la que actualmente vive nuestro país. Si bien no podemos en este estudio dar todos los detalles que quisiéramos aportar, quizás sea suficiente señalar que nos encontramos frente a un gobierno que por acumulación de los poderes de otros entes que participan en la separación exigida por un régimen democrático, ha logrado imponer una situación jurídica formal contraria a la Constitución Nacional y a los valores promulgados por la misma.

Los criterios señalados por el autor en estudio se refieren a:

1. El derecho a la resistencia se debe manifestar en tanto Derecho a la legítima defensa social, esto es, frente a una autoridad criminal que ejerce su poder de tal forma que con esto se produce una amenaza a un peligro físico o psíquico al pueblo.
2. La resistencia, sobre todo la resistencia activa y, aun más la resistencia violenta, supone un grosero abuso del poder del Estado, la autoridad estatal tiene que aparecer claramente como agresora contra el bienestar de la comunidad y contra los derechos humanos esenciales, el carácter de vulneración del derecho propio de su acción tiene que estar escrito, por así decirlo, en la frente (“teoría de la banda de la frente”).
3. La resistencia solo debe ser considerada en forma subsidiaria, es decir cuando se hayan agotado todos los instrumentos legales y pacíficos. La resistencia tan solo puede ser la última *ratio* en un estado de necesidad, que no es posible conjurar de otra forma. Una concepción más amplia conduciría a amenazar la seguridad jurídica y conducir a una situación de anarquía y caos.
4. El principio de la proporcionalidad tiene que ser garantizado. Lo anterior obliga a una exigente consideración de los efectos con el objeto de evitar un aumento de “la infelicidad social”.

crática, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos”.

5. En relación con lo anterior se encuentra un elemento más relativo a las posibilidades de éxito de la acción planteada. Lo anterior no es un mero consecuencialismo que le reste poder moral a la iniciativa a tomar.
6. Las motivaciones de los actores deben estar orientadas por la consecución del bien de la comunidad y no por logros personales o particulares.
7. La resistencia se puede ejercer únicamente en razón del Derecho y fundamentada en la necesidad de restituir un estado de Derecho que incluya –sin excepción– la consideración de los valores y principios sobre los cuales este se fundamenta.
8. La resistencia debe controlar situaciones violentas que causen mayores daños y supongan situaciones que se conviertan en irreversibles a la hora de construir una paz social duradera.

Los elementos señalados anteriormente que conjugan los planteamientos de Kaufmann con algunas consideraciones propias constituyen en opinión del autor en estudio una manera de asegurar que la resistencia se realice (sea sancionada) no solo de acuerdo con la moral sino también conforme al Derecho¹⁹⁷.

Tema diferente es el relacionado con “*el derecho a la resistencia en el Estado de Derecho, especialmente la desobediencia civil*”. En este asunto Kaufmann sigue el análisis realizado por John Rawls, en tal sentido lo cita cuando señala:

“...quisiera ilustrar el contenido del principio del deber natural y de la obligatoriedad con ayuda de una teoría, apenas esbozada,

¹⁹⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 376 y 377. El propio autor que comentamos señala en las páginas ya citadas: “No existe ningún Estado y, por consiguiente, ningún Estado de Derecho, exento del peligro de degenerar en un estado que no es de Derecho, y en el cual no pueda provenir de la autoridad una injusticia realizada culpablemente. En consecuencia, resta saber si también en el estado de Derecho pueden tener lugar acciones permitidas de resistencia, actos de “resistencia débil”, dirigidos a evitar que luego, un día, cuando quizá ya sea demasiado tarde, la resistencia fuerte se torne necesaria”. En el caso venezolano podemos señalar sin ambages que nos encontramos en una situación en la cual el Derecho ha sido dejado de lado hace bastante tiempo. El tema de la pasividad social espera todavía un análisis más exhaustivo. De cualquier manera, la profundización en el mismo solo tendría pleno sentido si nos lleva a un cambio radical de la situación actual.

sobre la desobediencia civil... dicha teoría vale tan solo para el caso especial de una sociedad casi justa, que se encuentra, por tanto, bien ordenada y en la que aparecen, no obstante, algunas muy serias vulneraciones de la justicia. Una situación casi normal supone, en mi opinión, una forma democrática de gobierno; con lo cual la teoría se refiere al papel y a la adecuación de la desobediencia civil frente a un poder democrático conforme a Derecho... El problema de la desobediencia civil significa, por consiguiente, la piedra de toque para cada teoría sobre los fundamentos de la democracia”¹⁹⁸.

Pero el tema no es totalmente claro para Kaufmann ya que siempre podemos caer de nuevo en la antigua tragedia de la resistencia. Por ello acude a R. Dreier para quien *“la desobediencia civil está, pues, justificada cuando se dirige contra un derecho seriamente incorrecto y cuando se ejerce en forma pacífica y proporcionada. Esto lo podemos compartir en tanto que con ‘derecho seriamente incorrecto’ se piense en ‘derecho legalmente incorrecto’... pues tal Derecho no es válido”*. Quizás el tema alcance para el autor *in comento* su punto más álgido cuando el apego al estado de Derecho y la experiencia personal se combinan para señalar de forma que no luce del todo concluyente lo siguiente:

“Es posible que el vocablo “resistencia” parezca demasiado fuerte en relación con lo que aquí tenemos en mente. Las posibilidades de tales actos de rechazo frente al derecho incorrecto son numerosas. A renglón seguido se mencionarán un par de ejemplos. Quien las desprecia puede reflexionar, por una vez, si el régimen nacionalsocialista de perversión jurídica se hubiera podido establecer en forma tan arraigada si la mayor parte del pueblo hubiese

¹⁹⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 379. Paul Grahman dedica un capítulo de su obra ya mencionada, al tema de “La desobediencia civil y el castigo” en la obra de Rawls. En tal sentido lo cita textualmente: “¿En qué punto la obligación de cumplir con las leyes promulgadas por la mayoría legislativa (o con los actos ejecutivos apoyados por esa mayoría) dejan de ser obedecidas tomando en cuenta el Derecho que tenemos de defender nuestras libertades y la obligación de enfrentar la injusticia? Esto envuelve la naturaleza y los límites de la regla aprobada por la mayoría. Por esta razón el problema de la desobediencia civil es una prueba crucial para cualquier teoría de las bases morales de la democracia”. Ver Paul Graham, ob. cit., p. 111.

reaccionado oportunamente con el necesario coraje civil. Los señaló sin más comentario.

Desconfianza frente a los poderosos; valentía para la crítica abierta; desenmascaramiento de situaciones inconvenientes; rechazo del derecho incorrecto, también y precisamente cuando proviene de “arriba” o cuando representa la “opinión dominante”; no participación en acciones reconocidas como funestas, si bien con ellas sea posible perder adeptos; aun más, la protesta, el desagravio secreto, la epikie y, ante todo, la obediencia que se soporta, que en su estructura interna no es obediencia en absoluto, pues en este someterse se halla oculto el rechazo a la orden”¹⁹⁹.

Las vivencias de Kaufmann las hemos hecho propias en los últimos años en nuestro país. Una parte del mismo, a lo mejor es prematuro cuantificarla, han adoptado la posición formulada por el adagio popular “*de que si no puedes combatir algo es preferible unirte a él*”. Otros han desarrollado una resistencia como la ya expresada. En el caso de nosotros como juristas quizás Dios nos dé la posibilidad de, como Kaufmann, poder evaluar nuestras actitudes frente a la pregunta relativa a si agotamos los recursos requeridos, incluyendo los instrumentos jurídicos, para enfrentar –usando palabras de Radbruch– la catástrofe que hemos vivido en Venezuela en los últimos años.

Quizás sea ilustrativa la cita con la que comienza Radbruch su capítulo sobre “*La filosofía de la historia del Derecho*”: “*La piedra tolera paciente el cincel que la trabaja y las cuerdas que el artista pulsa le responden sin que a sus dedos opongan resistencia. Solamente el legislador trabaja con una materia autónoma y rebelde: la libertad humana (Schiller)*”²⁰⁰.

OCTAVA PARTE DERECHO Y MORAL

El tema de la relación entre el Derecho y la moral ha dado mucho que hablar. Kaufmann se introduce en la consideración de los autores

¹⁹⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 381.

²⁰⁰ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 165.

que han planteado la separación entre Derecho y moral y los que no consideran que exista tal separación. A fin de cuentas, el tema parece ser constante en las discusiones del positivismo con el iusnaturalismo. En todo caso para Kaufmann *“Moral y derecho son distintos, sin duda, en algunos aspectos, pero no se encuentran divorciados entre sí”*²⁰¹. Para Radbruch se trata *“de una fecunda relación de tensión”*. No es ajeno a esta fecunda relación el tema de la justificación del Derecho y su recurso a la moral o lo que Carlos Nino llamaba *“la superfluidad del Derecho”*²⁰². Leiter desde un punto de vista *“naturalista”* no niega *“el realismo moral”*. Así señala que:

*“El argumento de la falta de poder explicativo no excluye necesariamente el realismo moral. Sin embargo, el realista moral debe llevar una doble carga. Debe, ya sea a) defender una presentación de los hechos morales como hechos que supervienen sobre o son idénticos a los hechos explicativos no morales o b) argumentar que el abandono de los hechos morales produce una pérdida explicativa (o de alguna virtud epistémica correlacionada)”*²⁰³.

Podemos pensar que los requerimientos de Leiter son tan excesivos que podrían convertir a lo moral en un tema subjetivo, y es precisamente esa reacción frente al subjetivismo presente luego de la Segunda Guerra Mundial, que reaccionaron filósofos morales como Anscombe, Foot y Murdoch. El tema no escapa al pensamiento de Radbruch y Kaufmann. Quizás los filósofos del Derecho debamos detenernos más –sin ningún tipo de prejuicio– en lo que Bernard Williams llamó *“moralidad, una institución peculiar”*. En efecto, para Williams: *“...la moralidad hace a la gente pensar que, sin esa obligación especial, hay solo inclinaciones; sin sus manifestaciones voluntarias, solo hay fuerza; sin su justicia pura última, no hay justicia”*²⁰⁴.

²⁰¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 387.

²⁰² Gustav Radbruch, ob. cit., p. 105. Ver el excelente artículo de Marisa Iglesias Vila: *“¿Es realmente superfluo el Derecho? Justicia, política e insularidad del razonamiento jurídico”*. *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 119 y ss.

²⁰³ Brian Leiter, ob. cit. p. 290.

²⁰⁴ Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, p. 196.

Kaufmann recurre, una vez más, a la validez del Derecho para buscar un fundamento (razón última) que se diferencie de la voluntad del legislador o del consenso. En este paso se diferencia de Kelsen. Así nos indica que:

“Pero en cuanto razón última (ante todo en un Estado que no es de Derecho) la validez del Derecho (su legitimidad material) no puede residir en la voluntad del legislador o bien en el consenso de la sociedad pues, de lo contrario, tan pronto como la voluntad legislativa haya exteriorizado el ius esto lo injusto por antonomasia tendría que ser aceptado como Derecho vinculante. Desde que el positivismo perdió su inocencia, el imperium y el consenso no pueden ser citados en forma exclusiva en tanto fundamentos de la validez del Derecho.

Está condenado al fracaso también el intento de Kelsen de fundamentar el Derecho en un “puro deber ser jurídico”, independientemente de todo deber ser moral. La “norma fundamental”, es decir, eso en lo que él pretende anclar tal deber ser, ha de concebirse, según su propia afirmación, “como norma de Derecho natural” y es, por consiguiente, una categoría moral”²⁰⁵.

Las argumentaciones desarrolladas por Kaufmann son de gran interés y reflejan consideraciones largamente maduras. A veces pareciera que se quiere excluir lo moral porque se quiere preservar al Derecho y con ello no se preserva a ninguno de los dos. Kaufmann no incurre en este error y honestamente se plantea el tema de la relación entre el Derecho y la moral. En un párrafo extremadamente esclarecedor señala:

“...no se pretende afirmar que moral y Derecho sean una y la misma cosa. Esto, entre otras, no es así porque el Derecho tiene que ver con un único valor moral, y, por cierto, con el más elemental: la justicia, de tal forma que siempre es posible un conflicto con otros valores de la moralidad, por ejemplo, con el mandamiento del amor. Acto seguido, ha de pensarse que el Derecho ni siquiera puede garantizar la perfecta realización de la justicia, pues a nosotros no nos es dada la justicia total y, por ese motivo, no la podemos retener en normas de Derecho. En razón de la seguridad jurídica

²⁰⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 391.

y de la paz jurídica, una norma de Derecho tiene que preservar su validez, pese a que en el caso particular conduzca a un resultado no equitativo, mientras no contradiga a la justicia de manera general y absoluta. Luego, no es posible omitir lo siguiente: si bien el orden jurídico, en últimas, se muestra en tanto orden moral, de esto no se infiere en absoluto que todo orden moral tuviese o por lo menos debiese ser concebido jurídicamente. El Derecho que ha de dirigir sus exigencias a todos, incluso a quienes no están en capacidad de ejecuciones morales demasiado exigentes, puede establecer únicamente, exigencias promedio, frente a hombres promedio; esto significa que el Derecho puede concernir a tales relaciones en las que, de todos los hombres, con la mayor aproximación, se pueda exigir lo mismo”²⁰⁶.

Pero es ese aspecto resaltado por Kaufmann –independientemente de su alcance– de la restricción del Derecho a la moral la que plantea una ley frente a un mundo en que la moralidad se ha convertido en un traje propio –no compartido– que se quita y se pone. En tal sentido nos señala Kaufmann que:

“Esta restricción del Derecho a la esfera de la moralidad sencilla, elemental, ha de construir precisamente en un tiempo como el nuestro, en el que la inseguridad en el ámbito ético se hace perceptible, directriz de la legislación e igualmente de la jurisprudencia”²⁰⁷.

El razonamiento de Kaufmann es conclusivo en el tema relativo a la obligación moral de actuar conforme a las leyes válidas. Su matización, no obstante, se refiere a aquella ley que por quebrantar a la justicia carece totalmente de validez. En tal sentido señala:

“...la observancia de leyes válidas, tan defectuosas como ellas puedan ser, constituye siempre un deber moral, precisamente porque solo existen deberes jurídicos en cuanto deberes morales. Sin embargo, allí donde se ejerce resistencia contra una ley, que debido a su evidente quebrantamiento de la justicia carece totalmente de validez, no resulta ni un conflicto con el orden jurídico, ni con el

²⁰⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 392 y 393.

²⁰⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 393.

*orden moral, puesto que quien lucha por la resistencia no solamente está en armonía con el orden moral sino en contra de la concepción positivista también con el orden jurídico. No es pues, ningún infractor y tampoco un “delincuente por convicción”*²⁰⁸.

Con respecto a la pretendida diferenciación entre el Derecho y la moral de acuerdo con el criterio de exterioridad e interioridad Kaufmann concluye:

*“Seguro que tales tensiones entre moral y Derecho pueden darse, pero no es posible construir sobre ello una distinción esencial. La aseveración según la cual para el Derecho los sucesos psíquicos y espirituales son indiferentes está deficientemente cimentada, por cuanto conocimiento, voluntad, intención, buena fe, error, consenso, disenso, tienen para el Derecho una gran significación. En dirección contraria, también para la moral es importante la conducta externa, así como lo es para el Derecho la conducta interna. Existe únicamente una diferencia de grado en la perspectiva. En el Derecho se valora a lo interior desde afuera; en la moral se valora lo exterior a partir de lo interior”*²⁰⁹.

El punto señalado por Kaufmann es de una actualidad evidente para la filosofía jurídica ya que ha vuelto a poner sobre el tapete conceptos jurídicos que se habían quedado “inertes” en el tiempo, como la intención, a pesar de todos los avances que se han producido en el mundo de hoy. La filosofía ha sido un baluarte, nada desdeñable, para aumentar nuestra capacidad de analizar dichos temas a la luz del entendimiento requerido para proporcionar mejores explicaciones. No se si el término filosofía práctica explica una parte de lo que queremos expresar, pero, al menos, vale la pena mantenerlo para tener presente la función de la filosofía en el mundo de hoy. Lo anterior es particularmente importante en el análisis práctico de la moralidad el cual ha adquirido relevancia en los últimos tiempos.²¹⁰

²⁰⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 394. Kaufmann se refiere al delincuente por convicción en la obra que venimos comentando, p. 369, nota 22.

²⁰⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 395.

²¹⁰ El tema es, por ejemplo, considerado por el llamado dilema del tranvía que es un experimento mental en ética que fue ideado por Philippa Foot y analizado extensamente por

Sobre el señalamiento de que el Derecho debe conformarse con la mera legalidad, Kaufmann insiste en poner de relieve su carácter normativo, así nos explica que *“si el Derecho es norma, entonces no se puede conformar con la legalidad, pues la norma exige moralidad”*. De más está insistir que para Kaufmann, el orden y la coerción como tales, no pueden fundamentar ningún deber ser²¹¹.

Continuando con su análisis del tema relacional que hemos venido considerando, Kaufmann introduce el asunto relativo a las reglas sociales. Su planteamiento parte de las consideraciones de Max Weber, para quien:

*“Las reglas sociales son, según esto, regulación de la acción social ligada a normas y a valores, que en el ámbito de validez y en las sanciones con ellas relacionadas va más allá de los usos y de los hábitos, pero no alcanza en principio, la formalización del “orden normado”, así como se manifiesta en el Derecho y en la ley”*²¹².

Es interesante poner de relieve que Hart siguió la misma ruta de diferenciar las reglas sociales de las jurídicas y de las morales. Al final nuestras actuaciones en sociedad están determinadas por reglas de distinta naturaleza lo cual da origen a diferentes órdenes normativos²¹³. De cualquier forma, tal como señala Habermas citado por Oppetit:

Judith Jarvis Thomson y recientemente Peter Unger. Problemas similares han sido tratados en Derecho penal y civil. En tal sentido, recordamos nuestra obra *Los llamados actos intencionales en la consideración del filósofo de hoy* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Tecní Ciencia Libros, 2017). Una versión más popular del tema del tranvía ha sido desarrollada por David Edmons con información de las teorías en juego y explicaciones didácticas a través de figuras. Ver David Edmons, *Would You Kill the Fat Man? The Trolley Problem and What Your Answer Tells Us About Right and Wrong*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2014.

²¹¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 395.

²¹² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 396.

²¹³ Si bien podría pensarse en una línea de pensamiento entre Hart y Weber esto no ocurre, ya que expresamente el primero negó tal conexión. Sin embargo, Nicole Lacey, biógrafa de Hart, señala, tal como se lo sugirió John Finnis, que en la biblioteca de Hart existe una obra, subrayada en varias partes, que lleva como título “Max Weber sobre Derecho, economía y sociedad”. Una de las explicaciones de Lacey para entender el porqué Hart se distancia de Weber en temas claves como el análisis del aspecto interno de las reglas, pudiera encontrarse en la necesidad de no presentar su obra como un producto del sociologismo. Lo anterior a pesar de haber señalado al comienzo de su obra *El concepto de Derecho* que se trata de un

“La hipótesis de Max Weber según la cual hay una racionalidad inherente al Derecho en tanto que tal, que independientemente y extraña a la moral, será el fundamento de la fuerza de la legitimidad de la legalidad, no puede ser confirmada. La dominación ejercida sobre las formas del Derecho positivo en busca de justificación debe constantemente su legitimidad a un contenido moral implícito que está presente en las cualidades formales del Derecho”²¹⁴.

Volviendo al tema de las reglas sociales y señalando aspectos presentes tanto en Weber como Hart, ellas suponen, más allá del Derecho y la moral, un arraigamiento del modelo de comportamiento y, por tanto, como señalan los sociólogos, un largo proceso de interiorización e intimación. Al final ellas representan, siguiendo a Wittgenstein las reglas del juego que asumimos para vivir en sociedad. Kaufmann, sin profundizar, como lo hizo Hart, en el elemento diferenciador de tales reglas con las jurídicas, señala:

“Puesto que las reglas sociales constituyen una forma preliminar de moral y de Derecho, el “estado de indiferencia” que desplaza la forma del Derecho y de las reglas sociales hacia distintos lados trae como consecuencia, junto con la decadencia de las reglas sociales, casi siempre también la crisis de la moral y del Derecho”²¹⁵.

El tema de la relación moral-derecho no es sencillo, y muchas veces las contradicciones se generan en el esfuerzo humano por acomodar los valores a posiciones equivocadas con respecto a lo que son los bienes fundamentales para el hombre. En este asunto muchas veces contraponemos temas como libertad y vida. Para Kaufmann:

“...luego de un análisis más exacto es posible evitar, hasta un cierto punto, las contradicciones de valores entre moral y Derecho. En algunos ámbitos, no obstante, continúan existiendo. Esto es, efectivamente, desfavorable en relación con la deseable esfera del

estudio de “sociología descriptiva”. El tema referido requiere un análisis histórico más detallado. Ver Nicole Lacey, ob. cit., pp. 230 y 231.

²¹⁴ Bruno Oppetit, *Philosophie du Droit*, Dalloz, París, 1999, p. 87.

²¹⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 397.

deber ser libre de contradicciones. No a de desconocerse que precisamente en tales casos la moral debe ejercer una función crítica frente al Derecho”²¹⁶.

Concluyendo el capítulo de su obra relativo a “Derecho y moral” Kaufmann se ocupa del principio de la subsidiariedad tal como fue dado a conocer a partir de la encíclica *Quadragesimo anno*, del papa Pío XI, en 1931. En realidad, como señala Kaufmann, hay otros antecedentes entre los cuales ocupa un lugar destacado lo expresado por Abraham Lincoln en el sentido de que el gobierno ha de procurar a la población lo que necesita, lo que no esté en sus manos realizar por sí misma o que, de estarlo, no podría hacer bien. En todo aquello que las personas puedan hacer igualmente bien, por sí mismas, el gobierno no tiene que inmiscuirse²¹⁷.

Tal como sintetiza Kaufmann el principio adquiere una nota particular: “...*al miembro individual de la sociedad tanta libertad como sea posible, tanto estado como sea necesario*”. Pero lo esencial del principio es que trata de lograr un equilibrio entre lo que podemos hacer y le da sentido a nuestras vidas como individuos y miembros de una comunidad y lo que el Estado puede y debe hacer para cumplir una función que o no podemos hacer o si lo hiciéramos no seríamos eficientes en su realización. Así lo expresa Kaufmann:

“El principio de subsidiariedad se dirige, por una parte, contra el colectivismo estatal y el totalitarismo y, por otra, también, contra aquella forma de liberalismo en que el Estado solo ha de tener el conocido papel de guardián, lo que con frecuencia se pasa por alto”²¹⁸.

²¹⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 401 y 402.

²¹⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 402. Finnis señala acerca de la subsidiariedad: “Este principio es un desarrollo importante de la ciencia política aristotélica que se inspira en la crítica de Aristóteles al comunismo de Platón, pero va mucho más allá. Ha sido popularizado por Papas recientes bajo el nombre de ‘función subsidiaria’ o subsidiariedad... Tratándose de una cuestión de derechos (de justicia), no simplemente de eficiencia, obviamente está estrechamente relacionada con aquello a lo que mucha gente se refiere en términos de derecho a la libertad”. Ver John Finnis, ob. cit., p. 188 (Nota VI.5)

²¹⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 402.

Pero no es solo el Estado el que ha contribuido a esta forma de repartición de las tareas:

“La muy denunciada inflación legislativa no encuentra sus raíces, por lo menos no en primera línea, en el exceso de competencias del Estado, sino, todavía más, en que los ciudadanos, las asociaciones, las iglesias, los sindicatos,... en lugar de agotar sus propias competencias y conformarse con esto, apelan incesantemente al Estado que todo lo da y todo lo regula”²¹⁹.

Cuando a lo anterior se une un mesianismo como el venezolano, de los últimos años, caemos en un vacío en el cual las cosas no se miden por lo que se hace, sino por lo que se da. En esta ecuación, trágicamente, cuando no se hace, cada vez va a ser menor lo que se puede dar. Pero lo anterior no solo supone un grave tema de ineficiencia, provocada por el mal manejo público de los bienes de todos, sino adicionalmente, un tema de justicia social. Tal como expresa Kaufmann: *“Pues se trata del correcto equilibrio de la libertad del hombre para su pleno desarrollo, por un lado, y del aseguramiento y apoyo estatal de dicha libertad por el otro. Este equilibrio lo llamamos nosotros justicia”²²⁰.*

El principio de la subsidiariedad abre un campo valioso en las ciencias sociales para determinar el rol que el Derecho juega al lado de otros instrumentos de regulación social. A veces, el pretender resolverlo todo jurídicamente, solo puede mostrar las limitaciones del instrumento utilizado y, a la larga, afecta el concepto que los ciudadanos tienen de su eficacia como medio de cohesión social. En su análisis Kaufmann concluye:

“El principio de subsidiariedad se discute tradicionalmente en el Derecho público y en el Derecho constitucional. Desempeña un papel importante, asimismo, en el Derecho penal. Lo que se denomina la “naturaleza fragmentaria” del Derecho penal constituye también un aspecto del principio de subsidiariedad. Esto significa

²¹⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 403.

²²⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 403.

*que únicamente es permitido aplicar el Derecho penal allí donde es incondicionalmente necesario para la protección de la sociedad, esto es, tan solo para la protección de aquellos bienes jurídicos que son imprescindibles para la vida del hombre en convivencia con los otros hombres y que no pueden ser protegidos efectivamente con ningún otro medio distinto del Derecho penal*²²¹.

Lo anteriormente señalado recuerda lo dicho por MacCormick: *“Un importante principio de los órdenes jurídicos liberales es que las potestades que no se ejerzan bilateralmente, por medio del mutuo consentimiento, solo pueden existir en virtud de una clara atribución legal o disposición constitucional”*²²².

NOVENA PARTE

LA DOCTRINA DEL “ESPACIO LIBRE DE DERECHO”

Si bien el análisis de Kaufmann sobre lo que él llama “*espacio libre de derecho*”, tomando las ideas de Karl Engisch ha tenido mayor foco de atención en el Derecho penal vale la pena, al menos como elemento adicional de análisis para el Derecho, ser puesto sobre la mesa. Ciertamente que el plantear un espacio “*libre de valoración jurídica*” podría ser contradictorio para los que piensan, como algunos positivistas, que todo el Derecho es un espacio libre de valoración por cuanto ella no tiene cabida en el Derecho. De cualquier modo, Kaufmann señala que:

*“La doctrina del espacio libre de Derecho ha encontrado, desde tiempo atrás, en la ciencia jurídica, y ante todo en el Derecho penal, múltiples partidarios. No ha podido, sin embargo, imponerse. Siempre han existido también muchos contradictores. Los motivos del rechazo son multiformes”*²²³.

Entre las críticas formuladas a la teoría, independientemente de los casos y las circunstancias en las cuales se aplique, se menciona que constituye la negación del Derecho y el reino del más fuerte.

²²¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 404.

²²² Neil MacCormick, ob. cit., p. 214.

²²³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 407.

Para Kaufmann esto es un malentendido que tiene su origen en la falsa comprensión de la teoría en cuestión. En efecto: *“Espacio libre de derecho no significa jurídicamente no regulado, sino jurídicamente no valorado”*²²⁴. El mismo autor que comentamos no puede negar que la expresión *“espacio libre de derecho”* no es la más afortunada. En realidad, el mundo social está lleno de espacios libres de derecho que no son objeto de regulación. Por ejemplo, en materia de Derecho económico hay múltiples actividades que nunca han sido reguladas y otras que lo fueron pero que ya no lo están (desregulación) por entender que lo más adecuado para lograr determinados fines económicos, es no regularlas. En otros casos, como propone la teoría económica del Derecho, la regulación no implica valoraciones de ninguna naturaleza. Es decir, no soy peor por contaminar y pagar impuestos para hacerlo que no contaminar y ahorrarme esos impuestos. Obviamente, el tema moral de la elección de tales decisiones es otro y por ello mina la credibilidad en la teoría.

Kaufmann se da cuenta de la posible fragilidad del argumento y el riesgo de que su teoría pueda ser confundida con lo que se denomina en la teoría del Derecho los vacíos de derecho. En este último caso se trata de actividades que son jurídicamente irrelevantes. Ahora, qué sucede cuando estas actividades jurídicamente irrelevantes pasan a ser relevantes. El tema es de gran interés para la sociología del Derecho, que tiene que darnos una base explicativa acerca de los fenómenos sociales que producen esos cambios. Pero, lo que no me cabe la menor duda es que eso no puede suceder con lo que son los valores inmutables de una sociedad. El gran problema es que históricamente el tema de lo inmutable ha sido tratado, por razones dignas de consideración, de forma a veces muy ligera e influida por toda naturaleza de prejuicios (en este caso no nos referimos a los prejuicios que se originan antes de emitir un juicio verdaderamente razonado). Ante las dudas que consideró razonables el autor que estudiamos, señala:

“...en el espacio libre de derecho se trata de acciones relevantes y reguladas jurídicamente, que pese a ello no pueden ser valoradas, pertinentemente, ni en cuanto conformes a derecho, ni en tanto

²²⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 408.

*antijurídicas. A manera de caracterización de dicha conducta ambivalente se impuso la expresión, poco acertada, de “no prohibida”. Correcto sería, más bien, hablar de espacio libre de valoración jurídica. Esta expresión, mientras tanto, no se ha podido imponer”*²²⁵.

Probablemente, algunas de las dudas que nos genera la aplicación de la teoría considerada, especialmente en el Derecho penal, se generan por el uso alternativo de la expresión “libre de valoración jurídica”. Por un lado, una conducta no regulada por el Derecho, no necesita ningún tipo de valoración jurídica, en todo caso podría ser moral, como es el caso de conductas, por ejemplo, relacionadas con prácticas sexuales, que fueron delitos en una época de la humanidad, y hoy no lo son en determinadas sociedades. Pero el tema es más de consideración social que valorativo o moral. Adicionalmente, en un mundo como el de hoy, el riesgo es eliminar todo tipo de consideración valorativa a la hora de juzgar la conducta de las personas. Por ejemplo, ante el avance de la neurociencia, la relación entre la ética y el cerebro va a ser objeto de grandes discusiones. Especialmente, cuando determinado tipo de enfermedades y lesiones accidentales, pueden comprometer la voluntad libre de las personas.

Si bien la neuroética es solo un tema a considerar, el mismo tipo de consideraciones se han levantado en otras partes del cerebro, que tienen que ver con aspectos relativos a lenguaje, sentidos, reconocimiento facial, conciencia y en general, relaciones entre el cerebro y el cuerpo. Algunos polemizan señalando expresiones como “*no fui yo sino mi cerebro*”²²⁶. Pero volviendo a Kaufmann, señala:

“El espacio libre de derecho se relaciona con los casos de necesidad (estado de necesidad, interrupción del embarazo, participación en el suicidio). Su regulación jurídica estriba en que la conducta correspondiente, conforme a la ley penal, bajo determinados supuestos, se declara como “no punible”. La pregunta acerca de lo

²²⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 409.

²²⁶ David Edmonds, ob. cit., p. 146. En esta materia es interesante el polémico y clásico libro acerca de la conciencia de Dennett. Ver Daniel C. Dennett, *Consciousness Explained*, BackBoy Books, New York, 1991.

que ha de entenderse por “no punible” no antijurídica no culpable, etc. no es regulada por el legislador; esto le queda, reservado a la jurisprudencia y a la doctrina”²²⁷.

Al final la discusión de Kaufmann, con experiencia en materia penal, lleva a tratar de buscar en el Derecho la solución justa ante circunstancias que constituyen una situación excepcional a la regulación general. El tratar de dejar el tema en manos de la jurisprudencia y de la doctrina no hace sino acentuar la discrecionalidad del juez frente a lo que no está expresamente regulado por el Derecho. No porque el acto no lo esté sino porque las condiciones bajo las cuales actuó el autor de la ofensa al Derecho no son las mismas que se pensaron por el legislador a la hora de crear una disposición de carácter general para prevenir situaciones como por ejemplo el asesinato de una persona (prefiero no utilizar calificativos jurídicos).

En el desarrollo del tema, Kaufmann expone lo que para él es el problema cardinal, que no es otro que los límites de las caracterizaciones jurídicas y antijurídicas. En tal sentido señala:

“El problema cardinal de la doctrina del espacio libre de derecho reside en la pregunta sobre si todas las formas de comportamiento relevantes penalmente pueden ser concebidas, adecuadamente, en tanto “jurídicas” y “antijurídicas” (aquí no se trata de “inocencia o culpabilidad”). La pregunta ha de responderse negativamente. Las dos categorías se tornan inoperantes principalmente en los casos de conflictos trágicos y de necesidad existencial, esto es, en situaciones límite. De esta suerte, el conocimiento acerca de que tampoco es posible solucionar determinados casos (casos de necesidad) exclusivamente sobre la base de la valoración jurídico/antijurídico es todo menos nuevo... La dogmática reinante del Derecho penal, que tan solo conoce este par valorativo jurídico-antijurídico, se encuentra aquí al final de sus posibilidades”²²⁸.

En realidad, Kaufmann se refiere al proceso de valoración del Derecho y la adecuación de la conducta a los supuestos previstos por la

²²⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 409.

²²⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 409 a 411.

ley. Pero, lo que no señala es que estamos frente a un caso –como algunos de los ejemplos históricos que menciona– en el que recurrimos a los valores para buscar una solución, que a primera vista es ética o moral, pero que arrastra al juez a no aplicar estrictamente el mandato del legislador por encontrarnos frente a una situación en que claramente tendríamos una oposición entre el Derecho y la moral. En función de lo anterior se le proporciona al juez la posibilidad de decidir de forma justa.

En todo caso, Kaufmann se plantea lo que él llama intentos de solución. A tales efectos toma un caso de un accidente en masa sucedido en una autopista en la cual se producen dos heridos graves. Llevados a un hospital el médico de guardia decide conectar a uno de ellos al único aparato disponible de corazón y pulmón. El paciente conectado se salva y el otro muere. En el tema se plantea la conducta del médico regulada jurídicamente. Kaufmann recurre a opiniones como la de Hans-Heinrich Jescheck para articular una posible solución. El autor citado por Kaufmann señala que en el caso en cuestión se produce una colisión de deberes jurídicamente insoluble. Ante tal situación que coloca al médico frente a un riesgo legal, Kaufmann acude a la opinión de Günter Stratenwerth que señala:

“La pregunta tiene que decidirse de tal forma que no se pueda elevar un reproche jurídico de culpabilidad. La pena supone un quebrantamiento craso de normas sociales. Para los conflictos sometidos aquí a discusión no existen cánones de decisión, ni solución que pudiera reclamar validez general. El individuo particular, abandonado por el orden jurídico se ve remitido totalmente a la instancia de su propia conciencia. Su decisión, sin embargo –cualquiera que ella sea–, tiene que ser respetada también por el Derecho, en tanto no supere las fronteras de lo jurídicamente prohibido en forma unívoca. Dogmáticamente, esto exige el reconocimiento de un motivo supralegal de exculpación que sea concebido de manera correspondiente”²²⁹.

Si vemos el razonamiento que acabamos de mencionar, citado por Kaufmann, en él convergen la consideración de normas sociales (no

²²⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 411 y 412.

entendemos por qué no se menciona lo ético a menos que se entienda que está incluido en lo social). Adicionalmente se recurre a un motivo de exculpación supralegal, con el cual establece que existen estos motivos fuera del Derecho. A pesar del valor, para Kaufmann, de las opiniones mencionadas por él, llega a la conclusión de que hay “*un total estado de abandono de la dogmática imperante*”²³⁰.

Ante la falta de solución, al menos una argumentación más convincente para él, Kaufmann acude a la teoría de Reinhart Maurach la cual fue denominada por este “*responsabilidad por el hecho*”. En tal sentido señala Kaufmann:

*“Si falta la responsabilidad por el hecho, no se presenta efectivamente un motivo de exculpación, pero el autor no es tan solo exculpado; sucede, más bien, que la desaprobación únicamente concierne al hecho y no, por el contrario, al autor. Este paso se encamina hacia la dirección acertada. La propuesta de Maurach adolece, empero, de que la característica de la responsabilidad por el hecho se coloca entre la antijuricidad y la culpa. Correctamente tiene que tener su ubicación sistemática entre juricidad y antijuricidad”*²³¹.

Lo anterior lleva a Kaufmann a la búsqueda de soluciones, dentro de la dogmática penal alemana, que no agotan el tema o no aportan un claro soporte a la teoría que pretende explicar. En tal sentido, aporta la siguiente explicación fundada en las teorías de Welzel y Maihofer:

“Se trata de la diferenciación realizada por Hans Welzel y muchos otros penalistas sobre lo antijurídico en tanto que acción no valorada y resultado no valorado (no es una mera coincidencia que esto haga recordar la distinción que realiza Kant respecto de la causalidad: como inteligible según su acción en cuanto que cosa en sí misma –“causalidad por medio de la libertad”– y como sensible, según los efectos de la misma, bien que fenómeno del mundo de los sentidos). Apoyándose expresamente en lo expuesto por Maurach, Werner Maihofer da un paso adelante. Él no concibe la “respon-

²³⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 409 a 412.

²³¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 412.

sabilidad por el hecho” a manera de etapa preliminar de la culpa, sino en cuanto elemento de la antijuricidad: como reproche personal de lo antijurídico. Lo anterior trae como efecto que por ejemplo frente al caso del médico que salvó a un paciente y dejó morir al otro por falta de equipo médico suficiente no queda suprimido el reproche de culpabilidad o de responsabilidad por el hecho en el sentido de Maurach, sino ya el reproche respecto de la antijuricidad, según otra terminología: “la no valoración de la acción”. A fin de cuentas, la explicación que tiene por efecto no afectar la integridad del sistema jurídico y dar explicaciones dogmáticas que puedan convencer a los más formalistas no resuelve del todo las dudas que genera la doctrina del “espacio libre de derecho”. En mi opinión no luce fácil tratar de escindir la acción del resultado”²³².

No obstante, Kaufmann señala:

“Con la doctrina sobre la distinción entre acción y resultado no valorados es posible obtener una solución satisfactoria para nuestros casos. La doctrina adolece, sin embargo, todavía de un pequeño defecto. No se ve con claridad como puedan ser juzgadas acciones que muestran, en efecto, un resultado no valorado, mas no una acción no valorada: ¿son jurídicas o antijurídicas, o ninguna de las dos lo es, y, entonces, que son? (de esto dependen algunas cuestiones, v.gr., si la legítima defensa es permitida en casos por el estilo)”²³³.

Ante lo anterior Kaufmann recurre a lo que él llama el tercer camino “No prohibido-No permitido”. A tales efectos recurre al cálculo lógico de Hothar Philipps para quien: “El espacio libre de derecho constituye el ámbito normativo de lo no prohibido para lo que, sin embargo, no es posible inferir una autorización o –equivalentemente– el ámbito de lo no permitido que no está, así mismo, autorizado”²³⁴. En

²³² Aun cuando no es objeto de este estudio el tema de la acción intencional, el mismo no puede ser omitido en un análisis filosófico de la acción. En tal sentido ver: Julio Rodríguez Berrizbeitia, *Los llamados “actos intencionales” en la consideración del filósofo de hoy*, ob. cit., pp. 125 y ss.

²³³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 412 a 414.

²³⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 415.

un resumen, no una justificación de la introducción de la teoría eso viene después, Kaufmann señala:

*“La doctrina del espacio libre de derecho es propia de un orden jurídico libre que en casos trágicos de necesidad y de conflictos prescindir de toda valoración, en lugar de realizar una regulación que luego solo será percibida como el nudo gordiano de una espada violentamente cortante, pero que jamás podría llegar a convencer. Wilhelm Gallas mostró, en forma muy aguda, que las acciones de participación en un suicidio pueden ser juzgadas de manera satisfactoria si el suicidio no se trata ni como antijurídico ni en cuanto jurídico, sino en tanto no prohibido-no permitido. Espacio libre de derecho significa que el orden jurídico renuncia a valorar la conducta respectiva. Quien actúa es responsable por sí mismo del grado de corrección de su actuación”*²³⁵.

En realidad, la teoría planteada por Kaufmann deja muchas cosas por resolver. Él mismo está claro de esta situación, pero en la conclusión del capítulo de su obra donde aborda el tema, aporta una razón que nos proporciona elementos para entender la forma en que un filósofo del Derecho asume la necesidad de generar temas para la reflexión. En tal sentido Kaufmann señala:

“Quizás cause admiración que aquí se trate a profundidad una doctrina que en la ciencia –para no hablar de la práctica– tiene sin duda un carácter marginal, que nunca ha sido la doctrina dominante. Esto obedece a varias razones. De una parte, se muestra muy gráficamente que la filosofía del Derecho y la práctica jurídica no están en absoluto junto una de la otra sin rozarse. La filosofía del Derecho puede contribuir en gran medida a la superación de tales problemas (jurídicos) siempre y cuando no se practique sin contenidos, como es usual infortunadamente hoy por hoy. Esta materia es, además, muy apropiada para el ejercicio del pensamiento filosófico. Fuera de ello y principalmente el examen minucioso de la doctrina de la esfera libre de derecho puede aportar algunas luces en otros ámbitos: libertad, democracia, relativismo, pluralismo, responsabilidad propia, tolerancia.

²³⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 416.

Precisamente respecto de tales cuestiones se mantiene a salvo la doctrina del espacio libre de derecho; allí muestra ella su pertinencia”²³⁶.

El texto anterior refleja que el tema tratado no se refiere a una simple búsqueda de explicación a una teoría concreta. La lista de los temas relacionados nos plantea en una sociedad como la nuestra toda una problemática relacionada con la función del Derecho. Frente a una utilización del Derecho, al igual que de otras instituciones sociales, para controlar sin ningún tipo de límites a la sociedad, se plantea la reflexión profunda acerca del sentido de la finalidad de lo jurídico. En realidad, la utilización de lo jurídico y de la fuerza inherente al mismo ha alcanzado niveles tales que ha dejado de lado a otras formas sociales de coherencia social. A veces hemos oído que el Derecho es un sistema normativo solitario ya que es el único, a diferencia por ejemplo de la moral y de las reglas sociales, que puede usar la fuerza para lograr sus objetivos. Esto se hace más patente en sociedades como la nuestra en las cuales los instrumentos de logro de la paz social se encuentran limitados al uso de una fuerza bruta contraria al ordenamiento jurídico y a las reglas de la moral. Si colocáramos al Derecho en su justo puesto entenderíamos que el recurso al mismo en una sociedad debe tener limitaciones.

Tal como se ha señalado, una sociedad no funciona mejor por estar exageradamente juridificada. El Derecho solo es un recurso más entre la moralidad, la religión, las reglas sociales y los gobernantes moralmente calificados para generar contenidos diferentes a los jurídicos. En un libro reciente en el cual Frederick Schauer pretende explicar la “*fuerza del Derecho*” señala:

“La moralidad nos exige tomar algunas acciones y evitar otras y los oficiales públicos y otros recomiendan hacer las mismas cosas cuando operan de manera persuasiva y no de modo coercitivo. Pero hay una diferencia entre los mandatos de la moralidad y los del Derecho y entre los requerimientos de los funcionarios públicos y las regulaciones de esos mismos funcionarios que cuyo cumplimiento está sujeto a una sanción. Lo que podemos ver de forma clara

²³⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 419.

es que las sanciones y la coerción –la fuerza del Derecho– es lo que distingue el Derecho de la moralidad, de las sugerencias de los funcionarios públicos y de las reglas sociales que regulan nuestras vidas personales y profesionales”²³⁷.

DÉCIMA PARTE

LA LIBERTAD

Kaufmann asume el análisis de la libertad en una visión que relaciona con la misma temas centrales de la filosofía del Derecho como: justicia social, derechos humanos, dignidad humana, responsabilidad y culpabilidad. Para él la libertad se define, al igual que en Kant, como libertad exterior es decir aquella en la que no hay ningún tipo de presión o condición que la limiten. El asunto central es cómo garantizarlo si ello fuera posible. Los derechos humanos y las libertades fundamentales no son sino un intento por lograr esa garantía de la cual hablamos. Si tratáramos, para el autor que estudiamos, de exigirnos una prueba de la existencia de dicha libertad entraríamos en un laberinto en el cual se hacen evidentes todos los determinismos que el mundo actual ha evidenciado. Para el Derecho ha sido tradicional la necesidad de evidenciar esa libertad sobre la cual se construyen innumerables presupuestos jurídicos. La relación con las ciencias de la naturaleza no ayuda mucho ya que la verdad no es privilegio exclusivo de ninguna ciencia. Probablemente el esfuerzo deba ir dirigido a entender los límites de la libertad y a establecer las consecuencias adecuadas en función de los condicionantes que dichos límites pueden crear. Ello no quiere decir que no existe un espacio en el cual no nos movamos con libertad. Evidentemente, no nos referimos solo a espacios externos. Lo que acabamos de expresar de alguna forma está contenido –probablemente de manera menos categórica– en el siguiente comentario de Kaufmann:

“No se trata de la alternativa: o bien la ausencia de toda determinación o bien la total determinación (nada más), sino: puesto que el hombre real es para la conciencia natural un ente libre y no libre,

²³⁷ Frederick Schauer, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015, p. 7.

nos preguntamos dónde y hasta qué punto tiene sentido postular su no libertad. Que pese a su determinación el hombre pueda ser libre es (lógicamente), posible, porque libertad no es el opuesto contradictorio del estado de determinación”²³⁸.

De alguna forma tenemos que tener claro —si ello permite tal aproximación— para qué queremos la libertad. De hecho, todos los días realizamos actos que son libres. La pregunta es si los mismos califican para lo que queremos considerar como libertad o son simples consecuencias de lo que Michael Thompson llama “*Vida y Acción*”²³⁹. Para el autor cuya obra consideramos:

“...la libertad es, en gran medida, un problema de conocimiento. Muchos sostienen que un conocimiento más o menos seguro de la libertad no es posible. Esto es, efectivamente, así. En virtud de este descubrimiento los filósofos pueden insistir en el estado de silencio; si siguiendo la recomendación de Wittgenstein, ha de callarse respecto de aquello sobre lo que no se puede hablar”²⁴⁰.

Pero es en Kant en el cual Kaufmann pretende encontrar algunas explicaciones filosóficas válidas con respecto a la libertad. Como antecedente a tal desarrollo postula lo afirmado por Ulrich Pothast sobre “la insuficiencia de la prueba de la libertad”²⁴¹.

Al final nos podemos preguntar qué es lo que queremos probar. De cualquier manera, se parte de una afirmación terminante antes de considerar lo que Kant dice. Tal afirmación es la siguiente: “*si se plantea la hipótesis de que el hombre no es libre, entonces el indeterminismo no tiene ninguna posibilidad. Si se parte de la hipótesis de la libertad, en tal caso se viene abajo el determinismo*”²⁴². El punto central de Kant al cual quería llegar Kaufmann se origina en la aceptación de que el hombre está sometido al mundo natural, pero adicionalmente “*el hombre*

²³⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 427.

²³⁹ Michael Thompson, *Life and Action. Elementary Structures of Practice and Practical Thought*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.

²⁴⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 428.

²⁴¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 429.

²⁴² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 430.

también se encuentra en un mundo espiritual, inteligible, en el que no domina la ley de la naturaleza y que posibilita la acción desde la autodeterminación y desde la autonomía (teoría de los dos mundos)”²⁴³.

La conclusión es que en Kant, tal como sugiere Kaufmann, no se ha producido un corte demasiado riguroso entre el hombre empírico y el hombre inteligible, por el contrario ambos conviven en uno solo para dar la idea de que un día determina y otro es determinado.

Frente a lo que Kaufmann refiere como lo que la modernidad entiende por libertad, es decir, la posibilidad de opciones discrecionales, el autor referido señala:

“Seguramente cuando tengo solo una elección es difícil para mí aceptarla en tanto libre. Pero la libertad no aumenta con el número de opciones, así que quien más opciones a discreción tuviese fuese el más libre. El aumento de las opciones, y con ello el de la contingencia, no lleva en absoluto a un aumento de la libertad”²⁴⁴.

Pero en Kaufmann el pensamiento sigue indisolublemente unido a la libertad, no es solo pensar en que podemos ser libres para hacer tales o cuales cosas sino más bien buscar expresiones que manifiesten en el mundo ese pensar libre. Kaufmann lo matiza de la siguiente forma: *“La prueba de la libertad es siempre posible de pensar, la prueba de la no libertad es imposible de pensar”²⁴⁵.*

Pero es en Kant, como lo han hecho muchos filósofos del Derecho posteriores al gran maestro de Königsberg, donde Kaufmann encuentra una explicación humana a todo lo que sucede. Al final ella es la más directa expresión de la libertad del hombre. En tal sentido señala en un párrafo esencial para entender lo que quiere decir y su referencia con Kant:

“La idea trascendental de la libertad significa que todo lo que sucede tiene una causa, la representación racional y libre de contradicción de un comienzo que se piense. “El hombre en tanto naturaleza racional, y, por ende, perteneciente al mundo inteligible, no

²⁴³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 432.

²⁴⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 433.

²⁴⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 434.

puede pensar jamás la causalidad de su propia voluntad de manera distinta que bajo la idea de la libertad; pues la independencia de determinadas causas del mundo de los sentidos (a la que la razón misma en todo tiempo se tiene que adjuntar) es libertad. Con la idea de libertad el concepto de autonomía está, pues, inseparablemente unido, y con este el principio general de la moralidad, el que de hecho sirve de fundamento a todas las acciones de los entes racionales, tal como a todos los fenómenos le subyace la ley natural”. De acuerdo con lo anterior Kant distingue la causalidad según dos aspectos: “en cuanto inteligible según su acción, como una cosa en sí misma, y en cuanto sensible, según los efectos de la misma, como fenómeno del mundo de los sentidos”. En el primer aspecto Kant habla de causalidad por medio de la libertad”²⁴⁶.

Adicionalmente Kaufmann menciona a Nicolai Hartmann el cual habla de “*un plus de determinación a lo causal*”. En este sentido el autor que estudiamos lo comenta así:

“Las leyes causales permiten muy bien un tal plus de determinación, pues ellas no están establecidas de antemano hacia un telos, sino que transcurren impasiblemente; por ello precisamente son manejables por quien comprende su regularidad. No existe ley que indique que a los determinantes causales (en el sentido “sensible”) no puedan añadirse otros determinantes (“causalidad por medio de la libertad”); la ley causal tan solo dice que los sucesos causales no admiten un minus de determinación”²⁴⁷.

El análisis del Derecho penal en el cual el tema de la libertad adquiere rasgos fundamentales es desarrollado por Kaufmann en términos de explicar la posibilidad de responsabilizar a un hombre que pensamos ha actuado libremente, en el sentido de lo que entendemos por tal posibilidad. En todo caso, las presunciones generales no son siempre fáciles de explicar. Así señala Kaufmann:

“...una presunción general no se pronuncia ni a favor de que el hombre sea libre, siempre y en todos los aspectos, ni en pro de que no lo sea nunca y bajo ningún aspecto (no hay, en consecuencia,

²⁴⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 435.

²⁴⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 435.

espacio para una decisión “en caso de duda”). El conocimiento que proviene de la experiencia nos dice, no obstante, que el hombre es tanto libre como no libre, en algunas ocasiones, más aquello, en algunas otras más esto otro. El problema consiste en saber cuándo y dónde se debe postular razonablemente libertad, cuándo y dónde se debe postular razonablemente no libertad”²⁴⁸.

A continuación, Kaufmann trata de establecer una conclusión ratificando lo logrado por Kant y previniéndonos de no volver atrás con lo establecido por el filósofo de Königsberg: “La libertad es una determinación de la razón práctica. En ella se arraiga la autonomía y la dignidad del hombre”²⁴⁹. Jacques Maritain de alguna forma nos señaló la dimensión de la libertad en una civilización cristiana al señalar:

“Pero ¿de qué libertad puede tratarse, ante todo, para una civilización cristiana? No de la simple libertad de elección del individuo, según la concepción liberal (lo que no es sino el comienzo o la raíz de la libertad); tampoco de la libertad de grandeza y poderío del Estado, según la concepción imperialista o dictatorial; sino, ante todo, de la libertad de autonomía de las personas, que se confunde con la perfección espiritual de estas”²⁵⁰.

²⁴⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 439. El tema de la libertad en Kant es desarrollado por Adela Cortina en su estudio preliminar a la *Metafísica de las costumbres* de Kant. Ver Adela Cortina Orts en Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, cuarta edición, Madrid, 2008, pp. XXXII y ss.

²⁴⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 440.

²⁵⁰ Jacques Maritain, *Humanismo integral*, Biblioteca Palabra, Madrid, 1999, p. 223. En el pie de página número 15, en la página ya citada, el autor francés señala: “Sobre esta expresión, libertad de autonomía, que empleamos en un sentido a un tiempo aristotélico y paulino, en modo alguno kantiano, ver nuestra obra *Del régimen temporal de la libertad*. En un libro más reciente dedicado a Ronald Dworkin y Saúl Kripke, Thomas Nagel ha señalado: “no podemos evadir nuestra libertad. Una vez que hemos desarrollado la capacidad para reconocer nuestros propios deseos y motivos, nos enfrentamos con la opción de actuar o no de acuerdo a cómo ellas nos inclinan a hacerlo, y al enfrentar dicha elección nos enfrentamos inevitablemente con una cuestión evaluativa. Aun nos rehusamos a pensar acerca de ella, dicho rechazo puede, él mismo, ser evaluado. En este sentido, creo que Kant tenía razón: La aplicabilidad de los conceptos morales respecto de nosotros es la consecuencia de nuestra libertad, de la libertad que deriva de la habilidad de vernos a nosotros mismos objetivamente, a través de las nuevas decisiones que esa habilidad nos impone”. Ver Thomas Nagel, *La última palabra*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2000, p. 131. Por su parte, Roger Scruton señala: “Hay dos fuentes de problemas metafísicos en la existencia humana. El primero es la

UNDÉCIMA PARTE

CORRIENTES MODERNAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Si bien la filosofía jurídica de Kaufmann no pretende ser una historia de la filosofía del Derecho, los comentarios que hace, empezando desde Kant, son ilustrativos acerca de las posiciones que toma con respecto a la filosofía de su época la cual incluye, evidentemente, no solo lo producido en Alemania. Su análisis es representativo de un filósofo de la postguerra y es precisamente, esa característica la que nos aporta un interés especial independientemente de los puntos de coincidencia o no que podamos tener con él. Es evidente que su época representa un momento bien particular de lo que podríamos llamar una “globalización de la filosofía jurídica” para no hablar, por ejemplo, de términos más ambiciosos como el que utiliza Thomas Sowell en su, ya clásico libro, *“The Quest for Cosmic Justice”*²⁵¹.

Lo cierto es que Kaufmann con erudición, consideraciones analíticas y sentido común, nos plantea su visión de la filosofía “moderna”. Kaufmann trata de delimitar el tema señalando:

*“La verdadera filosofía del Derecho se orienta hacia el problema del “Derecho correcto” y con ello, en última instancia, hacia la justicia. Se trata, para decirlo sobriamente, del problema de la verdad de proposiciones normativas o bien de su corrección, si uno se atiene a la terminología corriente hoy y habla de verdadero-falso solo en la esfera de enunciados empíricos (en discursos teóricos); por el contrario, en enunciados normativos (en discursos prácticos) habla solo de correcto-incorrecto. Pero esa diferenciación no debe sobrevalorarse”*²⁵².

conciencia; el segundo es la libertad. Nosotros elegimos hacer cosas y las llevamos a cabo; nos alabamos y responsabilizamos por nuestras decisiones; pensamos acerca del futuro y maquillamos nuestra mente. En todos estos eventos comunes, asumimos que somos libres de hacer más de una cosa; lo que actualmente hacemos es nuestra elección, y nuestra responsabilidad. ¿Son estas asunciones justificadas? Si no lo son, qué queda de la moralidad”. Ver Roger Scruton, *Modern Philosophy*, Penguin Books, New York, 1994, p. 227.

²⁵¹ Thomas Sowell, *The Quest for Cosmic Justice*, Touchstone Book, Simon and Schuster, New York, 1999.

²⁵² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 468.

Kaufmann, con lo que él llama el “*abandono del esquema sujeto-objeto*”, pretende introducirnos en uno de los temas centrales de la filosofía del conocimiento. En realidad, tal como lo muestra, tanto en el iusnaturalismo como en el positivismo está presente esa preocupación, pero desde puntos de vista diferentes. El primero lo asume desde la perspectiva de la naturaleza y el segundo desde la ley positiva. Pero para Kaufmann ambas posiciones son erróneas ya que:

“El derecho no surge de una “naturaleza” considerada siempre igual ni tampoco simplemente de la “ley” formulada como abstracta y general. Estos son solo en cierta medida materiales en bruto, de los que en un acto de conformación procesal (la jurisprudencia y en general el obrar justo) tiene que salir el Derecho concreto. Esta idea no es en sí nueva. Pero no fue cabalmente consciente de este asunto sino primeramente en la hermenéutica”²⁵³.

La idea de Kant de obtener contenidos desde la forma le permite a Kaufmann realizar el tránsito hacia las teorías contractuales, del consenso y de los sistemas. Todas ellas son teorías procesales de la verdad, o bien, de la justicia. El siguiente texto del autor en análisis explica con detalle lo señalado:

“...el imperativo categórico de Kant (el principio de generalización) significa atreverse a deducir enunciados de contenido moral de un procedimiento mental. Y todavía más; contenidos que provengan de la experiencia, únicamente valen a posteriori. Pero si eso es así, ¿no se debería ensayar alguna vez si es posible obtener contenidos consistentes desde la forma? De hecho, este pensamiento, de que la “pura forma”, el “puro deber ser”, pudiera producir contenidos y reglas concretas de conducta, las cuales se sustraen al engaño de la percepción, ha ejercido una fascinación sobre muchos pensadores. Hoy se caracterizan en su mayoría esos intentos como “teorías procesales” de la verdad, o bien, de la justicia”.

Para el autor *in comento* las teorías a analizar son las de Rawls, Habermas y Luhmann²⁵⁴. Sobre Rawls y las llamadas teorías contractuales, el autor en consideración se refiere a toda una tradición que pasa por

²⁵³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 469 y 470.

²⁵⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 471.

Hobbes, Rousseau, Beccaria y Kant. En definitiva, se trata de teorías que tienen su fundamento en los intereses de los contratantes. Quizás el tema clave resida en la elección de un procedimiento que permita verificar la corrección del resultado derivado de ese contrato social o estatal para usar las fórmulas más comunes. De cualquier forma, lo que se persigue es que precisamente ese procedimiento se pueda replicar en todas partes para lograr un resultado similar²⁵⁵. Para Kaufmann el tema novedoso de la teoría de Rawls reside en lo siguiente:

*“Para excluir que las partes contratantes se procuren unilateralmente ventajas y juzguen parcialmente, Rawls extiende sobre ellas el “velo de la ignorancia”; esto significa que las deja en la ignorancia sobre sus cualidades psíquico-físicas y su papel social en la vida real, con otras palabras: en la posición original no entra ninguna potencialidad de poder e intimidación. Además, Rawls determina que, a consecuencia de su ignorancia sobre las propias posiciones en un orden futuro, todas las partes del contrato se comportarán con temor al riesgo. Ellas elegirán en condiciones de incertidumbre, conforme a la regla del maximin, aquel principio que contiene el menor riesgo propio en la vida real”*²⁵⁶.

Tal como señala el propio Rawls:

*“Parece razonable pensar que las partes en la posición original son iguales. Esto es que todos tienen el mismo derecho en el procedimiento para escoger principios; cada uno puede hacer proposiciones, aportar razones para aceptar y mucho más. Obviamente el propósito de esas condiciones es representar la igualdad entre los seres humanos como personas morales, como creaturas capaces de tener una concepción de su bien y capaces de un sentido de justicia”*²⁵⁷.

Si bien Kaufmann coincide en los principios básicos de justicia de Rawls, mantiene una interesante diferencia en lo relativo a temas como

²⁵⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 479.

²⁵⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 480 y 481.

²⁵⁷ John Rawls, *A Theory of Justice*, ob. cit., p. 19.

el “riesgo” que sabemos juega un rol fundamental en la filosofía de él. Así señala:

*“Hay varias cosas que difícilmente convencen; por ejemplo, el por qué los contratantes, bajo determinadas circunstancias, no deberían comportarse también como amigos del riesgo (sin tener en cuenta para nada que en nuestro mundo puede ser un riesgo no poder correr ningún riesgo)”*²⁵⁸.

Comentando las llamadas teorías del discurso el autor que venimos estudiando toma a Robert Alexy para definir al discurso: *“Según esta teoría, dice él un enunciado normativo es correcto cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, el del discurso racional”*²⁵⁹. Con respecto a Jürgen Habermas menciona que el mismo critica a Rawls ya que las tareas que deben ser resultas en argumentaciones morales no pueden ser llevadas a cabo con monólogos sino que exigen un esfuerzo cooperativo. La argumentación moral sirve la finalidad de reconstruir un consenso perturbado. Pues conflictos en la esfera de interacciones orientadas por normas se remiten directamente al acuerdo normativo perturbado. La réplica de que esa objeción no es pertinente, pues en la original “position” rawlsiana cada participante tiene que poder justificarse frente a cualquier otro cuando pretende prioridad ética de su orden de pretensiones de validez, no es convincente. Desde luego que él tiene que justificar esto, pero al hacerlo así queda sin duda en el *“papel de solitario”*. Aunque habría de preguntarse si la objeción de Habermas contra Rawls no se regresa contra él mismo, pues también en su obra el discurso y el consenso idealmente logrados no existen en la realidad, sino son ficticiamente supuestos. Tampoco existe un consenso real, según esa teoría²⁶⁰.

²⁵⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 481. Adicionalmente el autor que comentamos llega a la conclusión de que el teólogo Emil Brunner, sobre la base del orden primitivo de la creación, fundamentada ideológicamente por él, llegó mucho antes que Rawls a resultados esencialmente iguales. Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 431.

²⁵⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 482. Ver Manuel Atienza, ob. cit., pp. 149 y ss. Atienza se refiere tanto a la teoría del “discurso racional” de Alexy como a la de Habermas.

²⁶⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 482 y 483. Habermas señala: “He introducido (postulado de universalidad) como norma de argumentación que posibilita el acuerdo en los discursos prácticos cuando se pueden regular ciertas materias con igual consideración a los intereses

Al final Kaufmann utiliza los argumentos de Lucian Kern para señalar que el modelo de Habermas no resulta ni puede resultar. En tal sentido indica que:

“Él señala en forma concluyente que el principio del mejor argumento o del más bueno posibilita en verdad una conclusión, pero en razón de que Habermas no da ninguna indicación sobre cual es la base del mejor (más bueno) argumento, esa solución es arbitraria. Cosa distinta en Rawls, de cuyo principio de diferenciación se puede deducir una prioridad ética de determinados argumentos frente a otros (a la persona peor situada se le concede el argumento prioritariamente decisivo) en Habermas no hay criterio de prioridad y en consecuencia su construcción de un discurso práctico conduce a un “principio vacío”²⁶¹.

Al final, la gran pregunta que se hace Kaufmann, es qué es lo correcto y cómo se decide, con lo cual parece que pierde su dimensión objetiva. El siguiente señalamiento del autor que comentamos refleja esa pregunta clave para dilucidar la verdadera naturaleza de lo ético. Siguiendo las teorías del consenso Kaufmann señala:

“Qué es “correcto” lo decide el consenso de quienes se encuentran en una “comunidad ideal de comunicación” (Apel), en la “situación ideal de habla” (Habermas) o en un “auditorio universal” (Perelman). Una norma es universalizable (una regla, un modelo de conducta, etc.) cuando puede ser aprobada por todos. No es posible engañarse sobre que el consenso de todos, o siquiera el de todos los seres razonables (¿quién decide y conforme a qué reglas, quien es “razonable”?) no se conseguiría jamás, como tampoco sobre que alguna vez se dé la “situación ideal de habla”, “la comunidad de comunicación ideal, o “el auditorio universal”. Todo esto

de todos los afectados. Únicamente mediante la fundamentación de este principio puente podremos avanzar hacia la ética discursiva. En todo caso, he dado tal forma a (U) que excluye una aplicación monológica de este postulado; únicamente regula argumentaciones entre distintos participantes y hasta contiene la perspectiva de argumentos reales, que están por hacerse y a los que se permite entrar a los afectados. A este respecto, nuestro postulado de universalidad es distinto de la conocida propuesta de John Rawls”. Ver Jürgen Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 77.

²⁶¹ Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 484. Ver Manuel Atienza, ob. cit., pp. 150 y ss.

sucede solo en las operaciones mentales del ético del discurso. Este proceso intelectual, que es tan ficticio como es ficticia la teoría del contrato social, es puramente formal, carece de contenido; como Habermas hace presente, nada puede infiltrarse desde “afuera del discurso”. La fundamentación formal de juicios morales y jurídicos correctos debe garantizarse sobre todo mediante la observancia de la racionalidad formal (y con esto se relaciona que la ética discursiva contraponga a la teoría de correspondencia con la verdad la teoría del consenso de la verdad). Mediante el formalismo de la ética del discurso deberá evitarse el sofisma naturalístico. El temor al círculo es lo que impide a los éticos del discurso como también a los constructivistas, llegar a la materia. El principio de universalización debe igualarse a la generalización lo que significa: casos semejantes sacados a la luz deben garantizar su tipicidad, el juez deberá ser una persona objetiva. Lo último es una ficción desmascarada hace mucho tiempo por la hermenéutica, de la cual nunca podrá decirse que sea una ficción razonable”²⁶².

Creo que la cita que hace Kaufmann de Apel es ilustrativa de lo que quiere expresar: *“no se puede equiparar nunca el consenso de los participantes del discurso con el consenso de todos los afectados”*²⁶³. Posiblemente la crítica más aguda a la teoría del discurso que menciona Kaufmann viene de Charles Taylor. Su tesis principal se expresa así:

“Yo afirmo que todas las teorías que dan preeminencia a la pregunta sobre lo correcto en realidad se apoyan en una idea del bien y ciertamente en dos sentidos diferentes, a) Que lo requiere la articulación de esta idea; y b) Que cada intento de aferrarse a una teoría de lo correcto, sin respaldo de una teoría de lo bueno, está condenada al fracaso”.

Él dirige a la ética del discurso la pregunta que debe ser obligatoria que *“determinado procedimiento desempeñando una posición especial, logre consecuencias”*. El mismo Taylor parte por ello de comprender positivamente la *conditio humana*, para lo cual se necesita una determinación de contenido no solo lógico procesal de lo éticamente correcto.

²⁶² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 486 y 487.

²⁶³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 488.

Taylor aboga entonces de nuevo por una ética de lo bueno en lugar de una ética de las reglas²⁶⁴.

Debemos señalar que no es que Kaufmann niegue todo mérito a una ética del discurso. El mismo es un instrumento necesario, en su opinión, para obtener juicios normativos irrenunciables. De alguna manera está presente en Kaufmann ese realismo pragmático de Peirce, citado por él varias veces en su obra, que aboga por lo real. En tal sentido señala:

*“...es necesario el discurso real que tenga contenido (estos no tienen que ser contenidos substanciales), los cuales no son idénticos a los procedimientos; más bien existen ya antes de los procedimientos, aunque todavía considerablemente informes, para obtener luego en la forma del procedimiento el objeto discursivo. Tampoco los éticos discursivos pueden renunciar al contenido de la experiencia, pues los contendientes tienen que ser competentes... un discurso real, fundamentado en la experiencia de la vida práctica, no puede jamás proporcionar fundamentaciones finales. Solo puede ofrecer recomendaciones a los hombres. La decisión tiene que tomarla finalmente el individuo mismo o los muchos individuos, el legislador; él no puede esperar a una fundamentación final. La ética del discurso se ve imposibilitada para hacer justicia a la historicidad y contextualidad de todos los juicios normativos, una experiencia que conduce necesariamente a la evidencia de que la filosofía no puede proporcionar ninguna fundamentación universalmente obligatoria para una teoría de la justicia. La idea del Derecho ha de buscarse aquí abajo en nuestro mundo; con una “fundamentación final pragmático-trascendental” ella no alumbrará nunca jamás”*²⁶⁵.

A fin de cuentas, siempre es conveniente recordar lo señalado por el maestro del autor que comentamos: *“La vida, mientras se la vive, está únicamente bajo las leyes universales de lo Bueno, lo Verdadero y lo Bello; solo a la vida ya vivida corresponden las valoraciones ‘personalidad’ y ‘nación’”*²⁶⁶.

²⁶⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 490 y 491.

²⁶⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 491 y 492.

²⁶⁶ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 344.

En función de lo anterior, y en la búsqueda de contenido, Kaufmann se ocupa de las teorías de la verdad. Sus comentarios complementan la parte relativa a las corrientes modernas de la filosofía del Derecho. El tema se relaciona con la concepción de la verdad que tienen las teorías “puramente procesales”. Para el autor en estudio:

“Las principales debilidades de las teorías puramente procesales, en especial de la teoría del consenso, se encuentran en el supuesto de poder pasarse sin experiencia, sin algo de contenido. Esto tiene que ver con la concepción que le sirve de base (se trata aquí solo del pensamiento intencional no del pensamiento reflexivo). Estas corrientes tienen de común que rechazan la llamada teoría de la correspondencia de la verdad, conforme a la cual entre proposiciones o asertos y un mundo siempre asequible de la realidad existe una correspondencia (la antigua fórmula: veritas est adequatio intellectus et re)”²⁶⁷.

En opinión de Habermas, citado por Kaufmann:

“...carece de importancia que la verdad se apoye en cualquier relación con algo (no hay según esta comprensión, ningún algo en el discurso) del que pudiera decirse que sería verdadero. Solo interesa la relación de enunciados: teoría consensual de la verdad”²⁶⁸.

Luce evidente, tal como lo indica Kaufmann, que la verdad no puede ser el resultado de un consenso ya que puede estar del lado de los que se negaron al consenso en la discusión dada. Tal como expresa Kaufmann: *“La falta de un consenso no prueba, ni siquiera es un indicio, de que todos o algunos estén en el error”*. En el mismo orden de ideas al que venimos refiriéndonos, concluye el profesor alemán:

“Hay buenos motivos para apoyar la validez de las normas jurídicas solo en un consenso realizado formalmente de manera correcta, puesto que un consenso de esta índole procura cierta presunción

²⁶⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 493 y 494. Ver Hilary Putnam, *Razón, verdad e historia*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 65 y ss. Ver Julio Rodríguez Berrizbeitia, *Integración y orientación e la obra filosófica de Dworkin, Putnam y Hart*, Serie Estudios, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2015, pp. 73 y ss.

²⁶⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 494.

de la exactitud del contenido (presumiendo que los participantes en el discurso dispongan de la suficiente experiencia objetiva), Pero más no. No hay entonces un buen motivo para conceptuar sobre un consenso de esta clase que predica la verdad, mucho menos la fundamentación última de la verdad. Esto no lo da aquí la teoría del consenso. Solamente cuando ella determine en cuanto al contenido y se amplíe hacia un modelo de convergencia pueden obtenerse también consecuencias en su contenido”²⁶⁹.

Lo anterior lleva a Kaufmann a ratificar uno de los postulados centrales de su filosofía jurídica: la teoría de la convergencia que él define como la ordenación de diversos conocimientos procedentes de distintos sujetos e independientemente entre sí, del mismo ente. En este sentido puede decirse que la convergencia es no solo un medio para el conocimiento de lo concreto sino también criterio de la verdad. Solo una teoría de la verdad, así entendida es, de otra parte, armonizable una falibilidad pragmática, que exige en el punto de convergencia de las opiniones falibles un conocimiento objetivo (no malinterpretar objetivo como substancial), mientras que el falibilismo absoluto, en el sentido de Popper tiene en último término, que caer en el vacío²⁷⁰.

No es que Kaufmann, a pesar de los pros y contras de la teoría de la convergencia, descarte al consenso, solo quiere establecer límites y por ello cita a Wolfgang Naucke cuando señala: “*Consenso como fuente del Derecho justo; Derecho justo como límite del consenso*”²⁷¹. No deja de profundizar Kaufmann en el tema relativo a lo que él llama “*el verdadero aspecto básico de las teorías procesales*”. En tal sentido toma como modelo de dichas teorías a Robert Alexy sobre el cual señala:

“Robert Alexy ha dicho con precisión lo que él entiende por una teoría semejante: así, “un enunciado normativo es correcto o –bajo el supuesto de una teoría liberal de la verdad– verdadero cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, de un discurso racional”²⁷².

²⁶⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 495.

²⁷⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 496.

²⁷¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 497.

²⁷² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 501 y 502.

La relación de la verdad con el discurso racional adquiere una nota propia en el discurso normativo. Ello lo diferencia como teoría procesal, frente a la lógica tradicional y al pensamiento reflexivo. Tal como señala el autor *in comento*: “Para la corrección o verdad de un enunciado normativo importa únicamente que se haya logrado un consenso en un discurso racional. Para la lógica tradicional el juicio es la sede de la verdad, y para el pensamiento reflexivo lo es el concepto, mientras la teoría del discurso eleva ahora a sede de la verdad el proceso. Pero el proceso no nos garantiza absolutamente nada si no está soportado en una materialidad que sea el fundamento de dicho proceso”. En otras palabras, como dice Kaufmann debe versar sobre cosas. Kaufmann explica lo anterior señalando:

“...una teoría procesal materialmente fundada tiene una justificación; su justificación consiste sencillamente en que también en ciencia y filosofía se tiene que hablar sobre las cosas. Se aprende también a pensar solo en la materia del pensamiento y este se acredita únicamente en su substancia. Lo repito una vez más; los contenidos del Derecho y la justicia son demasiado importantes como para dejárselos solo a los políticos, de suyo necesariamente parciales”²⁷³.

Para Kaufmann las teorías procesales tienen un valor heurístico

“...se puede comparar esto con la fórmula usual para todo jurista de la conditio-sine-qua-non, con cuya ayuda nunca puede encontrarse una relación causal desconocida, pero que es muy apropiada para verificar la conformidad de una afirmación o negación de causalidad”.

Pero sobre todo dichas teorías muestran, como característica central un aspecto correcto:

“Ciertamente emerge verdad (corrección) en la esfera de lo normativo... no solo mediante procesos sino justamente en los procesos. Pues conocimiento de lo normativo son también siempre producto del sujeto que conoce, pero no son solo producto suyo... También el discurso normativo debe tener un “objeto” (aun cuando no

²⁷³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 502.

substancial), un tema. La debilidad de las teorías procesales puras consiste en que creen renunciar al contenido y a la experiencia, ellas necesitan complementación”²⁷⁴.

Lo anteriormente señalado propone desarrollarlo Kaufmann recurriendo a lo que él llama los tres pilares básicos del discurso práctico normativo: el principio de argumentación, el principio de consenso o de convergencia y el principio de falibilidad. Aunque no podemos detenernos en ellos, permítanme hacer algunos comentarios generales a fin de al menos ubicar la línea de argumentación, inspirado en Charles S. Peirce, se refiere a un discurso racional que se funda en una comunidad de argumentación libre en la cual cada participante aporta los argumentos que quiera someter a la consideración de los demás.

El fin es la elaboración de intersubjetividad. Conforme a esto, un conocimiento es verdadero cuando se tienen en cuenta todos los fundamentos relevantes y cuando se puede pensar que todos lo aprobarían, en cuanto hayan comprendido esos fundamentos. La verdad, pues, no se puede separar de la intersubjetividad²⁷⁵.

El principio anteriormente descrito debe ser complementado mediante el principio de consenso (convergencia) y el principio de falibilidad:

“Estos indican que ningún consenso es definitivo, que más bien cada afirmación, cada conclusión, cada argumentación es básicamente falible, esto es corregible por principio, con una excepción: el propio principio de consenso, el axioma de que ningún consenso alcanzado es definitivo, no es falible, pues si, por el contrario, fuera válido que un consenso definitivo pueda darse, esto sería lo contrario del principio del consenso. Con otras palabras: sobre las condiciones de la argumentación no es posible argumentar razonablemente”²⁷⁶.

La siguiente conclusión de Kaufmann sobre la teoría del discurso es ilustrativa de los pasos seguidos por el profesor alemán –probablemente pretende enseñarnos que no hay productos terminados en el

²⁷⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 503.

²⁷⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 504.

²⁷⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 505.

Derecho— para aproximarnos a la relación existente entre lo formal y la verdad:

“Por cuanto la teoría del discurso solo designa reglas formales, esto es cómo se argumenta racionalmente —las condiciones de una situación dialogante ideal— ella solo puede estar autorizada para la comprobación de que un consenso se ha producido formalmente de modo correcto, pero no puede afirmar el logro de la verdad (corrección) de un contenido de algo, por ejemplo, de normas. El discurso racional, que busca el consenso como tal, nada dice acerca de lo que es verdadero y correcto y tampoco qué debemos hacer nosotros. Este no reemplaza el saber y la experiencia de los interlocutores, sino que presume estas habilidades. Solo hasta que los interlocutores en el discurso dan a este un contenido, un tema, que no es el discurso mismo (la mayor parte de las veces la fijación precisa del tema ocurre en el proceso del discurso), puede este llevar a resultados verdaderos o correctos”²⁷⁷.

DUODÉCIMA PARTE

EL PRINCIPIO DE TOLERANCIA. FILOSOFÍA DEL DERECHO EN UNA SOCIEDAD PLURALISTA DE RIESGO

Con toda razón Kaufmann dedica el último capítulo de su obra a un tema central en el cual se combina experiencia de vida con formación jurídica. El mismo es útil para iluminar algunas cosas de la realidad actual de nuestro país y para plantear interrogantes esenciales al proceso que estamos por vivir en los próximos tiempos. En realidad “la tolerancia” planteada por Kaufmann nos coloca frente a una postura básica para la reconstrucción de una nueva sociedad pluralista en la cual no suceda lo que decía Joseph Schumpeter: *“La primera cosa que el hombre va a hacer por sus ideales es mentir”*²⁷⁸. En relación a la tolerancia señala Kaufmann:

“El principio de tolerancia estaba desde siempre implícito en los principios de “equidad” y de “responsabilidad”. El hecho que yo

²⁷⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 507.

²⁷⁸ Joseph A. Schumpeter, *History of Economic Analysis*, Oxford University Press, New York, 1954, pp. 43 ss.

*lo destaque especialmente obedece a que la tolerancia tiene en el mundo de hoy un papel mucho más grande que nunca. La tolerancia debería ser una de las virtudes más importantes en la “sociedad pluralista de riesgo”*²⁷⁹.

Pero en Kaufmann el tema de la democracia, al igual que en Radbruch, está íntimamente vinculado con el Estado de derecho. Así nos aporta la siguiente cita de su maestro:

*“La democracia es con certeza un bien loable, pero el Estado de derecho es como el pan diario, como el agua para beber y el aire para respirar, y lo mejor de la democracia es precisamente esto, que ella solo es apropiada para garantizar el Estado de derecho”*²⁸⁰.

El tema referente a la forma de vivir democrática es clave para Kaufmann, ella supone un entendimiento por parte del pueblo, a pesar de las dificultades inherentes a la misma. Por ello califica a la democracia como la forma estatal más difícil. El siguiente comentario es ilustrativo para un pueblo como el nuestro, en el cual se ponderan siempre las ventajas de un régimen cercano a la dictadura:

*“La democracia es la más difícil de todas las formas estatales, es una forma de estado de riesgo, siempre amenazada de fracasar. El Estado autoritario, la dictadura, es más fácil para los “súbditos”. Ellos solo tienen que obedecer, nada más, de todo el resto se ocupa el Estado o el partido. El individuo no necesita pensar ni decidir por sí mismo en lo que atañe al bienestar común. Por ello no es en manera alguna sorprendente que los ciudadanos de los países que fueron liberados de la dictadura sientan de nuevo nostalgia por ella. Dicen, en efecto, que si se callaban la boca en el Estado autoritario se podía vivir muy bien; vivir bien, ¡pero sin libertad!”*²⁸¹.

De alguna forma, el autor que comentamos propone frente a la sociedad de riesgo, a un “ciudadano emancipado”. Su experiencia de

²⁷⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 526.

²⁸⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 516.

²⁸¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 517.

Alemania, partiendo de la república de Weimar, lo llevó a decir que la mayoría de los alemanes no son demócratas de estirpe, ya que no han interiorizado la democracia. Quizás el tiempo transcurrido y la experiencia de hoy dan la razón a Kaufmann. Su alerta con respecto a la ley de la mayoría que rige en la democracia es una advertencia que debe estar siempre presente en la sociedad:

“La mayoría lo puede todo, a excepción de dos cosas: ella no puede eliminar el propio principio de mayoría, y con él la democracia, y no puede abolir los derechos humanos y fundamentales, pues estos valen pre-estatalmente, el Estado no los otorga, sino únicamente los protege. Así, por ejemplo, se encuentra fuera de discusión la prohibición de homicidio, y cuando hoy, de nuevo –a pesar de las malas experiencias del llamado decreto de eutanasia de Hitler–, se pronuncian las voces de aquellos que abogan por ella, así sea limitada, es preciso tener cuidado a fin de que no ocurra otra vez una desgracia”²⁸².

Kaufmann no deja de abogar por el pluralismo, ya que el mismo es esencial para la democracia. Ciertamente que el pluralismo se relaciona con el relativismo y el modo de conocimiento de la realidad. Para Kaufman, uno de los grandes aportes de la teoría del discurso es haber puesto de relieve que el conocimiento científico no se puede obtener en solitario, sino más bien, con la cooperación de todos. En un mundo del computador, relacionado al igual que la lógica formal con alternativas extremas como verdadero o falso, la reflexión a hacer es cómo dar entrada en esa forma de razonar, al pluralismo. La pregunta que se hace Kaufmann es de gran interés: “¿Existirá alguna vez el ‘pluralismo del computador’?”. Este sería entonces un verdadero computador humano²⁸³.

Otro tema abordado por Kaufmann es el relativo a la convivencia de un mundo antropocéntrico con la naturaleza (incluyendo a otros seres vivos). Su preocupación ilustra muchas discusiones que se están dando hoy en día con respecto a la protección del medio ambiente y del “mal” llamado reino animal. Sobre este tema no deja de enfatizar que: “La

²⁸² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 518.

²⁸³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 521.

filosofía del Derecho no tiene preparadas soluciones a los problemas de la ecología o de la protección de los animales". A fin de cuentas, su función es la de revisar, a la luz de principios permanentes, la razonabilidad de los argumentos aportados por unos y otros, en especial cuando ellos pueden ser el soporte de expresiones normativas independientemente del ámbito de aplicación de las mismas. Kaufmann, al igual que Hans Jonas, parece estar consciente de la necesidad de construir una "ética del futuro", Kaufmann caracteriza a la sociedad actual como una sociedad de riesgo. El tema es que la relaciona con el Derecho natural y la imposibilidad de darse el mismo en una sociedad abierta. Así señala:

*"No tenemos más una ley – "ley natural" – en la que podamos leer, para toda clase de casos, la manera como tenemos que comportarnos. La sociedad moderna es en alto grado compleja y ello solo puede funcionar como sociedad abierta. Y también la argumentación racional puede dar resultado solo en un sistema abierto, en donde el número de los posibles argumentos es básicamente ilimitado. En la sociedad pluralista de riesgo de nuestra época tiene el hombre que actuar impetuosamente sobre el mundo, sin poder disponer siempre de antemano de normas seguras o remitir a un concepto fijo de naturaleza si su acción es correcta; es decir, tiene que actuar con riesgo"*²⁸⁴.

A diferencia de Kaufmann, tengo la impresión de que la ley natural es más requerida en una situación de riesgo como la planteada por Kaufmann. En una sociedad de cambios bruscos e impredecibles debe quedar claro que lo más expuesto es el Derecho positivo, lo que incrementa la necesidad de actuar con esos principios inmanentes que no cambian por razón de naturaleza, sino más bien por ser inherentes a nuestra condición de persona creada a imagen y semejanza de Dios. Pongamos dos ejemplos: la llamada teoría de la imprevisión requiere, en un mundo como este de riesgo, una consideración particular porque los cambios dificultan la estabilidad de las consideraciones. En materia de empresas y responsabilidad de los administradores las prácticas del buen gobierno corporativo son esenciales para complementar de forma

²⁸⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 529.

necesaria la actuación de los administradores. Lo anterior es muestra de las imposiciones que la realidad impone a un Derecho que tiene que responder a horizontes legislativos más cortos que en el pasado. La cautela exigida antes por el Derecho, para Kaufmann, resulta hoy no tan fácil de ejercer. Tal como señala:

*“Comportarse con exceso de cautela de ninguna manera es la respuesta correcta para todas las situaciones pretendidamente riesgosas, no solo en casos espectaculares... sino también en las muchas circunstancias de la vida diaria. La tolerancia tiene que posibilitar que hombres conscientemente responsables también puedan conducirse con responsabilidad, sin tener que tener secuelas legales si una empresa ha de acabar mal”*²⁸⁵.

Ciertamente que no es sencillo valorar las posibilidades de riesgo, cuando lo que está en juego son consecuencias legales y de alguna forma pareciera que dentro de la idea social del Derecho está la de mantener alejados a los ciudadanos de toda posibilidad de infringir el ordenamiento legal. La efectividad de dicho *desiderátum* constituye un tema clave para la comprensión integral del orden normativo legal, el cual está dotado de recursos distintos a los de otros órdenes normativos. En todo caso Kaufmann se adelanta a señalar que *“escondese detrás de la ley y no asumir ninguna responsabilidad personal por la sentencia es temor al riesgo”*²⁸⁶. En todo caso, podríamos preguntarnos de qué tipo de ley estamos hablando, por supuesto en lo relativo a contenido. Lo anteriormente relacionado con el ciudadano común, también puede afectar a la conciencia del juez. En tal sentido se pregunta Kaufmann lo siguiente:

“Puesto que la idea de que la aplicación del Derecho es solo subsunción no valorativa no puede sostenerse seriamente. Bajo un rasgo normativo tan fuerte como reprochable, no se puede en realidad simplemente subsumir. En verdad el juez está ligado a la ley. Pero ese vínculo no puede llevar a que él no esté dispuesto a asumir para sí ningún riesgo personal, en consecuencia, que se esconda

²⁸⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 530

²⁸⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 533.

detrás de la ley y no quiera asumir ninguna responsabilidad por la sentencia”²⁸⁷.

Lo verdaderamente interesante de Kaufmann, creo que es una idea capital de su obra, es la advertencia al jurista del tipo de sociedad dentro de la cual tiene que desarrollar su obra y aportar elementos de cambio que, armonizados con otros, provenientes de otras disciplinas sociales (sistemas diría Luhmann) puedan ser claves para el logro del orden y la coherencia social en libertad y con respeto a los derechos humanos. Su siguiente cita ilustra la densidad de su pretensión:

“Teniendo en cuenta todas estas inseguridades y riesgos, acierta bien una frase de Armin Kaufmann: este dice que debemos en todo saber jurídico-científico recordar siempre “que nosotros tenemos que pronunciar Derecho, sin la certeza de haber pronunciado también el Derecho”. No podemos escapar al riesgo, ni siquiera cuando no queremos caer en él, tanto más cuando no somos conscientes en absoluto del riesgo”²⁸⁸.

Pero la formulación del riesgo en una sociedad pluralista no es para Kaufmann un esfuerzo más teórico sino la búsqueda de respuestas jurídico-éticas frente a problemas particulares como la bioética y la genética humana. En tal sentido advierte

“...nosotros vivimos una revolución tecnológica, que en comparación con las revoluciones técnicas en la esfera de la física tiene una dimensión enteramente nueva, quizás mucho más perturbadora, en todo caso imprevisible. La revolución de la biotecnología. Hans Jonas ha sintetizado esa nueva dimensión en la fórmula: “Los errores mecánicos son reversibles; los errores biogenéticos, irreversibles”²⁸⁹.

²⁸⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 533.

²⁸⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 534. La cita textual de Armin Kaufmann mencionada por Arthur Kaufmann en el pie de página 25 de la página ya señalada, merece ser mencionada para entender su alcance: “El pensamiento y el sentimiento humano de justicia está metido entre la certeza de la justicia ‘en sí’ y la incerteza sobre lo que sea justicia. Toda teoría de la justicia está caracterizada por esta tensión. Con esto, todo Derecho positivo tiene que aceptar que la incerteza de cómo puede ser Derecho justo se reemplace por la certeza de cómo es Derecho, sin poder eliminar la duda acerca de si ese Derecho también es justo”.

²⁸⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 535.

Para Kaufmann la interdependencia entre la técnica y la ética coloca al jurista frente a temas ineludibles. La posibilidad de generalizar procesos bioquímicos en los cuales los resultados no están garantizados, pero nunca lo van a estar si los mismos no están precedidos por experimentaciones prácticas, muchas de ellas en seres humanos, constituye —a pesar de todas las garantías posibles— un riesgo característico de la investigación avanzada de hoy. Kaufmann matiza el tema al señalar:

“...no pueden los biólogos y éticos eludir simplemente los mandamientos y prohibiciones de la ética invocando la libertad de la ciencia y la investigación, pues esta tiene sus límites inmanentes en los valores del cuerpo, la vida, la autodeterminación y dignidad del hombre, y esas limitaciones subyacen no solo a la aplicación tecnológica, sino que existían ya en la investigación básica”²⁹⁰.

El gran tema para el autor que venimos estudiando es la combinación de la acción requerida en un mundo dinámico con la cautela que convierta a ese actuar en un actuar responsable. Se requiere para Kaufmann una ética de la responsabilidad y en tal sentido acude a Max Weber:

“...la categoría ética de la responsabilidad fue tematizada en especial por Max Weber, quien en la búsqueda de un nuevo principio útil para una ética política se topó con esa categoría. Desde entonces es corriente enfrentar ética de conciencia y ética de responsabilidad. Pero también aquí falla el todo o nada. Una ética de responsabilidad que no se corresponda en convicciones correctas tiene que degenerar en una trivial ética del éxito que quiere obligar a los hombres, a una especie de programa de optimización para el universo. De otro lado, una ética de convicción, que sea ciega para las consecuencias, ya no se funda en una convicción correcta. Solo hombres dispuestos a mucho, pero no capaces de todo, merecen que se les confíe una responsabilidad, dice Robert Spaemann. Una bioética tiene que considerar ambos aspectos. Y puesto que la biotecnología tiene consecuencias abundantes y en gran medida imprevisibles para el futuro, quizás también para un

²⁹⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 538 y 539.

*futuro muy lejano, la bioética tiene que ser ética de futuro, ética de responsabilidad futura, tal como Hans Jonas ha deducido del imperativo categórico: “Actúa de tal manera que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de vida genuina sobre la tierra”*²⁹¹.

No podemos desarrollar en este trabajo toda la larga consideración del autor que comentamos acerca de la clonación, especialmente después del año 1985 del pasado siglo. Muchas de sus observaciones se refieren al ambiente imperante en su nativa Alemania con respecto al tema:

*“Pero hoy no es posible despachar sencillamente el problema de la clonación de humanos como una fantasmagoría. Y en todo caso se tiene que considerar la admonición de numerosos científicos naturales y médicos, quienes insisten más y más en que las barreras éticas y jurídicas impiden más de la cuenta la investigación en nuestro país, lo que obliga a quejarse en cuanto a Alemania. De todos modos, ya se encuentra relegada a segundo plano frente a los países progresistas”*²⁹².

En realidad, pareciera que al país al que se refiere Kaufmann, por una experiencia no del todo olvidada, trata de definir claramente las implicaciones morales que el tema acarrea. El propio Kaufmann está consciente, como más adelante lo expresa, de las preocupaciones que la clonación genera en cuanto a la *“dignidad humana como tal”*. Probablemente no estemos listos para asumir un análisis correcto de los efectos que la práctica pueda generar dentro de una comunidad social tal como la que hemos venido desarrollando a lo largo de la historia de la humanidad. Temas como la familia, la educación, la adaptación social y la vida en común están sujetos a una reflexión que luce difícil de anticipar.

Otro tema central para Kaufmann es el de la tolerancia. Si bien trata de verlo en un contexto más amplio que el religioso, a pesar de los

²⁹¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 542 y 543.

²⁹² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 552.

brotos de fanatismo religioso que estamos presenciando en el mundo de hoy, su esfuerzo se orienta a todo aquello que se dirige contra la pluralidad de pensamiento. Para el autor que comentamos la tolerancia no es ilimitada, no se puede garantizar a cualquier precio, especialmente cuando compromete la libertad de los demás. Kaufmann realiza un recorrido de opiniones valiosas para describir las dificultades de las implicaciones prácticas del concepto:

“Muy a menudo se puede leer que la tolerancia está prohibida frente a la intolerancia; así, por ejemplo, Gustav Radbruch: tolerancia sí, “pero no tolerancia frente a la intolerancia”. Así Karl Jaspers: “la intolerancia contra la intolerancia es ineludible”; y no de otra manera Werner Maihofer: contra “sistemas de intolerancia es ineludible solo hay una política de intolerancia”. En oposición a esto se objeta, por cierto, que es una contradicción interna decir que la intolerancia no puede soportar la intolerancia. En este sentido ha opinado, por ejemplo, Hans Kelsen; está en la esencia de la tolerancia que la propia democracia pueda ser abolida mediante la decisión de la mayoría. Esto en verdad no es correcto. No es una contradicción lógica que el tolerante diga que no tolera la intolerancia, pues esta proposición se encuentra en una relación escalonada de objeto y metaobjeto. A causa de esto no se percibe todavía por qué frente al intolerante siempre y básicamente se debe ser intolerante. En definitiva, no es acertado el concepto de Theodor Maunz según el cual el intolerante, por cuanto hiere a la dignidad humana, no puede invocar derechos conforme a la Constitución, pues ni siquiera el delincuente pierde absolutamente todos sus derechos en un Estado de derecho. Pero, por lo demás, tampoco es imaginable por qué la intolerancia siempre deba combatirse con la intolerancia. La tolerancia tiene su raíz en la idea de la libertad, y donde el intolerante no pone en peligro la libertad garantizada en la constitución, no hay, como lo dice con entera razón John Rawls “ningún fundamento para negarle a él la libertad”. Manfred Hättich avanza todavía un paso más cuando niega el carácter liberal a una sociedad donde no haya en una cierta medida un espacio de intolerancia”²⁹³.

²⁹³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 568. Pedro Bravo Gala en la introducción a la *Carta sobre la tolerancia* de John Locke, citado por Kaufmann, menciona en una cita inicial un texto de

En el caso de nuestro país de lo que sí podemos estar seguros, es que la restitución del Estado de derecho, que algún día que tarde más temprano llegará, va a tratar igual a aquellos que se han servido de posiciones intolerantes en el manejo de la política. Siguiendo a Niklas Luhmann, el autor en estudio insiste en el cambio dramático que en el mundo se ha producido con el paso de sociedades cerradas a abiertas. En tal sentido advierte que:

“Las sociedades cerradas son sociedades con estructuras relativamente simples, estáticas. Nuestra sociedad moderna se caracteriza por el alto grado de complejidad social. Esto no puede dejar de tener importantes consecuencias para el problema de la tolerancia..., en el “problema del riesgo anticipado” (Niklas Luhmann), se señaló que en sociedades altamente complejas nadie puede actuar con responsabilidad sin correr el peligro de haber estimado falsamente el curso de la acción. Por eso aquí no se permite más ejercer una simple tolerancia “práctica” bajo el mantenimiento de la intolerancia “dogmática”. Aquí la “intolerancia dogmática” llega literalmente a su “término”, ella es solo “intolerancia práctica”... Solo el tolerante puede conducirse adecuadamente con la complejidad. Este es abierto frente a situaciones abiertas, calcula con esto que otros posiblemente tengan mejor información que él, sobre qué nuevas situaciones exigen nuevas interpretaciones, pero en eso es consciente de que siempre son solo interpretaciones de la complejidad y que por ello estas nunca pueden ser concluyentes y absolutas. En tanto reacciona abiertamente ante el mundo cambiante,

Milton (Areopagítica): “Más si no pueden todos ser de igual parecer ¿y quien aspiraría a tanto?, será sin duda más saludable, más prudente y más cristiano que sean muchos tolerados, antes que todos constreñidos. Ver John Locke, *Carta sobre la tolerancia* con introducción de Pedro Bravo Gala, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966. p. 7. Rawls habla de “pluralismo razonable” (*reasonable pluralism*): la existencia de concepciones conflictivas con respecto al bien pero que son razonablemente sostenidas. Ver Paul Graham, *Rawls*, ob. cit., p. 124. El filósofo norteamericano John Lachs en un artículo acerca de “Pluralism and Choice-Inclusive Facts” se refiere a la educación filosófica como aporte, entre otros temas, al pluralismo. Así señala: “El reciente y vasto crecimiento de la ética aplicada demuestra el valor de la educación filosófica: el examen crítico de las distintas propuestas de acción, la detección de lo falso, el desenmascaramiento de las contradicciones de la vida, y la presentación de alternativas clarifica nuestras decisiones sociales y nos mueve cada vez más cerca hacia un mundo más humano”. Ver John Lachs, *Freedom and Limits*, Fordham University Press, New York, 2014. p. 290.

se preocupa de que este permanezca abierto. Y de esa manera “elabora” complejidad, hace nuestro mundo más humano”²⁹⁴.

No ignora Kaufmann las dificultades de la práctica de la tolerancia en un mundo de posiciones encontradas donde los éxitos se miden por las pocas concesiones independientemente de los resultados finales. Como dice Kaufmann la tolerancia no es una cosa fácil. Así no se eleve ella a la cima del prójimo o quizás al amor del enemigo, sin embargo, es “algo muy laborioso”. Ella presupone un alto gado de libertad espiritual y la capacidad de construir una opinión segura. Exige capacidad de comunicación y sobre todo la virtud de poder escuchar, de poder aceptar a los demás y de poderlos tomar en serio. Y necesita la fuerza para poder comenzar siempre de nuevo y dejarse aconsejar a través de nuevas situaciones y nuevas informaciones. Lo dicho vale en gran medida para la llamada tolerancia de la ambigüedad, esto es, que teniendo en cuenta la insolubilidad de cuestiones y problemas existenciales no se resigne ni decaiga en sentimientos y apatía o pérdida de sentido, sino se soporte en libertad²⁹⁵.

En Kaufmann, siguiendo a Alexander Mitscherlich, la tolerancia tiene un fin más ambicioso, todavía, que el mero acuerdo social. En realidad, para el:

“La tolerancia no surge de manera mítica mediante actos de voluntad moral, sino mediante la contención de la pobreza... La contención de la pobreza conduce a la tolerancia, la tolerancia lleva a la contención de la pobreza. En este sentido la tolerancia es un elemento de la justicia social, ella se deberá al bienestar común. La justicia social puede garantizar el Derecho conforme al utilitarismo negativo, solo en sentido negativo y esto también solo

²⁹⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 575 y 576. Gabe Mythen comentando la obra de Ulrich Beck señala: “Convergencia económica, fluctuaciones políticas e inseguridad nacional han sido los motivos de nuestra época. Nosotros vivimos en un mundo fugitivo salpicado por grandes peligros, conflictos militares y riesgos ambientales. Como resultado, importantes partes de nuestra vida diaria son dedicadas a negociar cambios, lidiar con la incertidumbre y calcular el impacto personal de situaciones que parecen estar fuera de control. De una manera, o de otra, las señales distintivas de la sociedad moderna están todas asociadas con el fenómeno del riesgo”. Ver Gabe Mythen, *Ulrich Beck. A Critical Introduction to de Risk Society*, Pluto Press, London, 2004. Pos 60 y ss. Edición electrónica de Amazon Kindle.

²⁹⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 576 y 577.

incompletamente, no en lo que depara a los hombres en felicidad, sino solo de la manera en que a ellos les limita la desgracia y la aflicción. Así finalizará este libro en el imperativo categórico de la tolerancia: Actúa de tal manera que las consecuencias de tus acciones sean compatibles con la mayor posibilidad de evitar o disminuir la miseria humana”²⁹⁶.

En realidad, al imperativo categórico de Kaufmann solo le haría falta advertir que la justicia social no puede nunca ser motivo para incrementar la intolerancia en una sociedad bajo la excusa de sentirse especialmente ungida para el logro de la misma. Creo que este último capítulo que hemos estudiado de la obra de Kaufmann, trae a la memoria las enseñanzas de otro entrañable profesor de filosofía jurídica que enseñaba:

“Porque para ser y actuar como jurista, en “un mundo en cambio” hay que tener esperanza; y sentirla profundamente como profecía que perfora el tiempo a la vez que afirma enérgicamente que “así será”; como virtud “que rehúsa a desesperar ante la prueba y la cautividad” y como amor, que se basa en la comunión con el otro fundiéndose ambos en el Absoluto, Dios. Y lanzarse, decididos, a ser “juristas”, hombres de la justicia y la verdad en un mundo en cambio y –todavía– radicalmente injusto. Lo cual significa un riesgo. Pero es riesgo de una hermosa y apasionante aventura que pueda dar sentido a toda una vida. Una vida fundada en la esperanza, que, de por sí es riesgosa”²⁹⁷.

ALGUNOS COMENTARIOS FINALES

La obra de Kaufmann es interesante y actual. Su forma de vincular el pasado con el presente en fórmula de dejar claro que, con tolerancia, respeto a los derechos humanos, entendimiento del mundo en que vivimos, pluralismo, democracia, adaptación lógica a los nuevos tiempos, racionalidad en el uso de Derecho, etc. podemos construir un mundo mejor, constituye una esperanza que da sentido al trabajo del jurista.

²⁹⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 581 y 582.

²⁹⁷ Luis María Olosó, *Derechos humanos. Pensamiento comunitario y otros temas*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1988. pp. 463 y 464.

A menudo nos encontramos dando argumentos frente a los problemas que vivimos, en la creencia de que nuestro contexto es el único que ha tenido y tiene tales situaciones. El problema es que usamos argumentaciones muchas veces indefinidas y no debidamente maduras. Lo hacemos más con el afán de convencer a otros que con la idea clara de que los que difieren de nosotros puedan entender las argumentaciones que queremos dar.

En el fondo, los filósofos del Derecho no podemos dar fórmulas mágicas, como nadie puede hacerlo, para resolver los problemas de una sociedad. Es más, no podemos dar soluciones sino para una parte muy limitada de la realidad social, aunque el poder del Derecho nos haga ver horizontes más amplios. Frederick Schauer en su libro acerca de *La fuerza del Derecho* se refería a que el Derecho no es toda la organización política y social requerida. Asume algunas cosas y deja otras a ser solucionadas por otras instituciones de la vida socio-política de una sociedad. El Derecho es bueno para algunas tareas y no recomendable para otras. Pero para hacer una evaluación adecuada de cómo debe ser el diseño institucional del Derecho y cuáles son los roles que debe cumplir, debemos estar claros en las tareas a realizar por las instituciones jurídicas y las que no deben ser realizadas por estas²⁹⁸.

En la reconstrucción requerida después de la crisis, vamos a necesitar de una racionalidad intensificada que deje de lado tanto la sobreestimación del Derecho, como la infraestimación del mismo. Igualmente debe dejar de lado, con el argumento común de hacer justicia, todas aquellas apreciaciones derivadas solamente de factores sentimentales e ideológicos. No es que desaparezcan, deben seguir formando parte de nuestro repertorio histórico, pero no pueden ser elementos activos del plan exigido para lograr una paz duradera en nuestra sociedad. En tal sentido, el rol de la filosofía en general y de algunas ideas particulares de Kaufmann, como la tolerancia puede ser claves para emprender la labor que tenemos por delante. Las diversas tragedias que ha vivido la humanidad no dejan de enseñarnos, día a día, la necesidad de los valores para el diseño e implementación de un Derecho más justo. El argumento de la pretendida subjetividad de los valores, muchas veces no es

²⁹⁸ Frederick Schauer, *The Force of Law*, ob. cit., p. 167.

otra cosa que la renuncia a todo aquello que representa una búsqueda de un bien que siempre tiene formas de acercarnos a él, aunque parezca que nunca se alcance.

En todo caso, es mejor empezar a recorrer el camino que quedarnos donde estamos. Ya ni siquiera se trata de volver a ver la filosofía del Derecho en términos de positivismo o iusnaturalismo. La realidad, como pretendió verla Adolf Reinach, es más amplia que eso. Neil MacCormick al final de su obra sobre *Instituciones del Derecho* lo expresa así:

*“Qué funciones deben ser adscritas al Derecho en general o alguna ley en particular; o cualquier otra producción humana, es algo evidentemente discutible. Si en vez de declararlos abiertamente, un trabajo sobre Derecho omite confrontar y dar cuenta de los valores involucrados, puede dar la apariencia de que tiene mayor objetividad. Pero lo que es ideológico en un sentido peyorativo es ocultar la orientación a valores, no su abierta adopción. Una interpretación honesta, que declara abiertamente los valores que presupone, y que está tan alerta a las fallas como a los éxitos del sistema juzgados a la luz de esos valores, es la mejor objetividad disponible para las ciencias humanas, incluida la teoría del Derecho”*²⁹⁹.

Al final del camino de este trabajo, que pretende mostrar la obra de un gran jurista en la cual está presente siempre la orientación del maestro, lo que podemos señalar es su esfuerzo por abrir caminos a una reflexión que solo puede ser labor de cada uno. Creo que el maestro debe estar plenamente satisfecho si fue el agente activo de algunos de esos pasos en sus estudiantes. Rorty señalaba en un ensayo dedicado al “filósofo experto”:

*“Los filósofos no son filósofos porque tienen objetivos e intereses comunes (no los tienen), o métodos comunes (no los tienen), o se ponen de acuerdo para discutir un conjunto de problemas comunes (no lo hacen), o están dotados con facultades comunes (no las tienen), sino simple y sencillamente porque ellos toman parte en una sola y continua conversación”*³⁰⁰.

²⁹⁹ Neil MacCormick, *Instituciones del Derecho*, ob. cit., p. 376.

³⁰⁰ Richard Rorty, *Philosophy and The Mirror of Nature*, ob. cit., p. 411.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, Robert, *Teoría de la argumentación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Editorial Astrea, segunda edición, Buenos Aires, 2012.
- ALMOGUERA CARRERES, Joaquín, “Introducción” en RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, Editorial Reus, Madrid, 2007.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- BALAUDE, Jean-François, *Instaurer Le Bien. La Problematique Philosophique de la Justice Dans L’Antiquité (Platon, Aristote, Épicure) en La Justice*, Vrin, Paris, 2007.
- CAPUTO, Leandro Javier, *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, Astrea, Buenos Aires, 2006.
- CARNAP, Rudolf, “Phychology in Physical Language”, en *Logical Positivism*, A.J. Ayer editor, The Free Press, New York, 1959.
- CORTINA ORTS, Adela, “Estudio preliminar” en KANT, Emmanuel, *Metafísica de las costumbres*, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2008.
- COSSIO, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Editorial Los Andes, Buenos Aires, 2005.
- CRESPO, Mariano, “Estudio preliminar” en Adolf Reinach, *Los fundamentos a priori del Derecho civil*, Editorial Comares, Granada, 2010.
- DEL MAR, Maksymilian, “Introducción” en *New Waves in Philosophy of Law*, Palgrave, Macmillan, London, (edición electrónica de Amazon), 2011.
- DENNETT, Daniel C., *Consciousness Explained*, BackBoy Books, New York, 1991.
- DORTAL, Robert, “In Gadamer’s Neighborhood” en *Dialogues with Davidson. Acting, Interpreting, Understanding*, Edited by Jeff Malpas, The Mit Press, Cambridge, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2005.
- EDMONS, David, *Would You Kill the Fat Man? The Trolley Problem and What Your Answer Tells Us About Right and Wrong*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2014.
- EGUSQUIZA, Alfredo, *Kant, su filosofía crítica y el Derecho*, Emecé, segunda edición, Buenos Aires, 1949.

- FARALLI, Carla, *La filosofía del Derecho contemporáneo*, Universidad Complutense, Madrid, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, Tomo 3, La sintaxis del Derecho, Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- FERRONE, Vincenzo, *The Enlightenment. History of an Idea*, Princeton University Press, 2017.
- FINNIS, John, *Aquinas, Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- FINNIS, John, *Ley natural y Derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- FØLLESDAL, Daghinn, Prefacio en: VAN ORMANN QUINE, Willard, *Word and Object*, The Mitt Press, Cambridge, 2013.
- GADAMER, Hans-Georg, *Truth and Method*, Crossroad, New York, 1975.
- GILSON, Etienne, *El Tomismo. Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*, Eunsa, cuarta edición corregida, Navarra, 2002.
- GLÜER, Kathrin, *Donald Davidson. A Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- GRAHAM, Paul, *The Principles of Justice Are Chosen Behind a Veil of Ignorance*, Oneworld, Oxford, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.
- HARARI, Yuval Noah, *Sapiens A Brief History of Humankind*, Harper Collins Publishers, New York, 2015.
- HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
- HIRSCHBERGER, Johannes, *Historia de la filosofía*, Tomo II, Herder, Barcelona, 1976.
- HÖSLE Vittorio, *A Short History of German Philosophy*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2017.
- IGLESIAS VILA, Marisa, “¿Es realmente superfluo el Derecho? Justicia, política e insularidad del razonamiento jurídico”. *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2008.
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*. Segunda reimpresión. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- KENNY, Anthony, *Western Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2012.
- KUNZ, Josef L., *La filosofía del Derecho, Latinoamericana en el Siglo XX*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1951.

- LACEY, Nicole, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and The Noble Dream*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- LACHS, John, *Freedom and Limits*, Fordham University Press, New York, 2014.
- LASK, Emil, *Filosofía jurídica*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008.
- LEITER, Brian, *Naturalismo y teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- LOCKE, John, *Carta sobre la tolerancia* con introducción de Pedro Bravo Gala, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966.
- MACCORMICK, Neil, *Instituciones del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- MARITAIN, Jacques, *Humanismo integral*, Biblioteca Palabra, Madrid, 1999.
- MARITAIN, Jacques, *Lecciones fundamentales de filosofía moral*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1966.
- MARMOR, Andrei, *Philosophy of Law*, Princeton Foundations of Contemporary Philosophy, Princeton, 2011.
- MAZZARESE Tecla, en [www.cervantes virtual.com](http://www.cervantesvirtual.com)
- MYTHEN, Gabe, *Ulrich Beck. A Critical Introduction to de Risk Society*, Pluto Press, London, 2004. Pos 60 y ss. Edición electrónica de Amazon Kindle.
- MURPHY, Mark C., *Philosophy of Law The fundamentals*. Blackwell, Malden, 2007.
- NAGEL, Thomas, *La última palabra*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2000.
- NARVÁEZ MORA, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- NAUKE, Wolfgang y HARZER, Regina, *Filosofía del Derecho. Conceptos básicos*, Astrea, Buenos Aires, 2008.
- OLASO, Luis María, *Derechos humanos. Pensamiento comunitario y otros temas*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1988.
- OPPETIT, Bruno, *Philosophie du Droit*, Dalloz, París, 1999.
- PEIRCE, Charles S., en *Filosofía norteamericana en el siglo veinte*, KURTZ, Paul, *Textos escogidos desde el pragmatismo hasta el análisis filosófico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.
- PEREIRA SÁEZ, Carolina, *La autoridad del Derecho. Un diálogo con John M. Finnis*, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 223.
- PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel, *Los problemas de las teorías holistas del Derecho*, www.cervantes virtual.com.

- POLANSKY, Ronald, *Giving Justice Its Due in The Cambridge Companion to Aristotle's Nicomachean Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- PRIETO SANCHIZ, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- PUTNAM, Hilary, *Razón, verdad e historia*, Tecnos, Madrid, 2006.
- QUINE, Willard Van Orman, *Word and Object*, The Mit Press, Cambridge, 2013.
- QUINE, Willard Van Orman, *Quiddities An Intermittently Philosophical Dictionary*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.
- RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, Editorial Reus, Madrid, 2007.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.
- RAYNAUD, Philippe, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, Paris, Puf, 1996.
- REESE-SCHAFER, Walter, en *Le dictionnaire des sciences humaines*, Puf, Presses Universitaires de France, 2006.
- REINACH, Adolf, *Los fundamentos a priori del Derecho civil*, Editorial Comares, Granada, 2010.
- RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio. *Los llamados actos intencionales en la consideración del filósofo de hoy*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Tecni-Ciencia Libros. Serie Estudios N° 112, Caracas, 2017.
- RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio, *Integración y orientación en la obra filosófica de Dworkin, Putnam y Hart: relación del filósofo y el jurista con el mundo de hoy*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica Andrés Bello, Serie Estudios, N° 110, Caracas, 2015.
- RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio, “El positivismo jurídico en la obra de Luigi Ferrajoli” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 151, Caracas, 2012.
- RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio, *Caminos de la filosofía jurídica actual*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 97, Caracas, 2011.
- RORTY, Richard, *Philosophy and The Mirror of Nature*, Princeton Classics, Princeton University Press, New Jersey, 2018.
- ROSS, Alf, *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.
- SCHAUER, Frederick, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.

- SCHLICK, Moritz, “The Foundation of Knowledge”, en *Logical Positivism*, A.J. Ayer editor, The Free Press, New York, 1959.
- SCHUMPETER, Joseph A., *History of Economic Analysis*, Oxford University Press, New York, 1954.
- SCRUTON, Roger, *Modern Philosophy*, Penguin Books, New York, 1996.
- SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, Taurus, Madrid, 2009.
- SMITH CHURCHLAND, Patricia, *Foreword* en QUINE, Willard Van Orman, *Word and Object*, The Mit Press, Cambridge, 2013.
- SOWELL, Thomas, *The Quest for Cosmic Justice*, Touchstone Book, Simon and Schuster, New York, 1999.
- SPECTER, Matthew G., *Habermas. An Intellectual. Biography*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. <https://plato.stanford.edu/entries/logic>.
- THOMPSON, Michael, *Life and Action. Elementary Structures of Practice and Practical Thought*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.
- VAN DER LIETH GARDNER, Anne, *An Artificial Intelligence. Approach to Legal Reasoning*, The Mit Press, Cambridge, 1987.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Visión crítica de la historia de la filosofía del Derecho*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.
- WILLIAMS, Bernard, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Editorial Crítica, Barcelona, 2012.

LA FRAUDULENTA Y FALLIDA “MAGIA” DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA DE CÓMO SE “TRANSFORMA” UNA ACCIÓN DE AMPARO, QUE FUE DECLARADA SIN LUGAR, EN UNA VÍA PARA EMITIR DECLARACIONES POLÍTICAS, SOBRE HECHOS POLÍTICOS, IGNORANDO LA JUSTICIA Y EL DEBIDO PROCESO (SOBRE LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL NO. 65 DEL 26 DE MAYO DE 2020) ALLAN R. BREWER-CARÍAS*

SUMARIO

I. Los antecedentes del caso: los hechos acaecidos con ocasión de la instalación de la Asamblea Nacional al inicio de su período de sesiones ordinarias en enero de 2020. II. La acción de amparo intentada. III. Los “antecedentes del caso” reseñados en la sentencia que nada tienen que ver con el caso. IV. Las consideraciones para decidir se limitaron a la aceptación como válidas, de las informaciones suministradas por el diputado Luis Parra, sin probanza alguna de ellas, concluyendo con decisiones que nada tenían que ver con el objeto del proceso. V. La declaratoria in limine litis de la improcedencia de la acción de amparo intentada. •Apreciación final

* Profesor emérito de la Universidad central de Venezuela.

Siempre me ha llamado la atención los que hacen los “magos” ilusionistas ante audiencias atentas, cuando, por ejemplo, “convierten” una pelota de tenis en una manzana, o “sacan” de un pañuelo unas palomas.

Pero nunca me imaginé poder presenciar una manipulación de la realidad como la que ha hecho el Juez Constitucional en Venezuela, actuando como “mago,” al pretender cambiar fraudulentamente una declaratoria sin lugar de una acción de amparo intentada contra unos diputados, en una decisión de validación de hechos políticos y de prohibición de otros; o peor, presenciar cómo ese Juez Constitucional declaró sin lugar la petición de protección de una persona respecto de su derecho a la participación política a través de sus representantes, privando al mismo tiempo a todos los venezolanos de ese mismo derecho a dicha participación y representación.

Y es eso, y no otra cosa, lo que ha hecho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con su “mágica” sentencia No. 65 del 26 de mayo de 2020¹, mediante la cual declaró *sin lugar* la acción de amparo intentada por Enrique Ochoa Antich el día 7 de enero de 2020, “*contra la Asamblea Nacional y, particularmente, respecto a los Diputados Luis Parra, Franklin Duarte y José Gregorio Noriega, por un lado; y a los Diputados Juan Guaidó, Juan Pablo Guanipa y Carlos Berrizbeitia, por otro lado, quienes pretenden cumplir funciones de integrantes de sendas Juntas Directivas de la Asamblea Nacional,*” solicitando protección de su “*derecho constitucional a la participación política y la representación consagrado en el artículo 62 de la Constitución*”; para sin embargo, como por arte de magia, decidir asuntos políticos como si el juicio no hubiera terminado mediante esa declaratoria sin lugar de la acción propuesta.

¹ Véase en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/309867-0065-26520-2020-20-0001.HTML>

Y es que al declarar la Sala sin lugar la acción de amparo intentada, terminaba el juicio, quedando solo el archivo del expediente. Pero no fue así, y lo que hizo la Sala fue resolver lo que nadie le había pedido; sin partes ni proceso, pasando a formular declaraciones políticas, sobre hechos políticos, declarando como "válida" la Junta Directiva de la Asamblea Nacional presidida por el Diputado Luis Parra, a cuyos integrantes fue a las únicos que la Sala Constitucional notificó de la acción propuesta, y "prohibiendo" que la Junta Directiva presidida por el Diputado Gaudí se pueda reunir, en un juicio en el cual no se citó a los integrantes de esta última. La Sala, así, al rechazar proteger al accionante en su derecho a la participación política y a la representación, le violó el mismo derecho a todos los ciudadanos a estar representados en el Parlamento por los diputados electos por la mayoría de los votantes.

Dicha sentencia de la Sala Constitucional, por violación del derecho constitucional al debido proceso que regula el artículo 49 de la Constitución y, además, por violación al derecho a la participación y a la representación política de los ciudadanos, está viciada de nulidad conforme a lo indicado en el artículo 25 de la Constitución, y la misma no tiene ningún efecto ni valor. Es cierto que el Juez Constitucional no tiene quien lo controle, pero también es cierto que estando sometido a la Constitución, no puede despreciarla, teniendo los ciudadanos legítimo derecho de desconocer los actos ilegítimos de las autoridades que sean contrarios a los valores, principios y garantías democráticos y menoscaben los derechos fundamentales (art. 350).

I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO: LOS HECHOS ACAECIDOS CON OCASIÓN DE LA INSTALACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL AL INICIO DE SU PERÍODO DE SESIONES ORDINARIAS EN ENERO DE 2020

Como lo expresamos en su momento², la Asamblea Nacional, conforme lo exige la Constitución (art. 219) debía iniciar sus sesiones para

² Véase Allan R. Brewer-Carías, "La instalación de la Asamblea Nacional de Venezuela el 5 de enero de 2020 y desalojo de los okupas del Palacio Federal Legislativo," 7 de enero de 2020, Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/01/202.-Brewer.-INSTALACI%C3%93N-AN-EL-5-DE-ENERO-DE-2020-Y-DESALOJO-DE-LOS-OKUPAS.pdf>

el período ordinario 2020-2021, en su sede oficial, que conforme al artículo 1° del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea, es el Palacio Federal Legislativo, el día 5 de enero de 2020.

Ese día, sin embargo, por la fuerza bruta de la Policía Nacional y del Ejército, cuyos efectivos rodearon el Palacio Federal Legislativo, los diputados a la Asamblea Nacional fueron impedidos de poder ingresar libremente al mismo para realizar su sesión de instalación para el período 2020-2021 bajo la dirección de la correspondiente Comisión de Instalación presidida por el Presidente de la Asamblea Juan Guaidó, como como lo prescribe el artículo 219 de la Constitución y el artículo 11 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea³.

Ante esa contingencia, es decir, ante la situación excepcional de que efectivos de la Policía y del Ejército impidieran a los diputados, a la fuerza, poder ingresar libremente al Palacio Federal Legislativo para poder reunirse e instalar la Asamblea, la mayoría de sus integrantes, es decir, 100 diputados de los 167 diputados que la conforman, tal como lo autoriza el artículo 1° del Reglamento Interior y de Debates acordaron realizar la sesión de instalación de la Asamblea en un lugar diferente de la ciudad de Caracas, escogiendo la sede del Diario *El Nacional*.

Y efectivamente, allí, a las 5 pm de ese mismo día 5 de enero de 2020 se realizó la sesión de instalación de la Asamblea Nacional, con la participación de 100 diputados, número superior al quórum requerido, que era de 84 diputados⁴, en un todo realizada de acuerdo con lo previsto

³ Tal como lo resumió la Asociación Civil Venezuela Libre: “Los hechos son inequívocos: usaron a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana para impedir que la Asamblea Nacional sesionara en su sede oficial. Acosaron y amenazaron a diputados para evitar que llegaran hasta el Palacio Legislativo. Compraron parlamentarios para escenificar un grotesco, ilegal e ilegítimo intento de tomar el control de la institución, sin que la misma se hubiese constituido con el quorum requerido, que era de 84 diputados.” Véase Asociación Civil Venezuela Libre: “Ante los graves hechos ocurridos en Venezuela el 5 de enero. Llamado a la comunidad internacional,” Madrid 6 de enero de 2020, disponible en: <http://www.venezuelanpress.com/2020/01/06/venezuela-libre-se-pronuncia-ante-graves-hechos-ocurridos-venezuela-5-enero/>

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre el quórum y el régimen de las votaciones en la Asamblea Nacional con particular referencia a la elección de los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea,” New York, 4 de enero de 2020. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/01/Brewer.-SOBRE-EL-QURUM-Y-EL-R%C3%89GIMEN-DE-LAS-VOTACIONES-EN-LA-ASAMBLEA-NACIONAL-4.1-2020.pdf>

en el Reglamento Interior y de Debates. En la sesión, además, se eligió con el voto de los mencionados 100 diputados⁵, a los miembros de la Junta Directiva para el período 2020-2021, resultando electos con el voto de 100 diputados: Juan Guaidó, como Presidente; Juan Pablo Guanipa como Primer Vicepresidente, y Carlos Berrizbeitia como Segundo Vicepresidente de la Asamblea Nacional⁶. El Diputado Guaidó, en esa forma, quedó ratificado como Presidente Encargado de la República, como lo venía haciendo desde comienzos de 2019⁷.

Más temprano, sin embargo, durante el mismo día 5 de enero de 2020, y paradójicamente protegidos por la misma fuerza bruta del régimen autoritario de Policías y efectivos del Ejército que tenían rodeada la sede de la Asamblea, un grupo reducido e indeterminado de diputados, actuando como *okupas* - así llamados en otras partes del mundo a quienes asaltan y ocupan inmuebles ilegalmente -, asaltaron e invadieron la sede de la Asamblea, ocupando física e ilegítimamente sus espacio, es decir, sin tener derecho ni título alguno para ello. Con su acción, no solo terminaron de impedir a la Asamblea Nacional el poder

⁵ Véase la "Lista de votación de diputados y diputadas de la Asamblea Nacional para la Junta Directiva 2020-2021," Disponible en: <https://www.scribd.com/document/441940983/Lista-de-votacion-de-diputados-y-diputadas-de-la-AN-para-la-Junta-Directiva>

⁶ Véase el Acta de Juramentación de la Nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional para el período 2020-2021, de fecha 5 de enero de 2020, en *Gaceta Legislativa* No. 16, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.scribd.com/document/442011097/Gaceta-Legislativa-Instalacion-de-la-Junta-Directiva-de-la-AN>

⁷ Como lo expresó el Bloque Constitucional de Venezuela: "Como consecuencia de la elección de la nueva Junta Directiva, el diputado Juan Guaidó queda ratificado como legítimo Presidente encargado de la República, quien junto a la Asamblea Nacional, tiene por mandato velar por la ejecución de lo dispuesto en el Estatuto que rige la Transición a la Democracia, con fundamento en lo dispuesto en el art. 333 de la Constitución, contando para ello, con el reconocimiento explícito de más de cincuenta gobiernos democráticos, y el respaldo mayoritario del pueblo venezolano." Véase "El Bloque Constitucional de Venezuela, ante el grotesco zarpazo a la institucionalidad de la Asamblea Nacional, por parte del régimen de Maduro y un grupo de diputados felones, hace del conocimiento de la opinión pública nacional e internacional," Caracas, 6 de Enero de 2020. Disponible en: <https://elvenezolanews.com/2020/01/06/diputados-apegados-a-la-constitucion-afirman-que-golpe-parlamentario-reimpulso-la-lucha/>. Véase sobre el régimen de la Transición Democrática: Allan R. Brewer-Carías, *Transición hacia la democracia en Venezuela. Bases constitucionales y obstáculos usurpadores* (Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar; y Epílogo de Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019.

instalarse en su sede, sino que violando todas las disposiciones de la Constitución y del Reglamento Interior y de Debates en la materia, una vez dentro, montaron un teatro pretendiendo usurpar el carácter de la Asamblea Nacional, supuestamente “instalándola,” sin la presencia de su Presidente y sin contar con el quorum requerido que era de 84 diputados, aun cuando contaron con la presencia de algunos “actores de relleno,” es decir, “ciudadanos que simulaban ser parlamentarios para forjar un quórum inexistente”⁸, procediendo supuestamente a “elegir” la Junta Directiva de la misma presidida por el Diputado Luis Parra⁹.

En la instalación de la Asamblea, el quórum debe constatarse para poder comenzar la sesión como lo indica el artículo 64.1 del Reglamento Interior y de Debates, siendo imposible la instalación de la misma sin el quórum necesario, pues en tal caso, la supuesta “instalación,” como lo expresó José Ignacio Hernández, no sería sino una “*vía de hecho sin validez jurídica alguna*”¹⁰, y los actos adoptados en la misma, son simplemente inexistentes, y nadie puede considerarlos como actos jurídicos¹¹.

⁸ Así lo afirmó la propia Asamblea Nacional en Comunicado emitido el 7 de enero de 2020, firmado por la Junta Directiva presidida por Juan Guaidó.

⁹ Como lo resumió Gerardo Blyde, además, “en violación del artículo 191 de la Constitución Nacional, votaron en esa irrita reunión (pretendida sesión) personas que habían perdido su condición de diputados al haber aceptado ocupar cargos públicos distintos al de diputados, no exceptuados constitucionalmente,” y “aún con la incorporación de estos ciudadanos que ya no son diputados a la Asamblea Nacional por mandato constitucional, no reunieron el quórum mínimo válido para sesionar.” Véase Gerardo Blyde, “¿Qué paso el #5Ene?, en La Patilla.com, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.lapatilla.com/2020/01/06/que-paso-el-5ene-segun-el-analisis-del-abogado-gerardo-blyde/>

¹⁰ Véase José Ignacio Hernández, “Opinión sobre Constitucionalidad de la designación de la Junta Directiva para el período d sesiones correspondientes al 2020-2021,” 7 de enero de 2020,” disponible e: <http://confirmado.com.ve/conf/conf-upload/uploads/2020/01/PER-313.pdf>

¹¹ Por ello, como José Ignacio Hernández lo puntualizó: “en la mañana del 5 de enero de 2020 no hubo ninguna sesión de la Asamblea Nacional ni se designó a la Junta Directiva, con lo cual, tampoco el diputado Parra fue designado como Presidente de la Asamblea Nacional. Lo único que ocurrió fue una vía de hecho que, mediante el abuso de la fuerza militar, tomó violentamente las instalaciones del Palacio Federal Legislativo para que cinco individuos pudieran ocupar físicamente [aun cuando por breve tiempo] los espacios que corresponden a la Presidencia, Vicepresidencias y Secretarías de la Asamblea Nacional.” Véase José Ignacio Hernández, “Opinión sobre Constitucionalidad de la designación de la Junta Directiva para el período d sesiones correspondientes al 2020-2021,” 7 de enero de 2020,” disponible e: <http://confirmado.com.ve/conf/conf-upload/uploads/2020/01/PER-313.pdf>

En otras palabras, lo que ocurrió el día 5 de enero de 2020, con la supuesta designación del diputado Luis Parra como Presidente de la Asamblea, como fue calificado el profesor Ramón Escovar León, no fue sino una “*emboscada bufa*” que condujo a una “elección bufa,” donde “no hubo sesión válida sino un simulacro,” en fin “una “burda maniobra”¹², producto de la “ocupación” fáctica de la sede de la Asamblea, que evidentemente no podía durar mucho tiempo, por lo estúpida que fue la maniobra.

Por ello, la sede del Palacio Federal Legislativo fue desalojada tiempo después¹³, de manera que los diputados que conforman la mayoría de la Asamblea Nacional y su nueva Junta Directiva, forzando el paso ante militares que les impedían el acceso al edificio¹⁴, pudieron entrar de nuevo a su sede, y ocuparla legal y legítimamente; habiendo procedido a tomarse juramento a los miembros de su Junta Directiva presidida por Juan Guaidó¹⁵.

Por tanto, en las circunstancias antes descritas, en Venezuela, el 5 de enero de 2020 nunca hubo dos actos de instalación de la Asamblea Nacional ni se produjo la elección de supuestamente dos Juntas Directivas, como al inicio y prematuramente se reportó en alguna prensa¹⁶, y lo aceptó como válido la Sala Constitucional en su sentencia No. 65 de 26 de mayo de 2020. Al contrario, como lo indicó José Ignacio Hernández:

“Es errado afirmar que hay, por ello, dos Juntas Directivas de la Asamblea Nacional. Lo sucedido en la mañana del 5 de enero no tiene relevancia jurídica como actos del Poder Legislativo. Se trató, insistimos, de una vía de hecho perpetrada por el abuso de la

¹² Véase Ramón Escovar León, “El nuevo reto de Guaidó,” en *El Nacional*, 7 de enero de 2020, disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/el-nuevo-reto-de-guaido/>

¹³ Véase el Video documentando el abandono del Palacio Federal Legislativo por el diputado Luis Parra y otros en: <https://twitter.com/NTN24ve/status/1214569754708582401> C

¹⁴ Véase lo que serán unos Videos memorables sobre la recuperación del Palacio Federal Legislativo por la Asamblea Nacional, el 7 de enero de 2019, en <https://twitter.com/NTN24ve/status/1214569754708582401>; y en <https://twitter.com/search?q=%23VIDEO&src=hash>.

¹⁵ Véase la información en la cuenta Twitter oficial de la Asamblea, disponible en: <https://twitter.com/AsambleaVE/status/1214576305699770370V>

¹⁶ Véase por ejemplo, “¿ Tiene Venezuela dos Asambleas nacionales?”, en Spítnik Mundo, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://mundo.sputniknews.com/america-latina/202001061090055762-venezuela-tiene-ahora-dos-asambleas-nacionales/>

fuerza militar y por la cual unos individuos tomaron por asalto la sede del Palacio Federal Legislativo, como un acto más del golpe de Estado permanente perpetrado por Nicolás Maduro en contra de la Asamblea Nacional electa en 2015”¹⁷.

Por lo demás, como bien lo observó Henry Ramos Allup, solo cuando el acta de instalación y nombramiento de la Junta Directiva, en la cual está la constancia del quórum, es aprobada en la sesión primera de la Asamblea, como ocurrió el día 7 de enero de 2019, es que puede hablarse de la firmeza de los cargos¹⁸. Ello nunca pudo ocurrir con la supuesta “elección” del diputado Parra, por un grupo indeterminado e impreciso de *okupas*¹⁹.

II. LA ACCIÓN DE AMPARO INTENTADA

Como ya se indicó, el día 7 de enero de 2020 (es decir, dos días después de los hechos antes descritos), el Sr. Enrique Ochoa Antich, buscando protección a su “*derecho constitucional a la participación política y la representación consagrado en el artículo 62 de la Constitución,*” intentó una acción de amparo constitucional contra los

¹⁷ Véase José Ignacio Hernández, “Opinión sobre Constitucionalidad de la designación de la Junta Directiva para el periodo de sesiones correspondientes al 2020-2021,” 7 de enero de 2020,” disponible en: <http://confirmado.com.ve/conf/conf-upload/uploads/2020/01/PER-313.pdf>

¹⁸ Véase Henry Ramos Allup, intervención en la sesión de la Asamblea Nacional del 7 de enero de 2020. Disponible en: <https://youtu.be/oO4Wc3BK0RM>

¹⁹ Como lo resumió Gerardo Blyde: “1. Sólo hubo una sesión válida de instalación y elección de nueva Junta Directiva, la celebrada en la sede externa ad hoc y dirigida por el presidente saliente que resultó reelecto. Esta es la única sesión que se realizó el 5 de enero del 2020, pues contó con el quórum constitucional necesario para su instalación y desarrollo. 2. Las actuaciones realizadas por un grupo de diputados en la sede del parlamento nacional no pueden ser calificadas de sesión. No hubo sesión. No contaban con el quórum constitucional para poder instalarse como sesión y mucho menos para poder tomar decisiones en nombre del cuerpo legislativo nacional. 3. Adicionalmente pretendieron incorporarse y además votar ciudadanos que ya no son diputados por haber perdido su condición al haber aceptado otros cargos públicos. 4. No existen dos Juntas Directivas de la Asamblea Nacional. La única Junta Directiva constitucional y legalmente electa está constituida por Juan Guaidó como Presidente y por los diputados Juan Pablo Guanipa y Carlos Berrizbetia como primer y segundo vicepresidentes.” Véase Gerardo Blyde, “¿Qué paso el #5Ene?, en La Patilla.com, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.lapatilla.com/2020/01/06/que-paso-el-5ene-segun-el-analisis-del-abogado-gerardo-blyde/>

Diputados Luis Parra, Franklin Duarte y José Gregorio Noriega, por un lado y a los Diputados Juan Guaidó, Juan Pablo Guanipa y Carlos Berzibeitia, por otro lado, por pretender *“cumplir funciones de integrantes de sendas Juntas Directivas de la Asamblea Nacional”*, señalando también como agraviantes *“a los Diputados Héctor Agüero y Juan Guaidó, quienes asumieron las respectivas funciones de director de debates de las sendas sesiones de instalación del 5 de enero de 2020”*, y a oficiales de la Guardia Nacional del Comando de la zona.

La acción intentada fue admitida por la Sala mediante sentencia No. 1 de fecha 13 de enero de 2020, ordenándose notificar solamente *“a los Diputados que dicen integrar la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional elegida, el 05 de enero de 2020, a saber: Luis Parra, Franklin Duarte y José Gregorio Noriega”*, a los fines de que informaran a la Sala *“sobre el acto parlamentario de conformación de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional y el quórum de la sesión, tanto el de instalación como el de la aprobación de la Directiva, lo cual deberán soportar con copia certificada del acta y demás actuaciones vinculadas con la información requerida”*. En esa forma, se violó así, de entrada, el derecho al debido proceso y a la defensa de todos los demás supuestos agraviantes señalados por el accionante Ochoa Antich, entre ellos el diputado Guaidó. Con ello, la Sala Constitucional además, abiertamente tomó posición respecto del tema que el accionante cuestionaba, pues al admitir la acción la Sala “confesó” que solo “reconocía” a la Junta Directiva presidida por el Diputado Parra, al pedirle solo a él y al Sr. Negal Morales, *“quien se identificó como secretario de quienes manifestaron integrar la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional elegida el 05 de enero de 2020”*, información sobre la Junta que había instalado sin quorum requerido, ignorando, de entrada, que la Asamblea Nacional se había instalado efectivamente con el quórum requerido, bajo la presidencia del diputado Juan Guaidó, tal como se indicó en el propio texto de la acción intentada.

En el escrito de la acción, Ochoa Antich, en efecto, expresó ante la Sala, entre otras cosas, que sobre la supuesta instalación de la Asamblea y elección del Diputado Parra para presidirla *“No consta que se haya hecho verificación formal del quórum antes de iniciar la sesión, ni si este existía al momento de la señalada elección”*, refiriéndose en todo caso al hecho de que “dos grupos diferentes de Diputados afirman

ostentar la cualidad de integrantes de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional y en virtud de ello están procediendo a hacer uso de las correspondientes atribuciones, generándose una peligrosa dualidad que haría inoperante el cuerpo deliberante y que puede conducir a una escalada de conflictividad y de violencia.” Todo lo cual, a juicio del accionante, habría vulnerado:

“gravemente la existencia misma y funcionamiento de la Asamblea Nacional, la cual es indudablemente legítima y ha sido reconocida unánimemente por todos los venezolanos, Y así mismo lo es que tal violación y amenaza, concreta e inminente, lesionan mi derecho constitucional de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas, consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

El accionante en amparo, finalmente, lo que solicitó a la Sala Constitucional, fue que se diligenciara lo pertinente: (i) para convocar la sesión de instalación de la Asamblea Nacional para el período legislativo anual 2020; y (ii) *“para que en la sesión de instalación y elección de la Junta Directiva se proceda a la verificación nominal de la votación, de modo de poder saber cuál es válidamente la Directiva de la Cámara”.*

En definitiva, como resulta del mismo texto de la sentencia, se trataba de un juicio de amparo constitucional intentado por un ciudadano buscando específicamente la protección judicial a su derecho a la participación política y representación establecido en el artículo 62 de la Constitución, contra dos grupos de diputados y funcionarios de la Asamblea Nacional que participaron en los hechos de instalación de la misma el día 5 de enero de 2020: en un caso, en una sede ocupada policial y militarmente, sin haberse verificado el quórum existente, y en otro caso, con la participación verificada de 100 diputados; y con un petitorio específico: que la Sala convocara con las garantías necesarias una nueva instalación de la Asamblea Nacional.

A partir de la admisión de la acción, la Sala comenzó a “cambiar” los hechos, ignorándolos, procediendo incluso a “inventar” otros “antecedentes del caso” distintos a los que se derivan de los hechos antes reseñados.

III. LOS “ANTECEDENTES DEL CASO” RESEÑADOS EN LA SENTENCIA QUE NADA TIENEN QUE VER CON EL CASO

En efecto, la Sala Constitucional, en su sentencia, al referirse a los “antecedentes del caso,” ignoró los hechos antes reseñados e, incluso, explicados en el texto de la acción de amparo intentada, y procedió, más bien, también como por arte de magia, a referirse a *otros hechos*, y por tanto, a *otros antecedentes*: por una parte, a sus propias actuaciones políticas en contra de la Asamblea Nacional, con el objeto de ahogarla y cercenarle todos sus poderes y funciones adoptadas a partir de 2016²⁰, así como a las Juntas Directivas que se habían electo en la Asamblea en esos mismos años; y por la otra, a lo que denominó la “situación política actual, basado en la existencia de lo que también denominó como una “notoriedad comunicacional.”

²⁰ Véase en general sobre este proceso: Carlos M. Ayala Corao y Rafael J. Chavero Gazdik, *El libronegro del TSJ de Venezuela: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, 394 pp.; *Memorial de agravios 2016 del Poder Judicial. Una recopilación de más de 100 sentencias del TSJ*, ONGs: Acceso a la Justicia, Transparencia Venezuela, Sinergia, espacio público, Provea, IPSS, Invesp. Disponible en: <https://transparencia.org.ve/project/memorial-de-agravios-del-poder-judicial-una-recopilacion-de-mas-de-100-sentencias-del-tsj/>; and José Vicente Haro, “Las 111 decisiones inconstitucionales del TSJ ilegítimo desde el 6D-2015 contra la Asamblea Nacional, los partidos políticos, la soberanía popular y los DDHH,” en *Buscando el Norte*, 10 de julio de 2017. Disponible en: <http://josevicenteharogarcia.blogspot.com/2016/10/las-33-decisiones-del-tsj.html>; Ramón Guillermo Aveledo (Coodrinador), *Contra la representación popular. Sentencias inconstitucionales del TSJ de Venezuela*, Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2019 pp. 5-31. Disponible en <http://www.fermintoro.net/portal/wp-content/uploads/2019/07/CONTRA-EL-PODER-LEGISLATIVO-WEB.pdf>; Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Colección Estudios Políticos, No. 13, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas 2016, 453 pp.; Segunda edición, 2016, disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2016/06/Brewer-libro-DICTADURA-JUDICIAL-Y-PERVERSI%C3%93N-DEL-ESTADO-DE-DERECHO-2a-edici%C3%B3n-2016-ISBN-9789803653422.pdf>; Allan R. Brewer-Carías, *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto*, Colección Estudios Políticos, No. 15, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas / New York, 2017, Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/06/ALLAN-BREWER-CARIAS-LA-CONSOLIDACI%C3%93N-DE-LA-TIRAN%C3%8DA-JUDICIAL-EN-VZLA-JUNIO-2017-FINAL.pdf>

A tal efecto, la Sala Constitucional hizo, primero, particular mención a las siguientes sentencias de la misma:

En primer lugar, a la sentencia No. 808 del 2 de septiembre de 2016, mediante la cual esa Sala declaró *“entre otras cosas que resultaban manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica, los actos emanados de la Asamblea Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas, mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia”*²¹.

En segundo lugar, la Sala se refirió a su sentencia No. 2 del 11 de enero de 2017, dictada para desconocer la Junta Directiva de la Asamblea Nacional para el período 2017-2018, considerándola “nula de nulidad absoluta, carente de validez,” en la cual la Sala Constitucional constató que supuestamente era “un hecho cierto,” que dicha Junta Directiva “se mantienen en franco desacato de las decisiones de este Máximo Tribunal, que en su Sala Constitucional dictó con los números 269 del 21 de abril de 2016, 808 del 2 de septiembre de 2016, 810 del 21 de septiembre de 2016, 952 del 21 de noviembre de 2016, 1012, 1013 y 1014 del 25 de noviembre de 2016, y recientemente la 01 del 09 de enero de 2017; y de su Sala Electoral las decisiones números 260 del 30 de diciembre de 2015, 1 del 11 de enero de 2016 y 108 del 1 de agosto de 2016”²²; lo que a juicio de la Sala, supuestamente le impedía a la Asamblea Nacional “elegir de su seno la nueva Junta Directiva,”

²¹ Véase sobre esta sentencia, los comentarios en: María Alejandra Correa, “De la inconstitucional evasión del control parlamentario decretada por el Ejecutivo Nacional y avalada por la Sala Constitucional,” en Revista de Derecho Público, No. 147-148, Caracas 2016, pp. 326 ss.; Allan R. Brewer-Carías, Véase Brewer-Carías, Allan R. *La amenaza final contra la Asamblea Nacional para el golpe de Estado judicial: La declaratoria de nulidad total de sus actos y el anuncio del enjuiciamiento de los diputados por desacato*. Nueva York, 5 de septiembre de 2016. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20AMENAZA%20FINAL%20CONTRA%20LA%20ASAMBLEA%20NACIONAL%20sept.%202016.pdf>

²² Véanse los comentarios a la mayoría de dichas sentencias en: Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Colección Estudios Políticos, No. 13, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas 2016, 453 pp.; Segunda edición, 2016, disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2016/06/Brewer.-libro.-DICTA-DURA-JUDICIAL-Y-PERVERSI%C3%93N-DEL-ESTADO-DE-DERECHO-2a-edici%C3%B3n-2016-ISBN-9789803653422.pdf>

anulando en consecuencia tanto la instalación de la Asamblea como el nombramiento de su Junta Directiva.

Sobre la Junta Directiva de la Asamblea nacional electa en enero de 2018, para el período 2018-2019, la Sala Constitucional indicó en la sentencia, que la misma *“carece de legitimidad al mantenerse el órgano legislativo nacional en desacato frente a las decisiones de este Alto Tribunal de la República”*; no expresando nada, sin embargo, y sorpresivamente, sobre *“la correspondiente para el período 2019-2020, donde aparecen designados los ciudadanos: Juan Guaidó como Presidente, Edgard Zambrano como Primer Vicepresidente y Stalin González como Segundo Vicepresidente”*.

“Relatado lo anterior,” la Sala concluyó reiterando lo expresado en su mencionada sentencia No. 2 del 11 de enero de 2017, en el sentido de que en la misma había *“prohibido”* a la Asamblea Nacional *“realizar cualquier acto que implique la instalación del Segundo Período de Sesiones correspondiente al año 2017, así como la elección de una nueva Junta Directiva y de Secretaría, hasta tanto acate las decisiones emanadas de este Máximo Tribunal”*; destacando, sin embargo, que:

“Desde entonces dicho órgano legislativo nacional se ha mantenido en desacato a las decisiones de este Alto Tribunal de la República, y cualquiera de sus actuaciones de la Asamblea Nacional es nula y carente de toda validez y eficacia jurídica, sin menoscabo de la responsabilidad a que hubiere lugar, como lo evidencian las sentencias dictadas en relación a su omisión y a sus actuaciones, entre otras, se pueden mencionar las sentencias números 0074 del 11-4-19, 0247 del 25-7-19 y 0248 del 26-7-19”.

Terminó la Sala Constitucional el recuento de sus actuaciones en contra de la Asamblea Nacional indicando que:

“en el caso del ciudadano Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez, la falta de legitimidad ha quedado constatada desde el inicio de sus actuaciones irrítas y contrarias al Texto Constitucional, al pretender representar o dirigir a la Asamblea Nacional, así como para tomar alguna decisión”.

Según la Sala, ello se desprendería de las sentencias dictadas por ella misma y por la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia de fechas 29 de enero de 2019 y 01 de abril de 2019, mediante las cuales se pretendió allanarle la inmunidad parlamentaria al diputado Guaidó²³.

La Sala, después de haberse referido a los hechos anteriores, como supuestos “antecedentes del caso,” cuando evidentemente no lo son, pasó, segundo, a referirse también como “antecedentes del caso” a lo que calificó como “la situación política actual,” citando, “en atención a la notoriedad comunicacional,” varias notas informativas tomadas el 20 de enero de 2020, haciendo referencia a los vínculos de las mismas en Internet, publicadas entre septiembre de 2019 y enero de 2020, sobre supuestos “acuerdos Gobierno y oposición” e instalación de “Mesa de Diálogo para la convivencia”²⁴, deduciendo, también como por arte de magia, sin que ello resulte de ninguna de las informaciones reseñadas, la existencia de un supuesto “*hecho político de que el Gobierno y la oposición han instalado la mesa de diálogo para lograr entre otras cosas, salir del desacato del órgano legislativo nacional y entrar en el orden constitucional*”, lo cual es totalmente falso y basta para darse cuenta de ello leer las informaciones antes mencionadas en las cuales nada de ello se dice.

Después de hacer esas afirmaciones, la Sala concluyó la sentencia con la afirmación de que “*posterior*” a ese hecho político, como si fuera consecuencia del mismo, “se ha producido la nueva elección de la junta directiva de dicho órgano el 05 de enero de 2020,” refiriéndose solo a la que supuestamente preside el diputado Parra, que es a la única a la cual se refirió la sentencia de admisión de la acción de amparo (No 1 del 13 de enero de 2020”; todo para supuestamente verificar el cumplimiento de lo señalado en el dispositivo No. 6 del fallo No. 2 del 11 de enero

²³ Véase sobre ello los comentarios en Allan R Brewer-Carías: “El inconstitucional allanamiento de la inmunidad parlamentaria del diputado Juan Guaidó, Comentarios en torno a un Voto Disidente a una decisión inexistente del Tribunal Supremo en Sala Plena, supuestamente dictada el 1º de abril de 2019.” New York, 12 de abril de 2019. Disponible en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/04/194.-Brewer.-Inconstitucional-allanamiento-inmunidad-parlamentaria-J.-Guad%C3%B3-11-4-2019.pdf>

²⁴ Véase las informaciones citadas en la sentencia, en los siguientes links: <https://www.vtv.gob.ve>; <https://www.telesurtv.net/news/avance-dialogo-gobierno-oposicion-venezuela-primero-mes--20191016-0022.html>; <http://www.ultimasnoticias.com.ve>

de 2017²⁵. Y así, también como por arte de magia, por lo visto habría desaparecido la situación de “desacato” de la Asamblea Nacional, que la propia Sala Constitucional había “decretado” desde 2016²⁶.

Es decir, de una acción de amparo intentada por un ciudadano para proteger su derecho a la participación política y la representación, con ocasión a los hechos políticos sucedidos el día 5 de enero de 2020, a los que antes se hemos hecho alusión la Sala, como por arte de magia, en lugar de referirse a esos hechos que eran efectivamente los “antecedentes del caso,” inventó, como por arte de magia, otros antecedentes y otros hechos políticos para decidir.

IV. LAS CONSIDERACIONES PARA DECIDIR SE LIMITARON A LA ACEPTACIÓN COMO VÁLIDAS, DE LAS INFORMACIONES SUMINISTRADAS POR EL DIPUTADO LUIS PARRA, SIN PROBANZA ALGUNA DE ELLAS, CONCLUYENDO CON DECISIONES QUE NADA TENÍAN QUE VER CON EL OBJETO DEL PROCESO

La Sala, para decidir, a pesar de que declara en la sentencia que “aprecia que la acción de amparo fue interpuesta contra *“los Diputados Luis Parra, Franklin Duarte y José Gregorio Noriega, por un lado y a los Diputados Juan Guaidó, Juan Pablo Guanipa y Carlos Berizbeitia,*

²⁵ Dicho dispositivo estableció, que se “*prohíbe* a la Asamblea Nacional realizar cualquier acto que implique la instalación del Segundo Período de Sesiones correspondiente al año 2017, así como la elección de una nueva Junta Directiva y de Secretaría, hasta tanto acate las decisiones emanadas de este Máximo Tribunal y perfeccione las condiciones coherentes, objetivas y constitucionales necesarias para el nombramiento de la nueva Junta Directiva de la misma e inicio del período de sesiones del año 2017”.

²⁶ Sobre ello, con toda razón, Juan Manuel Raffalli expresó que: “La sentencia inscribe la actitud de la pretendida Junta Directiva presidida por el diputado Parra en el marco de la “Mesa de Diálogo Nacional” (Autodenominada Mesita) y lo toma como un hecho positivo ante el desacato de la AN que, según la Sala, persiste desde 2017. Asimismo, inexplicablemente, excluye la pretendida designación del diputado Parra y sus compañeros de los efectos anulatorios derivados de dicho desacato.” concluyendo con la “absurda” conclusión que se deriva de la sentencia y es que “la AN ya no está en desacato siempre que sesione bajo la Directiva presidida por el diputado Parra, lo cual, absurdamente, hace depender el supuesto desacato del Poder Público más representativo de la Federación, de la voluntad de tres supuestos Directivos cuya designación no es aceptada por la mayoría de los diputados.” Véase Juan Manuel Raffalli, “Contenido y efectos de la sentencia Parra,” en *Prodavinci*, 28 de mayo de 2020, disponible en: <https://prodavinci.com/contenido-y-efectos-de-la-sentencia->

por otro lado, quienes pretenden cumplir funciones de integrantes de sendas Juntas Directivas de la Asamblea Nacional, en las condiciones descritas"; y contra los "Diputados Héctor Agüero y Juan Guaidó, quienes asumieron las respectivas funciones de director de debates de las sendas sesiones de instalación del 5 de enero de 2020"; sin embargo, se limitó a considerar el escrito presentado por el Luis Eduardo Parra que le había requerido la Sala, en el cual sólo se refirió a la supuesta instalación de la Asamblea Nacional y elección de la Junta Directiva por él presidida," dándole "vigor aislado," como observó Juan Manuel Raffalli, "*a un instrumento generado por la propia arte interesada sin haber requerido ningún informe a la Junta Directiva presidida por el diputado Guaidó*"²⁷, que contenía la simple indicación de que "*en el inicio, desarrollo y culminación de la sesión hubo siempre la presencia de los diputados y diputadas que calificaban el quórum parlamentario*", pero sin probar nada de ello, y sin hacer referencia por ejemplo, al "hecho público comunicacional" de que antes de ello, "con uso de la fuerza pública, se le impidió el acceso al Hemiciclo y adyacencias al Palacio Federal Legislativo a decenas de diputados por lo que no pudieron asistir a la sesión del 5 de enero de 2020"²⁸.

La Sala, sin embargo, hizo referencia a lo afirmado por el Diputado Parra sobre que supuestamente, "son hechos notorios comunicacionales la validez del quórum y la sustracción material del listado de asistencia," citando para ello comentarios de personas, ignorando qué son hechos notorios comunicacionales conforme a la propia doctrina de la Sala, los cuales nunca pueden derivar de "opiniones" de personas sino con referencia a hechos concretos²⁹.

Luego, de las anteriores "consideraciones para decidir," la Sala Constitucional lo que hizo fue copiar en varias páginas, como material "de relleno," primero, los textos de las normas de los artículos 194 y 219 de la Constitución, y los artículos 2, 3, 4, 6, 7, 9, 10, 11 y 12 del

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ Sobre ello, véase por ejemplo Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre el "hecho comunicacional" como especie del "hecho notorio" en la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo" en *Revista de Derecho Público*, N° 101, enero-marzo 2005, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 225-232

Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea; y segundo, los textos del “Acuerdo de Designación de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional del período 2.020-2.02” y del “Acta de instalación de la Asamblea Nacional, del 05 de enero de 2020, y juramentación de la nueva Junta Directiva de dicho órgano legislativo nacional”.

Y así, como por arte de magia, de esos textos, la Sala concluyó que quedaba “evidenciado,” es decir, que daba por probado, sin que se hubiese producido prueba alguna:

- Primero, que hubo una *“manifestación de voluntad de integrar una mesa de diálogo entre representantes del Gobierno y representantes de la oposición, con la finalidad de que el órgano legislativo nacional ejerza sus competencias en acatamiento a los postulados constitucionales y, por ende, salga del desacato en el que alguno de sus integrantes la subsumieron”*, cuando ello no consta en ninguna parte de lo expresado en la sentencia, salvo quizás en la mente “ilusionista” del ponente.
- Segundo, que con base exclusivamente en el acta suministrada de instalación de la Asamblea Nacional en la cual se eligió al diputado Parra, se había probado (evidencia) que *“supuestamente se llevó a cabo la elección con el quórum válido reglamentario para la designación de la Junta Directiva para el período 2020-2021”*, cuando en dichas actas no se informa nada sobre el quórum requerido ni sobre los nombres de los diputados presentes en la sesión.
- Y tercero, que también se había probado (evidencia), y solamente con base en lo que informó el diputado Parra, aceptándolo como “un hecho notorio comunicacional,” que se habría producido *“la sustracción del libro de asistencia de los parlamentarios de la sesión del 05 de enero de 2020”*, para lo que únicamente se citó un *twit* de un diputado (Stalin González) del 6 de enero de 2020. Y, santa palabra! La magia se produjo, el libro de asistentes fue sustraído y por lo visto, nadie, más nunca, podrá saber quiénes asistieron a la sesión y si hubo o no quórum³⁰.

³⁰ Con razón apuntó Juan Manuel Raffalli, que lo menos que pudo hacer la Sala en la “búsqueda de la verdad” y conforme a la Ley Orgánica que la regula, era “notificar al diputado

Con estas “consideraciones para decidir” la Sala pasó efectivamente a decidir, no la acción de amparo que era objeto del juicio y su petitorio, que era lo único que podía decidir y que terminó declarando sin lugar, sino a declarar *urbi et orbi*, sin más, como “máxima instancia de la jurisdicción constitucional,” que es “*válida la Junta Directiva de la Asamblea Nacional designada el 05 de enero de 2020 para el período 2020-2021, conformada de la siguiente manera: Luis Eduardo Parra Rivero como Presidente, Franklin Duarte como Primer Vicepresidente y José Gregorio Noriega como Segundo Vicepresidente*”.

Pero no se quedó allí el artilugio de la Sala, sino que, ignorando el hecho comunicacional de que la Guardia Nacional había impedido el acceso a la sede del Parlamento “actuando claramente como una suerte de “censor parlamentario”³¹, se “además, pasó a “observar” otro “hecho público, notorio y comunicacional” consistente en que se habrían “registrado diversos actos públicos en los que el ciudadano Diputado a la Asamblea Nacional Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez se arroga la cualidad de presidente del Parlamento Nacional”, citando para reforzar su aserto, diversas informaciones publicadas³²; y a indicar que también era del “conocimiento público” que en enero y febrero de 2020 se habían realizado “sesiones de la asamblea nacional” fuera del recinto legislativo, es decir, en espacios públicos, como en la sede del periódico “El Nacional”; el Anfiteatro El Hatillo; el Auditorio Cumbres de Curumo; la Plaza Bolívar de Chacao; y la Plaza Los Palos Grandes, en el Municipio Los Salias, del Estado Miranda.

Stalín González a manifestar si tenía en su poder dicho libro, y de ser así, que lo exhibiera o consignara para constatar su contenido.” Véase, Juan Manuel Raffalli, “Contenido y efectos de la sentencia Parra” en *Prodavinci*, 28 de mayo de 2020, disponible en: <https://prodavinci.com/contenido-y-efectos-de-la-sentencia->

³¹ Así lo califica, con razón Juan Manuel Raffalli, destacando además, que la Sala evadió “el deber de pronunciarse sobre el atropello de la GNB hacia diputados a quienes, por la fuerza, impidió el acceso al Hemiciclo para asistir a la sesión,” ignorando que la acción de amparo había identificado como supuestos agraviantes a diversos oficiales de la Guardia Nacional. En *Idem*.

³² Véase las informaciones en: <https://talcualdigital.com/guaido-pide-acompanar-a-diputados-en-proxima-sesion-de-la-an/>; <https://www.elnacional.com/venezuela/la-directiva-de-la-asamblea-nacional-convoco-a-sesion-para-el-martes-en-el-palacio-federal-legislativo/> ; <https://cronica.uno/an-sesiono-por-sexta-ocasion-en-el-ano-fuera-del-palacio-federal-legislativo/>

Y de allí, la Sala formuló otra “conclusión” y decisión, *urbi et orbi*, que nada tiene que ver con la acción de amparo propuesta y que también se formuló en la sentencia como por arte de magia, y fue la afirmación de que “por ello” (¿por qué? ¿Con base en qué?, nadie sabe!):

“queda prohibida la instalación de un parlamento paralelo o virtual, que no tiene ningún efecto jurídico, y toda persona pública o privada o institución que preste o ceda espacio para ello, será considerada en desacato; y cualquier acto ejercido como tal es nulo. Así se decide”.

Con esta declaración, la Sala “anunció” claramente su amenaza efectiva de criminalizar el desacato de la prohibición formulada, supuestamente emitida al resolver una acción de amparo, lo que le permitiría, conforme a su propia doctrina jurisprudencial³³, dictar medidas privativas de libertad contra quienes la desacaten, con la consecuencia de la pérdida de la investidura parlamentaria conforme a la inconstitucional doctrina ya sentada en el caso de los Alcaldes Vicencio Scarno Spisso y Daniel Ceballo en 2014³⁴.

V. LA DECLARATORIA IN LIMINE LITIS DE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO INTENTADA

Pero la Sala Constitucional, después de haber adoptado en sus “consideraciones para decidir” todas las antes mencionadas decisiones, es decir, luego de haber decidido sin haber decidido la acción propuesta – otra magia ilusionista incomprensible –, entonces, sin embargo, pasó a decidir la acción de amparo intentada por el ciudadano Enrique

³³ Véase la sentencia de la Sala Constitucional No. 145 de 18 de junio de-2019, en *Revista de Derecho Público*, No. 158-159, enero-junio 2019, Editorial Jurídica Venezolana, 2019, pp. 332 ss.

³⁴ Véase los comentarios en: Allan R. Brewer-Carías, “La ilegítima e inconstitucional revocación del mandato popular de Alcaldes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, usurpando competencias de la Jurisdicción penal, mediante un procedimiento “sumario de condena y encarcelamiento. (El caso de los Alcaldes Vicencio Scarno Spisso y Daniel Ceballo),” en *Revista de Derecho Público*, No 138 (Segundo Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 176-213.

Ochoa Antich, declarándola improcedente, es decir, sin lugar, *in limine litis*, locución que en latín significa literalmente, “*decisión adoptada inmediatamente antes del comienzo (en el “umbral,” en la entrada)*” de un caso judicial”.

La Sala, para dictar esta insólita decisión, *in limine*, parece que se le olvidó que el juicio no sólo había comenzado, pues la propia Sala lo había admitido expresamente cinco meses antes, en su sentencia No. 1 de 13 de enero de 2020, sino que se había desarrollado bajo las pautas dadas por ella misma. No puede declararse una acción *in limine* sin lugar en un juicio, sino cuando no ha comenzado; si se ha desarrollado, es simplemente un contrasentido declararlo sin lugar *in limine*. Sin embargo, aún con ese grave error, lo que en definitiva resultó fue que, con esa decisión, el juicio terminó, y lo único que quedaba era archivar el expediente.

Se destaca sin embargo, que para tomar la decisión tan drástica declarando sin lugar la acción, la Sala constató que en la acción de amparo intentada por Enrique Ochoa Antich contra “los Diputados Luis Parra, Franklin Duarte y José Gregorio Noriega, por un lado y a los Diputados Juan Guaidó, Juan Pablo Guanipa y Carlos Berrizbeitia, por otro lado, quienes pretenden cumplir funciones de integrantes de sendas Juntas Directivas de la Asamblea Nacional” y otros; supuestamente no se encontraban satisfechos “*los requisitos del artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*”, al considerar que “*no existe actuación fuera del marco de la competencia constitucional y legalmente atribuida de la nueva Junta Directiva para el período 2020-2021, así como tampoco violación a derecho constitucional alguno por parte de los integrantes legítimos de la misma,*” sin indicar, sin embargo a cual “nueva Junta Directiva” se refería de las dos indicadas en la acción de amparo. La cita del artículo 4 de la Ley Orgánica, evidentemente que fue otro error, pero no de tipeo, sino de fondo porque expresión en utilizó la Sala es precisamente la del artículo 4 de la ley Orgánica de Amparo (“Art. 4: Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la república actuando *fuera de su competencia*, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional”).

Es decir, la Sala, basándose exclusivamente en una norma (artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo) que se refiere única y exclusivamente a los casos de acción de amparo contra decisiones judiciales ("resolución o sentencia"), decidió *declarar inadmisibile una acción de amparo contra unos diputados*. Error craso de fundamentación de la sentencia, la cual también, por ello carece de motivación y es nula.

Y la nulidad de la misma se acrecienta al constatar que en la sentencia, la Sala Constitucional, luego de terminar el juicio³⁵, como el mago ilusionista que saca de sombrero de copa, un conejo, rescata las decisiones que nadie le solicitó – formuladas en las consideraciones para decidir, es decir, sin haber decidido –, procediendo de oficio, no sólo declarar de nuevo "*válida*" la Junta Directiva de la Asamblea Nacional presidida por el Diputado Luis Eduardo Parra Rivero, sino declarar "*prohibida* la instalación de un parlamento paralelo o virtual, que no tiene ningún efecto jurídico", anunciando amenazantemente que "*cualquier persona pública o privada o institución que preste o ceda espacio para ello, será considerada en desacato; y cualquier acto ejercido como tal es nulo*".

Otro error craso del contenido de la sentencia, no solo porque en sí misma impone una limitación no autorizada al derecho de reunión de las personas que garantiza el artículo 53 de la Constitución, que se viola; sino porque declara *urbi et orbe* la nulidad de actos que puedan adoptarse, olvidándose la Sala de que las sentencias dictadas en materia de amparo – salvo cuando es contra actos judiciales – no tienen contenido anulatorio³⁶.

³⁵ Por ello, con razón, el profesor José Ignacio Hernández indicó que "la Sala Constitucional no podía dictar orden alguna, al haber declarado improcedente la acción de amparo ejercida." Véase en "Sobre el nuevo intento del régimen de Maduro de criminalizar a la Asamblea Nacional con la decisión número 65 de la ilegítima Sala Constitucional," en <https://twitter.com/DeProcuraduria/status/1265643395260743681>, 27 mayo 2020.

³⁶ Véase por ejemplo lo indicado en Allan R. Brewer-Carías, "Introducción General al régimen del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales," en el libro: Allan R. Brewer-Carías (ed), *Ley de Orgánica de amparo sobre derechos y garantías constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 296-299.

APRECIACIÓN FINAL

La sentencia, en definitiva, además de estar plagada de todos los errores imaginables en derecho, en definitiva, no es más que un manifiesto político sesgado, basado en consideraciones políticas, sobre hechos políticos, sin basamento jurídico alguno.

El Juez Constitucional quiso actuar como “mago” ilusionista, trastocando conceptualmente la acción de amparo, juzgando una supuesta violación constitucional atribuida a unos diputados aplicando la norma de la Ley sobre amparo contra sentencias judiciales; negándole la protección a una persona respecto de su derecho a la participación política y representación, y violándosela a todos los electores que eligieron a la Asamblea Nacional en 2015 y a la mayoría que la controla. Ello lo hizo, declarando sin lugar supuestamente *in limine* una acción de amparo, pero después de varios meses de haberla admitido y de haber desarrollado el juicio en la forma sesgada conforme lo dispuso, dando por sentado desde la admisión de la acción, que uno de los grupos de los diputados señalados como agraviantes era el que tenía la representación “legítima” de la Asamblea – cuando era lo contrario -, violándole en cambio el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa al otro grupo de los también señalados como supuestos agraviantes en amparo, el cual fue ignorado por completo y no fue notificado del proceso. Todo eso, además, lo hizo la Sala Constitucional sin pruebas de ninguna naturaleza, basándose solo en opiniones dadas a la prensa o en twitter sin siquiera haber verificado los nombres de los supuestos asistentes a la reunión de instalación de la Asamblea que reconoció, y si hubo o no quórum. Finalmente, la Sala cambió las reglas elementales del proceso, al declarar sin lugar la acción, que lo que debía implicar era el archivo del expediente, para, al contrario, emitir declaraciones políticas señalando como válida precisamente a la pretendida Junta Directiva de la Asamblea “electa” en una sesión donde no hubo el quórum necesario, y lanzar una prohibición general, violando el derecho constitucional de reunión, para pretender tratar de impedir una vez más que un grupo de diputados que tiene la mayoría en la Asamblea Nacional pueda ejercer su derecho como representantes electos del pueblo, con amenaza de cárcel.

En este caso, el Juez Constitucional, actuando como “mago” ilusionista, no resultó sino en un fraude: se le vieron todos los trucos, lo que confirma que definitivamente ya nadie podrá creer en lo que diga o decida. Como lo expresó, con razón el profesor Rafael Chavero Gazdik, la sentencia no sólo es “una oda al disparate,” sino que *“es un documento político, ajeno a cualquier sentido de justicia y sensatez. Sencillamente una vergüenza de sentencia”*³⁷.

Nueva York, 29 de mayo de 2020

³⁷ Véase @rchavero, 27 mayo 2020.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL QUE ORDENÓ A DIRECTV CONTINUAR DE MANERA INMEDIATA CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN RAFAEL BADELL MADRID*

SUMARIO

1. De la sentencia número 64/2020. 2. De la inconstitucionalidad de la sentencia número 64/2020. 2.1. De la violación del debido proceso (artículo 49 de la Constitución). 2.2. De la violación de la naturaleza del amparo constitucional (artículo 27 de la Constitución). 2.3. De la violación del derecho a la defensa (artículo 49 de la Constitución).
3. Conclusiones.

* Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor Titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau.

1. DE LA SENTENCIA NÚMERO 64/2020

En fecha 22 de mayo de 2020, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo SC), en ponencia conjunta, dictó la sentencia número 64/2020 (“la sentencia”) mediante la cual declaró una serie de medidas cautelares correspondientes al juicio de “amparo constitucional en tutela de derechos e intereses colectivos y difusos” interpuesto el 20 de mayo de 2020 por los ciudadanos Israel Reinaldo Marín Martínez y William Arturo Fuentes Ulloa, actuando en su carácter de miembros y voceros del comité de usuarios denominado “Frente de usuarios y usuarias para la defensa de los derechos comunicacionales”, en contra del cese de la prestación de servicio de televisión por suscripción de la operadora Galaxy Entertainment de Venezuela, S.C.A (DIRECTV Venezuela), por la supuesta violación de los derechos constitucionales de información oportuna, veraz e imparcial, el derecho a la protección de la niñez y la adolescencia, el derecho a la educación y el derecho a la recreación, establecidos en los artículos 58, 78, 103 y 111, respectivamente, de la Constitución.

En esta ocasión, la SC se declaró competente para conocer de la acción de amparo constitucional en tutela de derechos e intereses colectivos y difusos, la admitió y ordenó la ejecución de las siguientes medidas cautelares:

- Ordenó a DirecTV Venezuela continuar de manera inmediata con la prestación del servicio de televisión por suscripción.
- Ordenó a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Conatel) tomar posesión inmediata de todos los bienes muebles e inmuebles, oficinas comerciales, sedes administrativas, centro de operaciones y transmisiones, antenas y cualquier otro equipo o instalación destinada a la prestación del servicio por suscripción

gestionado por DirecTV Venezuela, para lo cual “Conatel contará con el auxilio de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana”.

- Ordenó a Conatel designar una Junta Administradora Ad-Hoc de la empresa Galaxy Entertainment de Venezuela S.C.A (Directv Venezuela), la cual estará presidida por su Director General, ciudadano Jorge Elieser Márquez Monsalve, y tendrá las más amplias facultades de administración, a fin de garantizar el inmediato restablecimiento de los servicios de televisión por suscripción y garantizar los derechos laborales de todos los trabajadores de la empresa. La designación de la Junta Administradora Ad-Hoc deberá ser comunicada de inmediato a la SC.
- Acordó la prohibición de salida del país de los integrantes de la junta directiva de la empresa Galaxy Entertainment de Venezuela S.C.A (Directv Venezuela). Igualmente acordó medida de prohibición de enajenar y gravar sobre los bienes de los referidos integrantes, así como la inmovilización de cualquier tipo de cuenta bancaria o instrumento financiero de los cuales sean titulares.
- Ordenó a la Junta Administradora Ad-Hoc verificar inmediatamente la posible situación de cobranza que pudiera haber generado desde la cesación del servicio, en cuyo supuesto debe informar de inmediato a la SC.
- Ordenó a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (Sudeban) tomar las medidas pertinentes y proceder a los trámites administrativos correspondientes que generen la suspensión de los pagos por servicios no prestados por la empresa Galaxy Entertainment de Venezuela S.C.A (Directv Venezuela), incluidas las retenciones por vía de pagos automáticos y o descuentos en pagos domiciliados en tarjetas de crédito, débito u otra forma de pago, en protección a los usuarios suscriptores y hasta tanto no se materialice la continuidad del servicio e informar a la Sala.
- Ordenó la remisión de copia certificada del fallo al Ministerio Público a fin de que este determine las responsabilidades penales a que hubiere lugar.

Además, la SC estableció dentro de las medidas cautelares que las mismas “se harán extensivas a todas aquellas operadoras de televisión por suscripción que de manera intempestiva suspendan la prestación de sus servicios”.

Finalmente, la SC determinó que “conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el presente mandamiento cautelar debe ser acatado so pena de incurrir en ilícito constitucional y exponerse a la sanción prevista en el artículo 31 de la mencionada ley, de conformidad con el criterio vinculante establecido por la SC en sentencia N° 245 del 9 de abril de 2014”.

2. DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SENTENCIA NÚMERO 64/2020

La sentencia de la SC es inconstitucional por cuanto violó el debido proceso establecido en el artículo 49 de la Constitución, en concordancia con los artículos 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales¹, y 65 y siguientes de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa² al admitir una acción de amparo constitucional sobre una violación que debió ser tramitada mediante el procedimiento breve ante la jurisdicción contencioso administrativa por la omisión en la prestación del servicio de televisión; y en su contenido violó el sentido y alcance del derecho constitucional al amparo constitucional dispuesto en el artículo 27 de la Constitución al establecer medidas cautelares que no persiguen el restablecimiento de la situación jurídica infringida y al ordenar medidas dirigidas a castigar a los miembros de la junta directiva de DIRECTV, sin que medie proceso penal alguno; y violó además el derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 de la Constitución al extender los efectos de las medidas cautelares a sujetos distintos al demandado.

¹ Gaceta Oficial N° 34.060 del 27 de septiembre de 1988.

² Gaceta Oficial N° 39.451 del 22 de junio de 2010.

2.1. De la violación del debido proceso (artículo 49 de la Constitución)

En primer lugar, la sentencia de la SC es inconstitucional por cuanto violó el debido proceso establecido en el artículo 49 de la Constitución, al admitir una acción de amparo constitucional por intereses colectivos y difusos que debió ser tramitada mediante el procedimiento breve establecido en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para los reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, ignorando la causal de inadmisibilidad del numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En efecto, al tratarse de una demanda contra la suspensión del servicio de televisión (que es un servicio público de conformidad con el artículo 5 de la Ley de Telecomunicaciones) por parte de DIRECTV, ésta debió ser tramitada por el procedimiento breve regulado en los artículos 65 y siguientes de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y no mediante el recurso extraordinario de amparo constitucional.

Ciertamente, de conformidad con el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y de acuerdo a lo que ha sido criterio reiterado por la propia jurisprudencia del SC, cuando el ordenamiento jurídico prevea la posibilidad de ejercer recursos ordinarios contra un hecho que lesione o amenace violar derechos de rango constitucional, el juez en función constitucional debe inadmitir la acción de amparo.

Dispone en este sentido el numeral 5 del artículo 6, sobre las causales de inadmisibilidad del amparo constitucional, que:

“No se admitirá la acción de amparo:

5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. En tal caso, al alegarse la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, el Juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la presente Ley, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado”.

De otra parte, tengamos en cuenta que sobre esta causal de inadmisibilidad del amparo constitucional, la SC ha determinado que:

“para que el artículo 6.5 no sea inconsistente es necesario no solo admitir el amparo en caso de injuria inconstitucional, aun el supuesto en que el agraviado haya optado por la jurisdicción ordinaria, sino también inadmitirlo si este pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente”³

De esta forma, es preciso dejar claro que para que una pretensión de amparo constitucional sea admitida, bien por la SC o por cualquier otro tribunal, es necesario que el ordenamiento jurídico no disponga de un mecanismo procesal eficaz, con el que se logre de manera efectiva la tutela judicial para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida. En caso contrario, la acción de amparo constitucional deberá declararse inadmisibile, por cuanto la parte demandante contaría con un medio procesal ordinario para satisfacer su pretensión.

Como hemos dicho precedentemente, el servicio de televisión es considerado como un servicio público, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones⁴, el cual dispone:

“Se declaran como de servicio e interés público el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones y la prestación de servicios de telecomunicaciones, entre ellos radio, televisión y producción nacional audiovisual, para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa, concesión o permiso, de ser necesario, en los casos y condiciones que establece esta Ley, sus reglamentos y las condiciones generales que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

En su condición de servicio e interés público, las actividades y servicios de telecomunicaciones, entre ellos radio, televisión y producción nacional audiovisual, podrán someterse a parámetros de calidad y metas especiales de cobertura mínima uniforme, así

³ Sentencia nro. 2369 de fecha 23 de noviembre de 2001 de la SCTSJ, caso “Mario Téllez García y otros”.

⁴ Gaceta Oficial N° 39.610 del 7 de febrero de 2011.

como a la prestación de servicios bajo condiciones preferenciales de acceso y precios a escuelas, universidades, bibliotecas y centros asistenciales de carácter público. Así mismo, por su condición de servicio e interés público el contenido de las transmisiones o comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones entre ellos radio, televisión y producción nacional audiovisual podrán someterse a las limitaciones y restricciones que por razones de interés público establezca la ley y la Constitución de la República”.

De otra parte, establece el numeral 1 del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que la competencia para el control jurisdiccional de la actividad prestacional de las entidades prestadoras de servicios públicos⁵ como DIRECTV, la ejercen los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que son competentes para conocer: “1. Las demandas que interpongan los usuarios o usuarias o las organizaciones públicas o privadas que los representen, por la prestación de servicios públicos.”. Como hemos señalado, estas demandas son llevadas a través del procedimiento breve establecido en los artículos 65 y siguientes de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así pues, teniendo en cuenta que la acción de amparo constitucional interpuesta por los demandantes está circunscrita al reclamo por la suspensión del servicio de televisión prestado por la empresa DIRECTV, ésta debió ser tramitada ante la jurisdicción contencioso-administrativa por el procedimiento breve y no a través del amparo constitucional.

2.2. Inconstitucionalidad por violación de la naturaleza del amparo constitucional (artículo 27 de la Constitución)

La sentencia es inconstitucional además por su contenido, en cuanto violó la naturaleza y alcance del amparo constitucional consagrado en el artículo 27 de la Constitución, al establecer medidas cautelares que en nada se corresponden con el objeto del amparo constitucional

⁵ Sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa de conformidad con el artículo 7.5 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

como lo es la restitución o el restablecimiento de la situación jurídica infringida por la violación o amenaza de violación de derechos constitucionales.

El amparo constitucional está regulado en artículo 27 de la Constitución en los siguientes términos:

“Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad; y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona; y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.”

El amparo constitucional es un derecho constitucional y es, también, una acción judicial de control de constitucionalidad, que puede ser ejercida de forma autónoma o conjuntamente con otros medios judiciales, destinada a proteger a cualquier habitante de la República o persona jurídica en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, de los derechos inherentes a la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución y de los derechos humanos consagrados en las declaraciones de organismos internacionales, tratados y pactos ratificados por la República, de amenazas o lesiones -ciertas, reales y verificables- provocadas por cualquier ley, acto, actuación, vías de hecho u omisión de los órganos del poder público o de cualquier persona natural o jurídica, con el objeto de restablecer íntegra e inmediatamente

el ejercicio del derecho constitucional lesionado y de este modo garantizar la supremacía y la vigencia de los preceptos constitucionales. Ese régimen de protección constitucional es llevado adelante por todos los jueces de la República, mediante un procedimiento extraordinario, breve, sumario, gratuito, oral y no sujeto a formalidades.

Ahora bien, observamos, en primer lugar, que la sentencia dictada por la SC no analizó en qué forma el presunto agravante (DIRECTV) fue lesionando o amenazando de violación los derechos constitucionales de información oportuna, veraz, e imparcial, el derecho a la protección de la niñez y la adolescencia, el derecho a la educación y el derecho a la recreación, establecidos en los artículos 58, 78, 103 y 111, respectivamente, de la Constitución, alegados por los demandantes.

En efecto, la SC se limitó a afirmar que la suspensión de la prestación del servicio de televisión por parte de DIRECTV violó los derechos constitucionales antes referidos, sin pronunciarse sobre cómo o en qué forma lo hace, y procedió sin mayor motivación a dictar las medidas cautelares en contra del demandado.

De otra parte, es claro que ninguna de las medidas cautelares dictadas por la SC es necesaria o conducente para restablecer la situación jurídica presuntamente infringida por el demandado DIRECTV, por el contrario, sirven para distorsionar y confundir la acción de amparo constitucional, y, en lugar de brindar tutela efectiva a los derechos constitucionales presuntamente violados, es utilizado por la SC para trasgredir otros derechos constitucionales como el derecho a la defensa, el derecho a la propiedad privada y el derecho al debido proceso.

En efecto, ni la ocupación de los bienes de DIRECTV, ni el nombramiento de una junta ad hoc de Conatel, mucho menos la prohibición de salida del país o la prohibición de enajenar y gravar sobre los bienes de los miembros de la junta directiva de DIRECTV, así como la inmovilización de cualquier tipo de cuenta bancaria o instrumento financiero de los cuales sean titulares, son medidas tendientes al restablecimiento de los derechos constitucionales a la información oportuna, veraz, e imparcial, a la protección de la niñez y la adolescencia, a la educación y a la recreación, supuestamente violados por el cese de la prestación del servicio de televisión por suscripción.

Insistimos en que la acción de amparo constitucional, como derecho fundamental, tiene naturaleza restablecedora o restitutoria. La acción de amparo está destinada a la protección de los derechos preexistentes y a su restitución en forma idéntica, o en caso de que ello no sea posible, al restablecimiento de la situación que más se asemeje a ella.

Como sabemos a través del amparo constitucional no puede crearse derechos o situaciones jurídicas nuevas, como lo pretende la SC al ordenar la inconstitucional “*posesión inmediata*” de todos los bienes muebles e inmuebles, oficinas comerciales, sedes administrativas, centro de operaciones y transmisiones, antenas y cualquier otro equipo o instalación destinada a la prestación del servicio por suscripción gestionado por DIRECTV Venezuela, en violación del derecho de propiedad privada de DIRECTV, establecido en el artículo 115 de la Constitución.

Pero además, la tutela de un derecho constitucional no justifica la violación de otros derechos constitucionales. El respeto al bloque de la constitucionalidad exige que se cumplan y acaten todas las normas constitucionales y que se tutelen todos los derechos y garantías de las personas, incluyendo también los de la parte demandada en el juicio de amparo constitucional.

De forma que no podía la SC ordenar la confiscación u ocupación de los bienes, propiedad privada de DIRECTV, a través de una sentencia cautelar de amparo constitucional, como si se tratara de un juicio de expropiación.

Además, cabe destacar que la ocupación de los bienes y equipos de la operadora DIRECTV tiene como consecuencia inmediata la paralización de cualquier actividad prestacional que pudiera tener dicha empresa, haciendo inejecutable la primera orden de la SC consistente en “Ordenar a DIRECTV Venezuela continuar de manera inmediata con la prestación de servicio de televisión por suscripción”.

De otra parte, la prohibición de salida del país, la prohibición de enajenar y gravar los bienes de los miembros de la junta directiva de DIRECTV y la inmovilización de cualquier tipo de cuenta bancaria o instrumento financiero de los cuales sean titulares, tampoco conducen al restablecimiento de los derechos constitucionales presuntamente violados: estas medidas se presentan como imperativos dirigidos a castigar

a los miembros de la junta directiva de DIRECTV, sin que medio ningún proceso penal o de otro tipo, en violación igualmente de la naturaleza del amparo constitucional.

Ciertamente, el amparo constitucional no está dirigido a penalizar o castigar una conducta presuntamente delictual o generadora de cualquier otro tipo de responsabilidad, ello solo lo puede determinar un juez con competencia en materia penal o de instancia de la materia de que se trate, después de tramitado el juicio correspondiente. De forma que a través de la sentencia, la SC distorsionó la naturaleza y el alcance del amparo constitucional al establecer medidas personales en contra de los miembros de la Junta Directiva de DIRECTV.

2.3. De la violación del derecho a la defensa (artículo 49 de la Constitución)

Igualmente, es inconstitucional la sentencia en su contenido por cuanto pretende extender sus efectos a personas que no han sido demandadas, no forman parte del juicio de amparo constitucional y por ende no han podido defenderse de las decisiones cautelares tomadas en dicho proceso, violando de esta forma también el derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 de la Constitución.

En efecto, la SC ha pretendido extender las medidas cautelares dirigidas a DIRECTV, a personas indeterminadas, innominadas, bajo el título de “todas aquellas operadoras de televisión por suscripción”, que “de manera intempestiva suspendan la prestación de sus servicios”.

La sentencia que decida el amparo constitucional en tutela de derechos e intereses colectivos o difusos ciertamente tiene efectos erga omnes, en tanto que beneficia o perjudica a la colectividad en general o a algún sector, sin embargo, ello no justifica que las órdenes tendientes al restablecimiento de la situación jurídica subjetiva puedan aplicarse a personas distintas a la persona del demandado en el juicio de amparo constitucional, quien sería en todo caso el sujeto agravante.

En efecto, únicamente la persona o el grupo de personas que se demuestre en el proceso de amparo que han violado o amenazado de violar el derecho constitucional de que se trate, pueden resultar condenados por las decisiones cautelares o definitivas tendientes al

restablecimiento de la situación jurídica subjetiva infringida o a la situación que más se asemeje a ella.

Los efectos *erga omnes* de la decisión de amparo constitucional, interpuesto en defensa de los intereses colectivo o difusos, están dirigidos al beneficio del grupo de personas que son partícipes del derecho constitucional restablecido, no a la condenatoria de una pluralidad indeterminada de personas que no formaron parte del proceso de amparo constitucional y por ende no pudieron ejercer su derecho a la defensa.

De allí que el Juez de amparo constitucional deberá hacer uso de sus facultades restablecedoras a fin de restituir la situación jurídica infringida del conglomerado que se viere afectado en el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales, independientemente de que éstos hubieren participado o no en el proceso.

Los efectos generales de las medidas de amparo constitucional no consisten entonces, como lo hace ver la SC, en que las órdenes dictadas a través del amparo se extiendan a una pluralidad indefinida e indeterminada de individuos, sino que los efectos restitutorios de la ejecución de dichas medidas inciden en la esfera jurídica de las personas titulares del derecho tutelado a través del amparo constitucional.

3. CONCLUSIONES

La sentencia de la SC es inconstitucional por cuanto:

- 3.1. Violó el debido proceso establecido en el artículo 49 de la Constitución, en concordancia con los artículos 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y 65 y siguientes de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al admitir una acción de amparo constitucional sobre una violación que debió ser tramitada mediante el procedimiento breve ante la jurisdicción contencioso administrativa por la omisión en la de prestación del servicio público de televisión;
- 3.2. Violó el sentido y alcance del derecho constitucional al amparo constitucional dispuesto en el artículo 27 de la Constitución, al establecer medidas cautelares que no persiguen el

- restablecimiento de la situación jurídica infringida y al ordenar medidas dirigidas a castigar a los miembros de la junta directiva de DIRECTV, sin que medie proceso penal alguno; y
- 3.3. Violó el derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 de la Constitución al extender los efectos de las medidas cautelares a sujetos distintos al demandado.

COMENTARIOS SOBRE LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL RELATIVAS AL NOMBRAMIENTO DE LAS AUTORIDADES DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL RAFAEL BADELL MADRID*

SUMARIO

1. De las sentencias 68, 69 y 70 de la Sala Constitucional. 2. Inconstitucionalidad de las sentencias 68, 69 y 70 de la Sala Constitucional. 2.1 De la violación del principio de separación de poderes y el principio de legalidad consagrados en los artículos 136 y 137, respectivamente, de la Constitución. 2.1.1. De la inconstitucional declaratoria de desacato de la Asamblea Nacional. 2.1.2. De la usurpación de las competencias exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional para el nombramiento de los rectores del Consejo Nacional Electoral, establecidas en el artículo 296 de la Constitución. 2.1.3. De la usurpación de la potestad legislativa en materia electoral de la Asamblea Nacional dispuesta en los artículos 156.32 y 187.1 de la Constitución. 2.2. De la violación de los límites y alcance del control difuso de la constitucionalidad, consagrado en el artículo 334 de la Constitución. 2.3. De la violación de la naturaleza y alcance de la omisión legislativa establecida en el artículo 336.7 de la Constitución. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía

* Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor Titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau.

1. DE LAS SENTENCIAS 68, 69 Y 70 DE LA SALA CONSTITUCIONAL

En fecha 05 de junio de 2020, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de sentencia número 68, se declaró competente para conocer y resolver la “*demanda por Omisión Legislativa de la Asamblea Nacional en desacato*”, incoada el 04 de junio de 2020 por los ciudadanos Javier Bertucci, Claudio Fermín, Timoteo Zambrano, Felipe Mujica, Luis Romero, Rafael Marín, Juan Alvarado y Segundo Meléndez, asistidos por el abogado Francisco Matheus.

Los accionantes solicitaron a la Sala Constitucional la “...*declaratoria de omisión legislativa por parte de la Asamblea Nacional de designar a los funcionarios y funcionarias que sustituirán en sus cargos a los Rectores y las Rectoras Principales y Suplentes del Consejo Nacional Electoral, conforme a lo previsto en el artículo 336.7 del Texto Fundamental y 25.7 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*”; así como “*asegurar los principios fundamentales y garantías para el ejercicio pleno de los derechos políticos previstas en los artículos 5 y 63 de la Constitución de la República; con ocasión de las actuales circunstancias políticas que caracterizan al Poder Legislativo Nacional, las cuales atentan contra la debida actuación de sus competencias y, por ende, contra los habitantes de esta República, quienes de alguna forma se encuentran indefensos en lo relativo al cumplimiento de las debidas garantías y competencias para el desarrollo y ejercicio pleno de sus derechos*”.

La Sala Constitucional admitió la causa y la declaró de mero derecho, por lo que decidió “*emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado, sin necesidad de abrir procedimiento alguno*” y declaró la “*omisión inconstitucional por parte de la Asamblea Nacional*”.

en desacato, en la designación de los integrantes del Consejo Nacional Electoral". En efecto, la Sala Constitucional estableció por medio de la sentencia número 68 "Que el *desacato de la Asamblea Nacional se mantiene de forma ininterrumpida*" y que "aún persiste la omisión por parte de la Asamblea Nacional de designar, dentro del marco de la Constitución y de la ley, mediante los trámites normativos exigidos y con el quórum válido de aprobación, a los rectores y rectoras del Consejo Nacional Electoral".

Además, la Sala Constitucional dispuso que por cuanto este año deben convocarse y realizarse los comicios para elegir a los diputados que integrarán la Asamblea Nacional para el período constitucional 2021-2025, "urge la necesidad de efectuar tales nombramientos para preservar el normal funcionamiento del Poder Electoral, quien tiene bajo su responsabilidad la organización, administración y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, tal como lo prevé el cardinal 5 del artículo 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide", y bajo esta argumentación, estableció que por auto aparte procedería al "nombramiento de los Rectores Principales y Suplentes del Consejo Nacional Electoral (CNE) y de los integrantes de sus órganos subalternos, previa la solicitud al Comité de Postulaciones Electorales del listado de los ciudadanos preseleccionados para integrar el Consejo Nacional Electoral".

Asimismo, la Sala Constitucional "ejerciendo el control difuso de constitucional [idad] con carácter vinculante" desaplicó los artículos 14, 15, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182 y 186 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales (relativos a la elección de representantes indígenas), por considerar que no se correspondían con los principios de la personalización del sufragio y la representación proporcional, consagrados en los artículos 63 y 186 de la Constitución. Además, la Sala Constitucional habilitó al CNE "a fin de que, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el cardinal 1 del artículo 293 constitucional, ante la laguna generada como consecuencia de la desaplicación con efectos erga omnes de la normativa antes señalada, proceda a llenar el vacío normativo, de conformidad con los lineamientos señalados en el presente fallo."

La Sala Constitucional ordenó también al CNE “*convocar los comicios para elegir a los diputadas y diputados de la Asamblea Nacional, cuyo mandato expira el 4 de enero de 2021*”.

Luego, a través de la sentencia número 69 del 10 de junio de 2020, la Sala Constitucional exhortó al Comité de Postulaciones Electorales “*para que DENTRO del PLAZO DE SETENTA Y DOS (72) HORAS, contadas a partir de la publicación del presente auto, consignen ante esta Sala el listado de ciudadanos preseleccionados para integrar el Consejo Nacional Electoral*”.

Finalmente, mediante sentencia número 70 del 12 de junio de 2020, la Sala Constitucional, declaró “*Que el desacato de la Asamblea Nacional se mantiene de forma ininterrumpida*” y procedió a designar a los integrantes del CNE. En este sentido, nombró en los siguientes cargos a los siguientes ciudadanos:

- Como primera rectora principal a la ciudadana INDIRA MAIRA ALFONZO IZAGUIRRE, titular de la cédula de identidad N° V-6.978.710 quien tendrá como primer y segundo suplentes a los ciudadanos ABDÓN RODOLFO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y ALEX DAVID SAID DÍAZ PADRÓN, titulares de las cédulas de identidad N° V-9.477.029 y V12.912.243, respectivamente;
- Como segundo rector principal al ciudadano RAFAEL SIMÓN JIMÉNEZ MELEÁN, titular de la cédula de identidad N° V-3.914.339, quien tendrá como tercer y cuarto suplentes a los ciudadanos JUAN CARLOS DELPINO BOSCÁN y LUIS DELFÍN FUENMAYOR TORO, titulares de las cédulas de identidad N° V-5.962.704 y V-2.158.566, respectivamente;
- Como tercer rector principal a la ciudadana TANIAD’AMELIO CARDIET, titular de la cédula de identidad N° V-11.691.429, quien tendrá como quinto y sexto suplentes a los ciudadanos CARLOS ENRIQUE QUINTERO CUEVAS y JENNYCET CAROLISKA VILLALOBOS DÁVILA, titulares de las cédulas de identidad N° V10.719.241 y V-15.888.773, respectivamente.
- Como cuarto rector principal al ciudadano JOSÉ LUIS GUTIÉRREZ PARRA, titular de la cédula de identidad

Nº V-7.048.576; quien tendrá como séptimo y octavo suplentes al ciudadano FRANCK ANTERO PIC DURÁN, titular de la cédula de identidad Nº V-2.218.698 y a la ciudadana GLORIA ADELAIDA MUÑOZ, titular de la cédula de identidad Nº V-4.769.882.

- Como quinto rector principal a la ciudadana GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO, titular de la cédula de identidad Nº V-7.525.777; quien tendrá como suplentes noveno y décimo a la ciudadana DEYANIRA BRICEÑO GARCÍA, titular de la cédula de identidad Nº V- 6.280.778 y al ciudadano ELEUSIS ALY BORREGO TOVAR, titular de la cédula de identidad Nº V-15.806.471.

Asimismo, nombró “Presidenta del Consejo Nacional Electoral a la ciudadana INDIRA MAIRA ALFONZO IZAGUIRRE y Vicepresidente al ciudadano RAFAEL SIMÓN JIMÉNEZ MELEÁN” y designó a los integrantes de los órganos subalternos del CNE¹.

Por último, la Sala Constitucional convocó a los Rectores designados como principales y suplentes *“para su juramentación, la cual se celebrará el día viernes 12 de junio de 2020, a las ocho (8:00 p.m.) horas de la noche, en el Auditorio Principal del Tribunal Supremo de Justicia”*.

Las referidas sentencias números 68, 69 y 70 de la Sala Constitucional (en lo sucesivo “las sentencias”) son inconstitucionales, toda vez que:

- 1) Violan el principio de separación de poderes y el principio de legalidad consagrados en los artículos 136 y 137, respectivamente, de la Constitución, por cuanto:

¹ La Sala Constitucional nombró integrantes de los órganos subalternos del CNE a los ciudadanos: para la JUNTA NACIONAL ELECTORAL a la ciudadana Indira Maira Alfonzo Izaguirre, quien la presidirá y a los ciudadanos José Luis Gutiérrez Parra y Carlos Enrique Quintero Cuevas. Para la COMISIÓN DE REGISTRO CIVIL Y ELECTORAL a la ciudadana Tania D’Amelio Cardiet, quien la presidirá, a la ciudadana Gladys María Gutiérrez Alvarado y al ciudadano Juan Carlos Delpino Boscán. Para la COMISIÓN DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y FINANCIAMIENTO a los ciudadanos Rafael Simón Jiménez Meleán, quien la presidirá; y a la ciudadana Tania D’Amelio Cardiet y Abdón Rodolfo Hernández Rodríguez.

- anulan las potestades constitucionales de la Asamblea Nacional, a través de la inconstitucional declaratoria del desacato, en violación de los artículos 136 y 137 de la Constitución;
 - usurpan las funciones propias y exclusivas de la Asamblea Nacional de designar los rectores del CNE y demás integrantes de los órganos subalternos del CNE, en violación del artículo 296 de la Constitución, y por consecuencia, violan el derecho democrático de participación en los asuntos políticos, consagrado en los artículos 5, 6, 62, 70, 295 y 296 de la Constitución y artículos 1 y 6 de la Carta Democrática Interamericana; y
 - usurpan las potestades legislativas de la Asamblea Nacional en la regulación de la materia electoral, en violación de los artículos 156.32 y 187.1.
- 2) Violan los límites y alcance del control difuso de la constitucionalidad, consagrado en el artículo 334 de la Constitución.
 - 3) Violan la naturaleza y alcance del recurso de omisión legislativa, establecida en el artículo 336.7 de la Constitución.

2. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS SENTENCIAS 68, 69 Y 70 DE LA SALA CONSTITUCIONAL

2.1. De la violación del principio de separación de poderes y el principio de legalidad consagrados en los artículos 136 y 137, respectivamente, de la Constitución

2.1.1. De la inconstitucional declaratoria de desacato de la Asamblea Nacional

Las sentencias de la Sala Constitucional violaron el principio de separación de poderes consagrado en el artículo 136 de la Constitución, en primer lugar, con motivo de la anulación de las potestades constitucionales de la Asamblea Nacional a través de la incorrecta y desviada interpretación y aplicación de la figura del “desacato”.

El principio de separación de poderes supone no sólo la actuación judicial independiente y autónoma del juez constitucional, sino también es límite de la decisión fundada, basada en derecho y sin invadir y

mucho menos anular las competencias propias de otro órgano del poder público, ni siquiera aquél sujeto al control de la constitucionalidad de sus actos, todo ello en resguardo del Estado de derecho.

La Sala Constitucional, a través de las sentencias decidió reiterar el erróneo criterio según el cual la Asamblea Nacional continúa en desacato sin explicar en qué se fundamenta esa figura del “desacato” creada por la propia Sala, y declarar que la Asamblea Nacional no podía, en vista de ese supuesto desacato, ejercer sus competencias constitucionales y designar a los integrantes del CNE. De manera que el supuesto desacato se sanciona de forma irregular con la eliminación del parlamento como institución al por esta vía concluir que queda este impedido de ejercer todas y cada una de sus competencias constitucionales de forma indefinida.

En efecto, desconociendo una vez más todas las facultades constitucionales del órgano parlamentario, en violación del principio de separación de poderes, la Sala Constitucional declaró que:

“el desacato de la Asamblea Nacional se mantiene de forma ininterrumpida, razón por la que todos los actos y todas las actuaciones emanadas de dicho Órgano y de cualquier otra persona jurídica o natural, relacionados con el proceso de designación de los funcionarios o funcionarias para ocupar los cargos de rectores y rectoras, principales y suplentes, del Consejo Nacional Electoral, carecen de validez, eficacia y existencia jurídica y son nulos de nulidad absoluta”.

Esta tesis del “desacato” ha sido creada y utilizada, siempre con fines políticos, en muchas ocasiones por la Sala Constitucional con el objetivo único de desconocer las funciones legislativas y de control de la Asamblea Nacional, a partir de la nueva conformación de dicho órgano legislativo con mayoría opositora como consecuencia de las elecciones parlamentarias del 06 de diciembre de 2015².

² Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales con relación a las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que designó a los integrantes del Consejo Nacional Electoral y los órganos electorales subalternos, y que intervino varios partidos políticos, del 18 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamientos/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-con-relacion-a-las-sentencias-de-la-sala-constitucional-del-tribunal-supremo-de-justicia/>

A través de las sentencias, la Sala Constitucional transgredió el ejercicio de las competencias que la Constitución y la ley le otorgan, establecidas en los artículos 336 de la Constitución y 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de modo que violó el principio de legalidad establecido en el artículo 137 de la Constitución, al ejercer potestades no otorgadas por la Constitución y la ley, como lo es la declaratoria de desacato contra un órgano del poder público, que tiene como consecuencia la anulación, de forma indefinida, de todas sus facultades constitucionales.

En verdad la Sala Constitucional, socorrida en el uso de la expresión “desacato” ha creado una categoría especial de sanción contra la Asamblea Nacional, totalmente inconstitucional, indeterminada, indefinida e ilimitada en el tiempo. Se trata de una aberración jurídica, error grave inexcusable, que ocasiona la paralización del órgano que representa la soberanía popular y que tiene la función de legislar y controlar el ejercicio de la actividad administrativa.

La Sala Constitucional actuando como militante político, y por vías totalmente ajenas a la aplicación y respeto del ordenamiento jurídico del Estado, ha impedido de forma continuada, la función de la Asamblea Nacional, justo desde el momento en que este órgano del poder público, representante de la voluntad popular, fue electo en el año 2015 reflejando una mayoría opositora al régimen.

El desacato a las sentencias de amparo constitucional está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico como una potestad sancionatoria que ejerce el juez penal ante el incumplimiento de los fallos judiciales y en el caso de las decisiones de amparo constitucional el mismo se haya establecido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales³, y tiene por castigo pena de prisión de seis (6) a quince (15) meses. El desacato consiste de esta forma en un ilícito penal que debe ser investigado por el Ministerio Público y sustanciado y decidido por los tribunales con competencia penal. Además, la pena de este delito, consistente en prisión es personalísima, lo que implica la imposibilidad de que sea imputada y ejecutada contra todo un órgano del poder público como es la Asamblea Nacional.

³ Gaceta Oficial número 34.060 del 27 de septiembre de 1988.

Ahora bien, la Sala Constitucional ha transformado sobrevenidamente el desacato y lo ha convertido en un “ilícito judicial constitucional” no contemplado en el ordenamiento jurídico. El primer antecedente de esta desconfiguración del desacato fue la sentencia de la Sala Constitucional número 245 del 9 de abril de 2014, caso “Alcalde del Municipio San Diego del estado Carabobo y Salvatore Luchesse, en su condición de Director General de la Policía Municipal de San Diego”, a través de la cual la Sala Constitucional aplicó directamente la sanción dispuesta en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en contra de dichas autoridades por no haber cumplido el mandamiento de amparo dictado días antes por la propia Sala Constitucional.

Los jueces constitucionales en la decisión de amparo constitucional no están facultados para ejercer potestad sancionatoria directa alguna frente al desacato respecto de sus decisiones, teniendo el juez de amparo limitada su actuación en los casos de incumplimiento de las sentencias de amparo, sólo a procurar el inicio de un proceso penal ante la jurisdicción penal ordinaria, a cuyo efecto debe poner en conocimiento del asunto al Ministerio Público para que sea éste el que dé inicio al proceso penal correspondiente, tendiente a comprobar (o no) la existencia del delito y a imponer (de ser el caso) la sanción penal legalmente establecida, a que ya se ha hecho referencia.

Este había sido el criterio de la propia Sala Constitucional, quien mediante sentencia número 74 del 24 de enero de 2002, citando una decisión de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, había establecido que:

“...Ahora bien, en relación con el desacato, ha señalado este Alto Tribunal que dado, el carácter delictual del mismo, la calificación que de este delito se haga “le compete al Tribunal Penal, en el contexto del debido proceso con la garantía del derecho a la defensa (artículo 68 de la Constitución)” (Vid. Sentencias de la Sala Político-Administrativa del 7 de noviembre de 1995: Caso Rafael A. Rivas Ostos y del 11 de marzo de 1999: Caso Ángel Ramón Navas). Por esta razón, la jurisprudencia citada dispuso que: “al alegarse el incumplimiento del mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, conforme al artículo 31 ejusdem, el Tribunal que

actuó en la causa, no es el competente para realizar la calificación jurídica del mencionado incumplimiento.”

En aplicación de la jurisprudencia precedente y por cuanto en el escrito contentivo de la solicitud que dio origen al recurso de apelación la solicitante imputó la comisión de un hecho punible de acción pública como lo es el << desacato >> , previsto y sancionado en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala se declara incompetente para conocer del mismo, y ordena remitir copia certificada del mencionado escrito a la Fiscalía General de la República a los fines de que se inicie la investigación correspondiente...”

Sin embargo, en la mencionada decisión, número 245 del 9 de abril de 2014, la Sala Constitucional en usurpación de las competencias de la jurisdicción penal “verificó” el desacato al mandamiento de amparo constitucional establecido en sentencia número 136 de fecha 12 de marzo de 2014, e impuso la sanción conforme a lo previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo y remitió la decisión para su ejecución a un juez de primera instancia en lo penal en funciones de ejecución del Circuito Judicial Penal correspondiente.

De esta forma la Sala Constitucional modificó la figura del desacato, de una norma de sanción penal, competencia de la jurisdicción penal, a un ilícito judicial constitucional - inexistente en el ordenamiento constitucional venezolano- que ha de ser aplicado directamente por el juez que ha dictado un mandamiento constitucional, con independencia de la competencia material del mismo, a través del procedimiento establecido jurisprudencialmente por la propia Sala Constitucional, mediante el cual se determina si hubo o no desacato a la decisión de amparo constitucional que dictó, y, en caso de corroborarlo, se impone la consecuencia jurídica del precitado artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo.

Esta inconstitucional interpretación hecha por la Sala Constitucional sobre la figura del desacato prescindiendo de todo fundamento jurídico, fue adoptada más tarde en la sentencia número 108 de fecha 01 de agosto de 2016 por medio de la cual la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, declaró el “desacato” de la Asamblea Nacional por presunto incumplimiento de las sentencias de esa misma Sala

Electoral número 260 de fecha 30 de diciembre de 2015 y número 1 del 11 de enero de 2016, por las cuales se declaró “*la nulidad del acto de juramentación de los ciudadanos Julio Ygarza, Nirma Guarulla y Romel Guzamana, en el cargo de Diputados de la Asamblea Nacional realizado el 28 de julio de 2016 por la Junta Directiva del órgano legislativo nacional*”, así como de aquellos actos o actuaciones que dictara la Asamblea Nacional con la participación de los prenombrados ciudadanos.

Conviene recordar que ese “desacato” fue declarado a consecuencia de una decisión de la Sala Electoral fundamentada en una prueba ilícita. En efecto, la sentencia cautelar número 260 de la Sala Electoral que fue “desacatada” por la Asamblea Nacional, está fundamentada en una grabación ilegalmente obtenida⁴ que la Sala Electoral calificó como un “hecho notorio comunicacional” sólo porque había sido divulgada a través de los medios de comunicación.

Sobre esa grabación la Sala Electoral determinó que “*evidencia preliminarmente la presunción grave de buen derecho o fumus boni iuris de presunta violación de los derechos constitucionales al sufragio y la participación política de los electores del estado Amazonas en el proceso electoral realizado el 6 de diciembre de 2015 en dicha entidad territorial para elección de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional*”. Sin embargo, la referida grabación no podía ser considerada como prueba lícita, desde que fue obtenida por cauces contrarios a los legalmente establecidos, siendo además que la misma no fue objeto de contradictorio en ningún momento, y por tratarse de una decisión inaudita parte no fue controlada por la contraparte⁵.

⁴ “grabación del audio de una conversación entre la ciudadana Victoria Franchi Caballero, Secretaria de la Gobernación del estado Amazonas, y persona no identificada (anónima) en la cual se refiere la práctica de compra de votos y pago de prebendas a electores para votar por la denominada Mesa de la Unidad Democrática (MUD) o ayudar a desviar la voluntad de las personas que requerían asistencia para el acto de votación”. V. sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia número 260 de fecha 30 de diciembre de 2015.

⁵ V. Rafael Badell Madrid, “Poderes del juez constitucional”. Conferencia dictada en el *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo en Homenaje al Dr. Carlos Ayala Corao*. Universidad Monteávila. Caracas, 11 de noviembre de 2016. Publicada en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales número 155, Año 2016. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/>

Ahora bien, a través de la sentencia número 108 se logró impedir la conformación de la mayoría calificada opositora, pues el número exacto requerido era el de los 3 diputados, cuya juramentación impedía este fallo cautelar, que tuvo una finalidad estrictamente política como lo demuestra no solo las inconsistencias jurídicas mencionadas sino el hecho de que, hasta la fecha, 4 años más tarde no se haya resuelto el fondo del asunto.

Posteriormente, en decisión número 808, del 02 de septiembre de 2016, la Sala Constitucional reiteró el criterio de la Sala Electoral y declaró que: “... *resultan manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica, los actos emanados de la Asamblea Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas, mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia*”.

A través de la creación de este “ilícito constitucional” del desacato, sin determinar su forma, alcance, procedimiento para la verificación de su comisión y consecuencia jurídica, la Sala Constitucional violó el principio de taxatividad de las penas y sanciones establecido en el artículo 49 según el cual “6. *Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.*”, al establecer este tipo de “ilícito”.

En efecto, el principio de taxatividad, que junto con el principio de retroactividad y el de reserva de ley, forman lo que se conoce como el principio de legalidad penal, exige que en la ley se describan con la mayor exactitud posible las conductas que están prohibidas, por constituir delito, y las sanciones o castigos aplicables a dichas conductas en caso de que un sujeto las realice.

De esta forma, la Sala Constitucional en el caso de la Asamblea Nacional, ha establecido este “ilícito constitucional” de manera indeterminada en el tiempo, inmotivada en su aplicación e ilimitada respecto de las consecuencias jurídicas que acarrea su ejecución, impidiendo el ejercicio de los poderes constitucionales de dicho órgano parlamentario, máximo representante de la voluntad popular, por casi cuatro años.

2.1.2. De la usurpación de las competencias exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional para el nombramiento de los rectores del Consejo Nacional Electoral, establecidas en el artículo 296 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. La democracia es un principio jurídico fundamental inherente a la esencia misma del Estado constitucional. Para que exista legitimidad democrática del poder, debe tutelarse y garantizarse la participación efectiva de los ciudadanos y agrupaciones en la actividad política.

En este sentido el artículo 2 de la Carta Democrática Interamericana establece que:

“El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.”.

En efecto, la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo, además de ser un derecho es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia (véase artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana)

Hay que hacer énfasis en que *“Cuanto mayor sea el nivel de participación de los ciudadanos en los procesos políticos y sociales de un país, más democrático es un sistema”*, de modo que los sistemas democráticos se sustentan en la existencia de mecanismos que verdaderamente garanticen la participación ciudadana⁶.

Lo cierto entonces es que *“Sin participación ciudadana, la democracia pierde su razón de ser, representatividad y legitimidad, es por*

⁶ Héctor Fernández Masís, “El proceso electoral”, en *Revista de Derecho Electoral* número 1, Primer Semestre, Costa Rica, 2005. P.17. Disponible en: <http://www.tse.go.cr/revista/art/1/fernandez.pdf> 37

*ello que el ejercicio de la ciudadanía y la participación política continúan, hoy día, siendo imperativos de cualquier orden político*⁷.

Ahora bien, la Sala Constitucional, en el ejercicio de un supuesto control constitucional de omisión legislativa, violó el derecho democrático de participación de todos los venezolanos en los asuntos políticos, que está consagrado en los artículos 5, 6, 62, 63 y 70 de la Constitución, y en los artículos 1 y 6 de la Carta Democrática Interamericana y, violó también, el principio de separación de los poderes al designar a los rectores principales del CNE, así como a sus suplentes, y a los demás integrantes de los órganos subalternos del CNE, en usurpación de las facultades exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional establecidas en el artículo 296 de la Constitución, que además requiere una mayoría calificada que en ningún caso puede ser suplida por un órgano judicial.

Según el artículo 296 constitucional, *“Los o las integrantes del CNE serán designados o designadas por la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes”*. Es claro que solo el órgano parlamentario, como máximo representante de la voluntad popular, es el constitucionalmente encargado de designar a los integrantes del CNE.

Téngase en cuenta que la elección de los integrantes de los órganos que ejercen el poder público, como la Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República, Consejo Nacional Electoral, Tribunal Supremo de Justicia, por parte de la Asamblea Nacional es un acto de importancia singular para el correcto desenvolvimiento del derecho a vivir en democracia.

Esta elección consiste en la designación de funcionarios que si bien no son elegidos a través de una elección popular, como es el caso de los Diputados a la Asamblea Nacional, el Presidente de la República, los Gobernadores o los Alcaldes, éstos deben ser designados por el órgano legislativo en representación de la voluntad popular, de allí que haya de cumplirse el procedimiento constitucional y legalmente establecido para lograr, mediante la deliberación y el consenso político, la mayoría de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional.

La justificación de esta elección, conocida como elección de segundo grado, se encuentra en que el órgano legislativo al ser el

⁷ Ibid.

máximo cuerpo colegiado electo directamente por el pueblo a través de una elección de primer grado y por ende con una diversidad política en su constitución que representa las distintas tendencias de los ciudadanos, cuenta con la dignidad y legitimación democrática requerida constitucionalmente para constituir una extensión del voto popular. Así pues, es al órgano legislativo a quien el pueblo delega este poder para que en su nombre y representación elija a los funcionarios de los máximos órganos que ejercen el Poder Público.

Por eso el artículo 5 de la Constitución establece que “*La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce en la forma prevista en esta Constitución y en la Ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público*”.

La anulación de la facultad de la Asamblea Nacional de nombrar a los rectores del CNE, así como al resto de los integrantes de los órganos subalternos de ese órgano rector, supone, además de la violación al principio de separación de poderes, también la violación del derecho democrático de participación de todos los venezolanos en los asuntos políticos, que está consagrado en los artículos 5, 6, 62, 63 y 70 de la Constitución, y en los artículos 1 y 6 de la Carta Democrática Interamericana.

La Sala Constitucional violó gravemente el derecho democrático de participación política de todos los venezolanos en la conformación de los órganos que ejercen el poder público, desde que la facultad constitucional para designar los titulares de los órganos constitucionales la ejerce, de conformidad con lo expresamente dispuesto por el artículo 296 de la Constitución, la Asamblea Nacional en representación de la voluntad popular mediante el voto de las dos terceras partes de sus integrantes y con la participación de la sociedad civil.

Se vulnera el derecho a la participación y a la representación política, consagrados en el artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana⁸, y en los artículos 62, 70, 295 y 296 de la Constitución, que constituyen la esencia del derecho a la democracia.

⁸ Artículo 1. Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

Este derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes está dispuesto, de forma general, en los artículos 62⁹ y 70¹⁰ de la Constitución, y está estrechamente vinculado al artículo 6 *eiusdem* según el cual “*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.*” y al artículo 5 constitucional que establece 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*”.

Ese derecho a la participación se concreta, en este caso, en los artículos 295 y 296 de la Constitución que establecen:

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

Artículo 296. El Consejo Nacional Electoral estará integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; tres de ellos o ellas serán postulados o postuladas por la socie-

⁹ Artículo 62. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.

¹⁰ Artículo 70. Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.

dad civil, uno o una por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales, y uno o una por el Poder Ciudadano.

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

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

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

Ahora bien, la Sala Constitucional mediante las sentencias, en completa contravención de los principios y derechos democráticos antes expuestos, decidió inconstitucionalmente subrogarse en la soberanía popular y el derecho democrático de participación en los asuntos políticos de todos los venezolanos al designar directa e inmediatamente a los rectores del CNE, así como a los integrantes de los órganos electorales subalternos, violando de esta forma los artículos 2, 5, 6, 62 y 70 de la Constitución, y los artículos 1 y 6 de la Carta Democrática Interamericana.

La designación, por parte de la Asamblea Nacional, de los titulares los órganos del poder público de rango constitucional, a través del procedimiento constitucional y legalmente establecido con deliberación y legitimidad democrática, es lo único que garantiza de las elecciones de segundo grado.

La Constitución y Ley Orgánica del Poder Electoral¹¹ establecen los requisitos de postulación, procedimientos y trámites que deben cumplirse para la conformación del órgano rector del Poder Electoral, encargado de normar, dirigir y supervisar las actividades de sus órganos subalternos, así como de garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales atribuidos al Poder Electoral.

En primer lugar, el artículo 296 de la Constitución establece que el CNE estará integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos. De estos cinco integrantes, tres deberán ser postulados para su designación por la sociedad civil, uno por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales y uno por el Poder Ciudadano.

El artículo 296 de la Constitución establece que los integrantes del CNE durarán siete años en sus funciones y serán elegidos por separado: los tres postulados por la sociedad civil al inicio de cada período de la Asamblea Nacional, y los otros dos a la mitad del mismo. Por último, el artículo 296 establece que la designación de los rectores del CNE le corresponde a la Asamblea Nacional, y serán nombrados con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes.

Ahora bien, esa designación debe ser realizada mediante sesión convocada para ello y previo el examen por parte del Comité de Postulaciones Electorales de los candidatos a integrantes del CNE. El Comité de Postulaciones, establecido en el artículo 295 de la Constitución, es el órgano encargado de convocar, recibir, evaluar, seleccionar y presentar ante la plenaria de la Asamblea Nacional las listas de los candidatos calificados a integrar el ente Rector del Poder Electoral¹².

En efecto, el artículo 30 de la Ley Orgánica del Poder Electoral determina que la Asamblea Nacional, una vez recibidos por Secretaría

¹¹ Gaceta Oficial número 37.573 del 19 de noviembre de 2002.

¹² Ciertamente, el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Electoral dispone que: “El Comité de Postulaciones Electorales tiene las siguientes funciones:

1. Recibir las postulaciones para cargos de Rectoras o Rectores Electorales como principales y suplentes.
2. Verificar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para ser Rectora o Rector Electoral.
3. Elaborar y presentar ante la Asamblea Nacional las listas de las y los elegibles conforme al procedimiento establecido en esta Ley.”

las listas de candidatos, designará a los Rectores Electorales dentro de un lapso de diez (10) días continuos, en la forma siguiente:

Al inicio del período constitucional del Poder Electoral, designará a tres (3) de los Rectores Electorales y a sus respectivos suplentes de las listas de elegibles con los postulados por la sociedad civil.

A la mitad del período constitucional del Poder Electoral, designará a dos (2) Rectores Electorales y a sus cuatro (4) suplentes de las listas de elegibles con los postulados por el Poder Ciudadano, y por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales.

Para escoger a los miembros del CNE, la Asamblea Nacional deberá tener en cuenta que por lo menos tres (3) de los Rectores Electorales sean venezolanos por nacimiento, para cuando corresponda la elección de la Presidencia y Vicepresidencia del CNE. Luego de la designación, la Junta Directiva de la Asamblea Nacional juramentará a los Rectores Electorales, quienes tomarán posesión de sus cargos al día siguiente.

No obstante las disposiciones constitucionales y legales señaladas, los integrantes del CNE fueron designados inconstitucionalmente por la Sala Constitucional a través de la decisión de “mero derecho” de un recurso de omisión legislativa, con total y absoluta prescindencia del procedimiento establecido en la Constitución.

El incumplimiento del procedimiento constitucionalmente establecido en el artículo 296 para la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral, impide conformar un órgano electoral independiente, autónomo e imparcial y una de las garantías fundamentales de los procesos electorales, para asegurar el derecho al sufragio como máxima expresión de la voluntad popular es, precisamente, la existencia de órganos electorales autónomos e independientes.

La prescindencia de este procedimiento de elección de segundo grado constituye un *“claro caso de usurpación de las funciones constitucionales expresas de la Asamblea Nacional por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que determina la ineficacia y nulidad de esas designaciones, a tenor de lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución”*¹³.

¹³ Dictamen de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la necesaria independencia e imparcialidad del Consejo Nacional Electoral como garantía esencial para la realización de elecciones libres y democráticas, del 03 de marzo de 2018. Disponible en:

2.1.3. De la usurpación de la potestad legislativa en materia electoral de la Asamblea Nacional dispuesta en los artículos 156.32 y 187.1 de la Constitución

Las sentencias son inconstitucionales por cuanto a través de ellas la Sala Constitucional pretendió delegar en el CNE potestades legislativas propias y exclusivas de la Asamblea Nacional, como lo son legislar en materia de elecciones, en violación de los artículos 156.32 y 187.1 de la Constitución.

En efecto, la Sala Constitucional además de establecer la desaplicación por control difuso con efectos erga omnes (como si se tratara del ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad) de los artículos 14, 15, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182 y 186 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, a través de las sentencias ordenó al CNE *“que, como consecuencia de la desaplicación declarada, PROCEDA A ASUMIR EL DESARROLLO NORMATIVO pertinente, de conformidad con los lineamientos señalados en el presente fallo”*.

En usurpación de las potestades legislativas de la Asamblea Nacional, la Sala Constitucional *“habilitó”* al CNE a *“llenar el vacío normativo”* ante la *“laguna generada como consecuencia de la desaplicación con efectos erga omnes”*, *“mediante la potestad reglamentaria que le confiere el cardinal 1 del artículo 293 constitucional”*.

Esta pretendida delegación normativa es totalmente inconstitucional por cuanto por disposición constitucional, la Asamblea Nacional es el único órgano legitimado para dictar leyes en materia de elecciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 187, numeral 1 y 156, numeral 32 de la Constitución, por lo que no podría el CNE invadir esta potestad propia del Poder Legislativo.

Así en efecto, ello se desprende del artículo 187, numeral 1, en concordancia con el artículo 156, numeral 32 de la Constitución que disponen:

*“Artículo 187. Corresponde a la Asamblea Nacional:
1. Legislar en las materias de competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.”*

*“Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional: 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; **la de elecciones**; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional” (resaltado añadido).*

La regulación en materia de elecciones forma parte de la “reserva legal del Poder Nacional”, lo que significa que sólo mediante ley formal, como acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador, puede legislarse sobre esta materia (artículo 202 de la Constitución).

La reserva legal es una garantía constitucional que incluye como presupuesto fundamental para la regulación de ciertas materias -como la de elecciones-, que es solo el órgano legislativo nacional, en este caso, quien puede regular la materia, mediante el cumplimiento del procedimiento de elaboración de leyes especialmente establecido en la Constitución.

Este procedimiento especial para la elaboración o formación de leyes está establecido en la Sección Cuarta: De la formación de las Leyes, del Capítulo I del Poder Legislativo Nacional, Del Título V de la Organización del Poder Público Nacional, de la Constitución, y comprende los artículos 202 al 218, que determinan las formalidades que debe cumplir el órgano legislativo para que las regulaciones legales estén investidas de legitimidad constitucional y democrática.

La validez formal de la regulación de las elecciones está condicionada a su aprobación por medio de una ley formal y materialmente sancionada por el Poder Legislativo Nacional, por intermedio del

procedimiento predeterminado en la Constitución (garantía procedimental), que permite el más amplio consenso y la participación de las minorías, perfeccionando el principio de representatividad, la publicidad y la transparencia. A la vez implica la prohibición o rechazo total de la imposición de procedimientos mediante disposiciones de carácter sub legal, como lo sería un acto administrativo o una sentencia.

El principio de reserva legal del Poder Nacional, en materia de elecciones, supone el rechazo a la deslegalización o a la degradación del rango de ley. No es posible regular los elementos esenciales de materia electoral por vía de actos sub legales. En violación al principio de reserva legal previamente expuesto, la Sala Constitucional ha pretendido que el CNE dicte, mediante normas de rango sublegal, la regulación relativa a la materia electoral para la elección de los Diputados Indígenas, que de conformidad con los artículos 156.32 y 187.1 le corresponde sólo a la Asamblea Nacional.

2.2. De la violación de los límites y alcance del control difuso de la constitucionalidad, consagrado en el artículo 334 de la Constitución

A través de las sentencias, la Sala Constitucional pretendió des-aplicar mediante un supuesto control difuso “con efectos *erga omnes*” los artículos 14, 15, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182 y 186 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, como si se tratara del ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, en violación de los límites y el alcance del control difuso establecido en el artículo 334 de la Constitución.

El control difuso, está contemplado en la Constitución en los siguientes términos:

“Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente”.

Se desprende del citado artículo, y ha sido criterio reiterado de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que el control difuso de la constitucionalidad es aquél que puede ser ejercido por los jueces de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y la ley, cuando, en la decisión de un caso concreto, la norma llamada a aplicar es contraria a la Constitución, debiendo el juez desaplicarla y aplicar la norma constitucional de forma directa y con preferencia.

El control difuso es un mecanismo de control de la constitucionalidad dirigido a desaplicar los actos normativos contrarios a la Constitución, de rango legal o sub-legal, que tiene efectos inter-partes y puede ser ejercido de oficio o a instancia de partes; por ende, es un control incidental que no afecta la vigencia de la ley y sus efectos son *ex tunc*.

En efecto, el control difuso tiene efectos *inter-partes* y no *erga omnes*, es decir, el juez que ejerce el control difuso no anula la norma inconstitucional, haciendo una declaratoria de carácter general o particular en ese sentido (como lo ha pretendido hacer la Sala Constitucional con las sentencias), sino que se limita a desaplicarla en el caso concreto en el que consideró que los artículos de la ley invocada, o hasta la propia ley, coliden con la Constitución.

El criterio que lleva al juez a considerar como inconstitucional determinada norma jurídica únicamente produce efectos en el caso concreto, por lo cual, esa consideración no ocasiona consecuencias inmediatas más allá de la contienda en la que el control difuso se produce, habida consideración de que el juez no se estaría pronunciado sobre la validez de la norma en cuestión con carácter *erga omnes*.

El Tribunal Supremo de Justicia ha ratificado el criterio conforme al cual los efectos del control difuso sólo aplican al caso concreto, sin que ello implique la anulación de la norma desaplicada. Al respecto téngase en cuenta la sentencia número 00124 la Sala Político-Administrativa de fecha 13 de febrero de 2001, por medio de la cual se determinó que en “*la aplicación preferente de la Constitución por los jueces (CRBV: 334) respecto a las interpretaciones de normas subconstitucionales que la contradigan (desaplicación singular: control difuso de la constitucionalidad), lo cual si bien mantiene su validez, ocasiona la*

pérdida de la eficacia de la norma cuestionada para el caso concreto, cuando ello fuera necesario para su solución en el mismo, conforme a la Constitución y dictando las medidas conducentes a tales fines”.

En este sentido, no podría el juez declarar, mediante el control difuso, la nulidad por inconstitucionalidad de una norma que considere contraria a la Constitución, por cuanto, reiteramos, esta facultad sólo la tiene la Sala Constitucional en ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad y mediante la decisión de una acción popular por inconstitucionalidad, del acto normativo que se trate, previa la sustanciación de la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

Ahora bien, mediante las sentencias, la Sala Constitucional pretendió desaplicar por control difuso los artículos 14, 15, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182 y 186 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales (relativos a la elección de representantes indígenas), por considerar que no se correspondían con los principios de la personalización del sufragio y la representación proporcional, consagrados en los artículos 63 y 186 de la Constitución. Sin embargo, ello lo hizo la Sala Constitucional con efectos generales (*erga omnes*), es decir, lo extendió más allá del caso concreto, en una evidente violación de los límites del control difuso de la constitucionalidad.

La Sala Constitucional pretendió eliminar con efectos *erga omnes* 12 dispositivos legales de naturaleza electoral, a través de un supuesto ejercicio del control difuso de la constitucionalidad que no es el establecido en el artículo 334 de la Constitución y que nunca puede tener efectos más allá que respecto de las partes del proceso y nunca el carácter general que sólo el recurso de nulidad por inconstitucional, consagrado en el artículo 336.1 de la Constitución, podría tener.

2.3. De la violación de la naturaleza y alcance de la acción de omisión legislativa establecida en el artículo 336.7 de la Constitución

La Sala Constitucional mediante las sentencias violó el sentido y alcance de la acción por omisión legislativa establecida en el artículo 336.7 de la Constitución, por cuanto no se limitó a declarar la existencia o inexistencia de la omisión del órgano parlamentario, que es el objeto

de este mecanismo de control de la constitucionalidad, antes y por el contrario, en exceso de sus facultades procedió a suplir directamente la omisión, usurpando las funciones propias de la Asamblea Nacional a través de la designación de los integrantes del CNE.

En efecto, al igual que lo hizo en sentencias del 13 de diciembre de 2016, en la del 26 de diciembre de 2014 y antes en los años 2005 y 2003, la Sala Constitucional reitera su conducta de excederse en la facultad constitucional establecida en el artículo 336.7 de la Constitución, el cual sólo le atribuye la competencia para declarar la omisión legislativa, y de ser el caso, pronunciarse sobre los lineamientos necesarios para su corrección, y nombró a los rectores del CNE.

La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa es una modalidad del control de la constitucionalidad por medio de la cual se demanda la inconstitucionalidad del órgano legislativo que, por un tiempo prolongado e indefinido o en violación al lapso establecido en la Constitución, ha permanecido inactivo, de forma total o parcial, en el cumplimiento de su obligación constitucional de dictar leyes u otros actos sin forma de ley que regulen preceptos constitucionales de obligatorio desarrollo, de manera que dichos preceptos o uno de ellos, es ineficaz, en virtud de la omisión total o de la legislación incompleta o defectuosa, con lo cual se produce la vulneración a la Constitución.

La omisión legislativa está caracterizada por la existencia de una disposición constitucional que ordena un determinado comportamiento al legislador -como por ejemplo dictar normas legislativas- y de otra parte, por un comportamiento concreto del legislador que es contrario, en todo o en parte, al ordenado expresamente por el precepto constitucional¹⁴. En ningún supuesto se admite que la Sala Constitucional lleve a cabo las funciones propias del órgano parlamentario (estadal, municipal o nacional) cuya omisión esté conociendo o declarando.

El recurso de omisión legislativa está consagrado en Venezuela en la Constitución de 1999, en el artículo 366, numeral 7 que dispone

¹⁴ Gaetano Silvestri, “Le sentenze integrative de la Corte Costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, pp. 1684-1721, cit. por María Ángeles Ahumada Ruiz, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 8, enero-abril 1991. p. 171

expresamente como atribución de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la de:

“Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.”

De otra parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ)¹⁵ consagra esa competencia de la Sala Constitucional en el artículo 25, numeral 7, en los siguientes términos:

“Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estatal o Nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento con la Constitución de la República, o las haya dictado en forma incompleta, así como las omisiones de cualquiera de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, y establecer el plazo y, si fuera necesario, los lineamientos o las medidas para su corrección”.

Como se puede observar del contenido del artículo 25, la LOTSJ amplió las competencias de la Sala Constitucional más allá de lo previsto en la Constitución, pues la declaró competente para conocer de omisiones no sólo del órgano legislativo, sino además de cualquiera de los órganos que ejerzan el poder público nacional, estatal o municipal, relativas a deberes y obligaciones establecidos directamente por la Constitución.

Ahora bien, de conformidad con la LOTSJ el control de constitucionalidad por omisión legislativa no se refiere únicamente a los supuestos en los cuales no se dicten las leyes exhortadas por el texto constitucional, sino que también en caso de incumplimiento u omisión

¹⁵ Publicada en la Gaceta Oficial número 5.991 del 29 de julio de 2010, y reimpressa en la Gaceta Oficial número 39.483 del 09 de agosto de 2010 y posteriormente en la Gaceta Oficial número 39.522 del 1 de octubre de 2010.

de la Asamblea Nacional en la emisión de otros actos parlamentarios sin forma de ley.

Estos otros actos sin forma de ley son, por ejemplo, el nombramiento o remoción de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República, del Defensor del Pueblo y de los integrantes del CNE; la autorización del nombramiento del Procurador General de la República y de los Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes, entre otros. Así pues, podría el órgano parlamentario incurrir en omisión legislativa al no realizar cualquiera de estos actos ordenados expresamente por la Constitución.

En este orden de ideas, la Sala Constitucional en decisión del 9 de julio de 2002 (Exp. número 01-2337, caso “Alfonso Albornoz Niño y Gloria de Vicentini”), estableció los parámetros de la acción de inconstitucionalidad por omisión en los siguientes términos:

“En un sentido amplio, la acción de inconstitucionalidad por omisión es concebida por la doctrina extranjera como una institución jurídica procesal mediante la cual se demanda la declaratoria de inconstitucionalidad de un órgano del Poder Público que ha omitido (control posterior) cumplir un deber concreto (conducta debida, esperada y jurídicamente establecida) que la Constitución directamente, implícita o explícitamente, le asigna, de manera que el precepto constitucional resulta, total o parcialmente, ineficaz, por falta de desarrollo, con lo cual se produce la vulneración constitucional”.

En la referida sentencia, la Sala Constitucional resaltó además la inclusión del recurso de omisión legislativa en la Constitución de 1999 mediante la cual puede determinar *“la inconstitucionalidad, no de un acto, sino de la conducta negativa, de la inercia o inactividad en que haya incurrido algún órgano del poder legislativo al no adecuar su conducta, en absoluto o parcialmente, al cumplimiento de una obligación suya de dictar una norma o una medida indispensable (lo que implica la eficacia limitada del precepto constitucional) para garantizar el cumplimiento de la Constitución”.*

Asimismo, mediante sentencia de fecha 28 de abril de 2003, caso “Provea”, la Sala Constitucional, en el momento de decidir el recurso por omisión legislativa parcial del órgano legislativo por la regulación “incompleta” de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, determinó en primer lugar, que el control de la constitucionalidad por omisión, en el marco de la jurisdicción constitucional venezolana, no se limita al control de las omisiones formalmente legislativas, sino a la inactividad en el ejercicio de cualquier competencia de rango constitucional, esto es, ante la ausencia de cumplimiento de toda obligación debida, cuando dicho cumplimiento deba realizarse en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Como señala Brewer-Carías, en todos estos casos, la Sala Constitucional podrá declarar la inconstitucionalidad de la omisión legislativa y exhortar a la Asamblea a realizar la conducta omitida, sin embargo, así como en caso de omisión de la sanción de leyes, la Sala, evidentemente no podría sustituir al legislador en sus funciones y dictar la ley respectiva, tampoco lo podría hacer en el caso de nombramiento de los altos funcionarios, como lo hizo a través de las sentencias, ya que dicha facultad pertenece al órgano legislativo, por mandato constitucional¹⁶.

En Venezuela, de acuerdo a la Constitución, la LOTSJ y la jurisprudencia este es un medio de control de la constitucionalidad que tiene por objeto controlar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas y, también, la inconstitucionalidad que deriva de la inactividad en el ejercicio de cualquier competencia u obligación en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por parte de cualquiera de los órganos del poder público nacional, estatal o municipal.

El proceso para conocer el recurso de omisión legislativa está regulado en la LOTSJ. En efecto, tal y como lo establece el artículo 128 de la LOTSJ: *“Hasta tanto se dicte la ley que regula la Competencia Constitucional, las demandas a que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9 y 17 del artículo 25 de esta Ley se tramitarán conforme a lo*

¹⁶ Allan Brewer-Carías, “El control de la constitucionalidad de la omisión Legislativa y la sustitución del legislador por el juez constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del poder electoral en Venezuela”, disponible en: <http://allanbrewercarias.net/dev/wp-content/uploads/2009/06/II-4-593.-ELCONTROL-DE-CONSTITUCIONALIDAD-POR-OMISIO%CC%81N-Y-EL-CASO-DEL-PODER-ELECTORAL.doc.pdf>

que dispone este capítulo”, refiriéndose dicha norma, al Capítulo III, titulado “De los Procesos ante la Sala Constitucional”, que contiene los artículos que regulan desde los requisitos de la demanda hasta la conclusión del debate procedimental (artículos 128 al 145) que permite a los Magistrados dictar la decisión oportuna en los procesos constitucionales ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y que fue desarrollado en el Capítulo III del presente libro, relativo al ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad.

Tengamos en cuenta que este procedimiento no se cumplió para dictar las sentencias, por el contrario, la Sala Constitucional decidió arbitrariamente declarar la causa de “mero derecho”, y en violación al debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución, así como en los precitados artículos 128 al 145 de la LOTSJ, emitió pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado, sin intervención de la parte demandada, ni de proceso probatorio alguno que garantizara el derecho a la defensa establecido en el artículo 49 de la Constitución.

2.3.2. Contenido, efectos y límites de la decisión del recurso de omisión legislativa

En la decisión del recurso de omisión legislativa, el juez constitucional está llamado, en primer lugar, a declarar si existe o no inconstitucionalidad por omisión del órgano parlamentario. Ahora bien, en caso de que se constate por la Sala Constitucional que el poder legislativo municipal, estatal o nacional haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado de forma incompleta, la Sala Constitucional deberá establecer el plazo y de ser necesario, los lineamientos de su corrección, de conformidad con el artículo 336.7 de la Constitución.

En el orden de ideas se ha pronunciado la Sala Constitucional al determinar que *“De acuerdo con la norma, el efecto de la declaratoria (y de la sentencia que la contenga) es el establecimiento de un plazo para corregir la inconstitucionalidad declarada. Podrá el juzgador, “de ser necesario”, establecer “los lineamientos de su corrección”.*

Asimismo, ha señalado la Sala Constitucional que puesto que la Constitución no señala *“el alcance de los lineamientos para la*

corrección de la omisión, estos parecen quedar al arbitrio de la SC, ajustados a derecho”.

Ahora bien, que los jueces constitucionales estén llamados a resolver o corregir las omisiones de los órganos legislativos, no significa que les esté permitido sustituir al legislador ni promulgar leyes. Los jueces constitucionales no poseen base ni legitimación política discrecional alguna que les dé potestades para crear normas legales, de modo que solo pueden acordar lineamientos para la corrección de la omisión legislativa que se deriven inmediatamente de la Constitución.¹⁷

De otra parte, la Sala Constitucional en sentencia de fecha 04 de agosto de 2003, se pronunció sobre los efectos en el tiempo de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, y estableció su carácter provisorio de la siguiente forma: *“Igualmente, debe esta Sala recordar que, conforme a la jurisprudencia de la misma (sentencia N° 1556/2002; caso Fiscal General de la República), las decisiones emanadas de las acciones de inconstitucionalidad por omisión y en que la SC, en virtud del mantenimiento de la integridad, efectividad y la supremacía constitucional, consagradas en los artículos 334 y 335 constitucionales, llene los vacíos que puedan hacer inoperantes a las instituciones desde el punto de vista constitucional en virtud de tal omisión, tienen carácter estrictamente provisorias, hasta tanto el órgano a quien se le imputa la omisión, cumpla con su obligación constitucional, y así se declara”.*

Ahora bien, el poder del juez constitucional en la sustanciación y decisión del recurso de omisión legislativa, al igual que al principio de respeto a la Constitución y al bloque de la constitucionalidad y de la convencionalidad, estará sometido también y de manera especial en esta modalidad de control al principio de separación de poderes y a los límites derivados del medio de impugnación, esto es: a la declaratoria de la omisión legislativa del poder legislativo municipal, estatal o nacional, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección. Al respecto téngase en cuenta que *“los jueces constitucionales pueden ayudar al Legislador a llevar a cabo sus funciones;*

¹⁷ Allan Brewer-Carías, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo XIV, Fundación Estudios de Derecho Público, Editorial jurídica Venezolana, Caracas, 2015. p. 77

*sin embargo, no pueden sustituirlo ni promulgar leyes, ni poseen base política discrecional alguna para crear normas legales o disposiciones que no puedan ser deducidas de la Constitución misma*¹⁸.

En efecto, para decidir el recurso por omisión legislativa el juez constitucional tiene la obligación no sólo de hacer eficaz el precepto constitucional que ha exhortado el desarrollo legislativo que se omite, sino también de reparar la inconstitucional omisión, sin violar el principio de división de poderes o la libertad del legislador.

En ningún caso procede que el Tribunal Constitucional dicte las normas omitidas, porque nunca se aceptaría en un Estado democrático de derecho que un cuerpo distinto al parlamento, que es el representante de la voluntad general, sea el que dicte las leyes, que es la esencia de la soberanía popular.

En efecto, la legitimidad democrática de la ley en el Estado constitucional privilegia esa fuente respecto de cualquier otra, convirtiendo de esta forma la voluntad del legislador en irremplazable, lo que quiere decir que no puede ser sustituida ni siquiera por una decisión del juez so pretexto de la Constitución.

Como lo ha determinado la doctrina, en los casos de omisión legislativa la Sala Constitucional no podría sustituirse en el órgano legislador y dictar la ley respectiva, obviando los pasos constitucionales fundamentales que pueden permitir la sanción de una ley, y que son, primero, la intervención del órgano de representación popular integrado por diputados electos, sin lo cual un acto normativo nunca podría llegar a ser ley, salvo que se emita por delegación legislativa, de conformidad con el artículo 202 de la Constitución; segundo, que para la sanción se siga el procedimiento constitucionalmente prescrito para la formación de las leyes, con dos discusiones de los diputados, previstas en los artículos del 207 al 211 de la Constitución, y tercero, que se garantice el derecho ciudadano a la participación política mediante la consulta popular previa de los proyectos de ley antes de la sanción, de conformidad con el artículo 206 de la Constitución.

Tampoco puede el juez sustituir la voluntad del órgano legislativo en el ejercicio de otras competencias que la Constitución le ha

¹⁸ Allan Brewer-Carías, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo XIV, ob. cit. p. 77.

encomendado por ser el máximo representante de la voluntad popular, como es el caso de la elección o designación de los titulares de los órganos del Poder Público de rango constitucional, tales como el Fiscal General de la República, los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia o los rectores del CNE; ni tampoco prescindir del procedimiento constitucional y legalmente establecido para ello.

El caso es de extrema gravedad porque el supuesto incumplimiento estaría además causado por la propia acción judicial; la Sala Electoral declara el desacato y anula al Parlamento de manera total e indefinida; la Sala constitucional ratifica esta decisión que impide a la Asamblea ejercer sus competencias y en base a esto la declara en una omisión que ella misma genera, para sustituirse y arrebatarle sus competencias.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha excedido, ya muchas veces y cada vez con más frecuencia, sus facultades en la decisión de las omisiones legislativas, de modo que no solo ha declarado su existencia sino que además, en violación de la Constitución, especialmente del principio de separación de poderes y de la legalidad, consagrados en los artículos 136 y 137 -respectivamente- de la Constitución, se ha auto atribuido los poderes del órgano parlamentario de cuya omisión se conoce para suplir la omisión inconstitucional.

En efecto, téngase como ejemplo las sentencias número 2231 del 23 de septiembre de 2002 y número 2073 del 04 de agosto de 2003, mediante las cuales la Sala Constitucional decidió designar el suplente del Fiscal General de la República y los rectores del CNE, respectivamente. Reiteramos que la Constitución no permite a la Sala Constitucional designar altos funcionarios públicos cuyo nombramiento está atribuido exclusivamente a la Asamblea Nacional. En efecto, el artículo 336.7 de la Constitución, como hemos señalado anteriormente, solo atribuye a la Sala Constitucional la competencia para declarar la omisión legislativa, y de ser el caso, pronunciarse sobre los lineamientos necesarios para su corrección. En ningún supuesto se admite que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia lleve a cabo las funciones propias del órgano parlamentario (estadal, municipal o nacional) cuya omisión esté conociendo o declarando.

Las sentencias son otro ejemplo grave de ese exceso del juez constitucional. A través de ellas se ha distorsionado la naturaleza y alcance

del recurso de omisión legislativa, por cuanto se ha pretendido, no solo decretar la existencia de una supuesta omisión legislativa de la Asamblea Nacional, órgano al cual no se le ha permitido ejercer sus funciones desde hace ya casi cuatro años con motivo de un supuesto desacato no contemplado en el ordenamiento jurídico venezolano, sino que además con las sentencias se persiguió anular las potestades constitucionales de un órgano del Poder Público como lo es la Asamblea Nacional, a través de la inconstitucional declaratoria del desacato, en violación de los artículos 136 y 137 de la Constitución; usurpar las facultades propias de la Asamblea Nacional en la designación de los rectores del CNE y demás integrantes de los órganos subalternos del CNE, en violación del artículo 296 de la Constitución y por consecuencia, en violación también del derecho democrático de participación en los asuntos políticos, consagrado en los artículos 5, 6, 62, 70, 295 y 296 de la Constitución y artículos 1 y 6 de la Carta Democrática Interamericana; usurpar las potestades legislativas de la Asamblea Nacional en la regulación de la materia electoral, en violación de los artículos 156.32 y 187.1; y anular los artículos 14, 15, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182 y 186 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, a través del control difuso de la constitucionalidad “con efectos erga omnes”, como si tratase de un control concentrado de la constitucionalidad, el cual sólo puede ser decidido con motivo del recurso de nulidad por inconstitucionalidad, establecido en el artículo 336.1 de la Constitución.

Por todas las anteriores consideraciones, contra estas sentencias se ha manifestado tanto la comunidad nacional como la internacional. En Venezuela se han pronunciado la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, mediante pronunciamiento de fecha 18 de junio de 2020; las Academias Nacionales, mediante pronunciamiento interacadémico de fecha 18 de junio de 2020¹⁹.

En el ámbito internacional el Grupo de Lima rechazó la “designación ilegal” de los rectores del CNE en Venezuela por parte del Tribunal

¹⁹ Academias Nacionales, “Pronunciamiento interacadémico en vista de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia designando los rectores del Consejo Nacional Electoral y sus órganos subalternos, e interviniendo varios partidos políticos”. Caracas, 18 de junio de 2020.

Supremo de Justicia y expresó que este hecho “socava las garantías mínimas necesarias” para realizar elecciones en el país²⁰; así también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos, rechazó enérgicamente el conjunto de decisiones de la Sala Constitucional por atentar contra la institucionalidad democrática en perjuicio de las libertades fundamentales y los derechos humanos y exhortó a que se retomen los mecanismos constitucionales para el restablecimiento del Estado de Derecho²¹; por último, la Unión Europea, a través de comunicado del Alto Representante de Política Exterior, Josep Borrell, igualmente rechazó la sentencias del Tribunal Supremo de Justicia señalando que reducen al mínimo el espacio democrático en el país²².

3. CONCLUSIONES

Las sentencias números 68, 69 y 70 dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia son inconstitucionales, toda vez que:

- 1) Violan el principio de separación de poderes y el principio de legalidad consagrados en los artículos 136 y 137, respectivamente, de la Constitución, por cuanto:
 - anulan las potestades constitucionales de la Asamblea Nacional, a través de la inconstitucional declaratoria del desacato, en violación de los artículos 136 y 137 de la Constitución;
 - usurpan las funciones propias y exclusivas de la Asamblea Nacional de designar los rectores del CNE y demás integrantes de los órganos subalternos del CNE, en violación del artículo 296 de la Constitución, y por consecuencia, violan

²⁰ Véase comunicado del Grupo de lima del 16 de junio de 2020, disponible en: <https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/publiques/comunicado-grupo-lima-10>

²¹ Véase comunicado de prensa número 151/2020: “La CIDH rechaza un conjunto de decisiones recientes del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que atenta contra la institucionalidad democrática y las libertades fundamentales”, 27 de junio de 2020, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/151.asp>

²² Véase: “Reino Unido aseguró que nombramiento del CNE «socava el proceso democrático en Venezuela»”, en *Tal Cual*, 17 de junio de 2020. Disponible en: <https://talcualdigital.com/ue-decisiones-del-tsj-reducen-espacio-democratico-en-venezuela/>

- el derecho democrático de participación en los asuntos políticos, consagrado en los artículos 5, 6, 62, 70, 295 y 296 de la Constitución y artículos 1 y 6 de la Carta Democrática Interamericana; y
- usurpan las potestades legislativas de la Asamblea Nacional en la regulación de la materia electoral, en violación de los artículos 156.32 y 187.1.
- 2) Violan los límites y alcance del control difuso de la constitucionalidad, consagrado en el artículo 334 de la Constitución.
 - 3) Violan la naturaleza y alcance del recurso de omisión legislativa, establecida en el artículo 336.7 de la Constitución.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, “Dictamen sobre la necesaria independencia e imparcialidad del Consejo Nacional Electoral como garantía esencial para la realización de elecciones libres y democráticas”, del 03 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/>
- _____, “Pronunciamiento con relación a las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que designó a los integrantes del Consejo Nacional Electoral y los órganos electorales subalternos, y que intervino varios partidos políticos”, del 18 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamentos/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-con-relacion-a-las-sentencias-de-la-sala-constitucional-del-tribunal-supremo-de-justicia/>
- ACADEMIAS NACIONALES, “Pronunciamiento interacadémico en vista de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia designando los rectores del Consejo Nacional Electoral y sus órganos subalternos, e interviniendo varios partidos políticos”. Caracas, 18 de junio de 2020.
- BADELL MADRID, Rafael, “Poderes del juez constitucional”. Conferencia dictada en el *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo en Homenaje al Dr. Carlos Ayala Corao*. Universidad Monteávila. Caracas, 11 de noviembre de 2016. Publicada en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales número 155, Año 2016. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/>

BREWER-CARÍAS, Allan, “La democracia representativa y la falacia de la llamada “democracia participativa,” en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Coordinador), *Estudios de Derecho Electoral*. Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho, Facultad de Estudios Superiores Aragón, Facultad de Derecho Y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2011.

_____, “El control de la constitucionalidad de la omisión Legislativa y la sustitución del legislador por el juez constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del poder electoral en Venezuela”, disponible en: <http://allanbrewercarias.net/dev/wp-content/uploads/2009/06/II-4-593.-ELCONTROL-DE-CONSTITUCIONALIDAD-POR-OMISIO%CC%81N-Y-EL-CASO-DEL-PODER-ELECTORAL.doc.pdf>

_____, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo XIV, Fundación Estudios de Derecho Público, Editorial jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Comunicado de prensa número 151/2020: “La CIDH rechaza un conjunto de decisiones recientes del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que atenta contra la institucionalidad democrática y las libertades fundamentales”, 27 de junio de 2020, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/151.asp>

FERNÁNDEZ MASÍS, Héctor “El proceso electoral”, en *Revista de Derecho Electoral* número 1, Primer Semestre, Costa Rica, 2005. Disponible en: <http://www.tse.go.cr/revista/art/1/fernandez.pdf> 37

SILVESTRI, Gaetano “Le sentenze integrative de la Corte Costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981.

COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL POR MEDIO DE LAS CUALES SE INTERVINIERON LOS PARTIDOS POLÍTICOS ACCIÓN DEMOCRÁTICA, PRIMERO JUSTICIA Y VOLUNTAD POPULAR RAFAEL BADELL MADRID*

SUMARIO

1. De las sentencias 71, 72 y 77 de la Sala Constitucional. 2. Inconstitucionalidad de las sentencias 71, 72 y 77 de la Sala Constitucional. 2.1 Violación del derecho de asociarse con fines políticos, el derecho a la participación política, y de los principios y valores democráticos de libertad y el pluralismo político. 2.2 Violación de la naturaleza y alcance del amparo constitucional para la protección de intereses colectivos y difusos. 2.3 Violación al debido proceso. 2.3.1 Incompetencia. Usurpación de las competencias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. 2.3.2. Violación del carácter cautelar y el carácter de provisionalidad de las medidas cautelares. 3. Conclusiones

* Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor Titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau.

1. DE LAS SENTENCIAS 71, 72 Y 77 DE LA SALA CONSTITUCIONAL

En fecha 15 de junio de 2020, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de la sentencia número 71, dictó medida cautelar de tutela constitucional en el curso de un proceso de amparo contra las “*vías de hecho y negativa de las autoridades del partido político Acción Democrática, teniendo como máximas autoridades en las personas de Isabel Carmona de Serra, Henry Ramos Allup y Bernabé Gutiérrez*”, accionado por los ciudadanos Otto Marlon Medina Duarte y Jesús María Mora Muñoz, militantes activos del referido partido político, por la supuesta violación de los derechos a la participación política y a la asociación con fines políticos, consagrados en los artículos 62, 63, 67 y 70 de la Constitución.

Alegaron los accionantes que los ciudadanos Isabel Carmona de Serra, Henry Ramos Allup y Bernabé Gutiérrez, “*atropellan su militancia cambiando a su antojo y libre albedrío a los directivos de la organización en los estados o seccionales como también se denominan las directivas regionales, (...), se niegan a convocar el proceso electoral interno de dicha organización política, negándoles su derecho a elegir y ser elegidos, previstos en los artículos 61 y 63 de la Constitución*”. Así mismo denunciaron que las acciones políticas de Acción Democrática desconocen los derechos políticos establecidos en los artículos 62, 63, 67 y 70 de la Constitución “*al establecer criterios por encima de lo resuelto por las bases y de la estructura de la mencionada organización política*”.

La medida cautelar dictada por la Sala Constitucional a través de la sentencia número 71 consistió en:

- Suspender la actual Dirección Nacional de la organización con fines políticos Acción Democrática.

- Nombrar una Mesa Directiva ad hoc para llevar adelante el proceso de reestructuración necesario de la organización con fines políticos Acción Democrática, presidida por el ciudadano Bernabé Gutiérrez y que estará conformada por un Presidente, un Secretario General Nacional y un Secretario Nacional de Organización que cumplan las funciones directivas y de representación de la organización con fines políticos Acción Democrática; así como la designación de autoridades regionales, municipales y locales. Para ello, la Sala instruyó al ciudadano Bernabé Gutiérrez, en su condición de presidente de la Mesa Directiva ad hoc, para que complete la lista de dicha directiva con sus cargos y la consigne ante la Sala dentro del lapso de ocho (8) días contados a partir de la publicación del fallo. Dicha Mesa Directiva ad hoc podrá utilizar la tarjeta electoral, el logo, símbolos, emblemas, colores y cualquier otro concepto propio de la organización con fines políticos Acción Democrática.
- Suspender de manera provisional los actos de expulsión o exclusión partidista, suspensión, entre otros, efectuados por los directivos de la dirección nacional política de la organización con fines políticos Acción Democrática contra sus militantes y, específicamente, las que recaen sobre los ciudadanos accionantes.

Posteriormente, en fecha 16 de junio de 2020, la Sala Constitucional, con ponencia del Magistrado Arcadio Delgado Rosales, dictó sentencia número 72 mediante la cual decretó medida cautelar en el marco de un amparo constitucional contra las “*vías de hecho*” realizadas por parte de las máximas autoridades del partido “*MOVIMIENTO PRIMERO JUSTICIA*”, a saber, los ciudadanos Julio Andrés Borges, Tomás Ignacio Guanipa Villalobos y Edinson Antonio Ferrer Delgado”, accionado por los ciudadanos José Dionisio Brito y Conrado Pérez Linares, militantes activos del referido partido político, por la presunta violación de los numerales 1, 2, 3 y 6 del artículo 49 de la Constitución, así como de los artículos 62, 63, 67 y 70 *eiusdem* relativos a los derechos a la defensa, al debido proceso, a la presunción de inocencia, a ser oído, a la participación política, al sufragio, asociación con fines políticos, participación política y social.

De acuerdo con los demandantes, la acción de amparo constitucional está fundamentada en que “(...) *las autoridades del partido político MOVIMIENTO PRIMERO JUSTICIA (...) POR VÍAS DE HECHO atropellan a su militancia cambiando a su antojo y libre albedrío (sic) a los directivos de la organización, a toda la estructura organizativa del partido a nivel nacional, a sus dirigentes y militancia, a quienes afilian y desafilian a (sic) sin cumplir con el procedimiento estatutario correspondiente, y de manera reiterada se niegan a convocar el proceso electoral interno de [su] organización y ejercen arbitraria, ilegal e inconstitucionalmente un poder absoluto sin respetar los derechos políticos consagrados y garantizados en nuestra carta magna*”, desconociendo los derechos políticos establecidos en los artículos 62, 63, 67 y 70 de la Constitución; y en que “(...) *en fecha 30 de noviembre de 2019 fu[eron] sancionados con la suspensión de [su] militancia política así como de la fracción parlamentaria de [su] partido por la junta directiva ante[s] señalada violando [su] garantía constitucional al debido proceso, a la defensa y a la presunción de inocencia*”, establecidos en el artículo 49 de la Constitución.

La medida cautelar decretada en la sentencia número 72 consistió exactamente en las mismas medidas ya mencionadas con relación a Acción Democrática, pero esta vez respecto de la organización con fines políticos “Movimiento Primero Justicia”, haciendo la salvedad que para presidir la *Junta Directiva ad hoc* de Primero Justicia fue designado el ciudadano José Dionisio Brito, como “Coordinador Nacional”.

Cabe destacar que ambas sentencias respondieron a la solicitud de amparo constitucional que luego fue calificada sobrevenidamente por la propia Sala Constitucional como un amparo para la protección de intereses difusos y colectivos, con la evidente finalidad de poder declarar su competencia de conformidad con el artículo 25.21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹.

En efecto, tanto en la sentencia número 71 como en la 72, la Sala Constitucional declaró que:

¹ Publicada en la Gaceta Oficial número 5.991 del 29 de julio de 2010, y reimpressa en la Gaceta Oficial número 39.483 del 09 de agosto de 2010 y posteriormente en la Gaceta Oficial número 39.522 del 1 de octubre de 2010.

“(…), como quiera que en el presente caso se denuncia como vulnerado los derechos a la participación política y a la asociación con fines políticos de los militantes del referido partido político, los cuales se encuadra dentro del conjunto de libertades de carácter supraindividual cuya trascendencia y repercusión para el colectivo resulta subsumible en la esfera de los derechos o intereses difusos o colectivos, esta Sala se declara competente para conocer de la acción de amparo constitucional interpuesta”.

Más recientemente, en fecha 07 de julio de 2020, la Sala Constitucional, con ponencia del Magistrado Luis Fernando Damiani Bustillos, dictó la sentencia número 77 por medio de la cual decretó medida cautelar en el marco de un amparo constitucional incoado por los ciudadanos José Gregorio Noguera Figueroa y Lucila Angela Pacheco Bravo.

Al igual que las sentencias 71 y 72, en la sentencia número 77 la Sala Constitucional ordenó la suspensión de la actual Dirección Nacional de una organización con fines políticos, en esta ocasión se trató de Voluntad Popular. Así también ordenó nombrar una Junta Directiva Ad Hoc para llevar adelante el proceso de reestructuración “necesario” de la organización con fines políticos Voluntad Popular, la cual será presidida por el ciudadano José Gregorio Noriega Figueroa, como presidente; y que estará además conformada por el ciudadano Guillermo Antonio Luces Osorio, como secretario general; y la ciudadana Lucila Angela Pacheco Bravo, como secretaria de organización; para que cumplan las funciones directivas y de representación de la organización con fines políticos “Movimiento Voluntad Popular”; así como la designación de autoridades regionales, municipales y locales.

Las demás medidas decretadas en la sentencia número 77 son exactamente las mismas que las dictadas en las sentencias 71 y 72, pero con relación al partido político Voluntad Popular, tales como que dicha Junta Directiva Ad Hoc podrá utilizar la tarjeta electoral, el logo, símbolos, emblemas, colores y cualquier otro concepto propio de la organización con fines políticos Voluntad Popular y la suspensión de manera provisional los actos de expulsión o exclusión partidista, suspensión, entre otros, efectuados por los directivos de la dirección nacional política de la organización con fines políticos Voluntad Popular contra sus militantes y, específicamente, las que recaen sobre los ciudadanos accionantes.

Las referidas sentencias números 71, 72 y 77 de la Sala Constitucional (en lo sucesivo “las sentencias”) son inconstitucionales toda vez que:

- 1) Violan el derecho constitucional de asociación con fines políticos y el derecho a la participación política, y, en consecuencia, violan los principios y valores democráticos de libertad y el pluralismo político establecidos en los artículos 2, 5, 6, 62, 64, 67 y 70 de la Constitución y 1, 3 y 6 de la Carta Democrática Interamericana;
- 2) Violan la naturaleza y alcance del amparo constitucional para la protección de intereses colectivos y difusos establecido en el artículo 27 de la Constitución y en el artículo 25.21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.
- 3) Violan el debido proceso cuando usurpan las competencias propias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en violación de los artículos 49 de la Constitución y 27. 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y violan, además, el carácter cautelar e instrumental que se predica de las medidas cautelares.

2. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS SENTENCIAS 71, 72 Y 77 DE LA SALA CONSTITUCIONAL

2.1. Violación del derecho de asociación con fines políticos, el derecho a la participación política y los principios y valores democráticos de libertad y el pluralismo político

En Venezuela, el régimen de los partidos políticos está regulado ampliamente en el texto constitucional. El artículo 2 define al Estado venezolano como democrático y regido por los valores fundamentales de la democracia y el pluralismo político; el artículo 3, establece como fin esencial del Estado el ejercicio democrático de la voluntad popular; el artículo 5 consagra el principio de la soberanía popular, la cual se 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; el artículo 6 define al gobierno venezolano como democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo,

responsable, pluralista y de mandato revocable; el artículo 62 establece el derecho de todos los ciudadanos de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas, así como la obligación del Estado de facilitar las condiciones que favorezcan la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública; el artículo 64 consagra el derecho de los venezolanos a elegir y ser elegidos; el artículo 67 establece el derecho de todos los ciudadanos de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección; y el artículo 70 contempla los medios de participación política y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía.

Pero también los partidos políticos encuentran protección en los tratados y convenios internacionales suscritos válidamente por la República, como por ejemplo, la Carta Democrática Interamericana, que establece no sólo el derecho de los pueblos americanos de vivir en democracia² sino también contiene la consagración expresa de la obligación de los Estados de promover y proteger la participación de los partidos políticos en dicha democracia.

En efecto, conforme al artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas es un *elemento esencial* de la democracia. En este sentido, la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos consagran el derecho de los ciudadanos a formar partidos políticos libres. Los partidos están al servicio de la democracia y de los ciudadanos.

Los partidos políticos ejercen la muy importante función de canalizar la participación de los ciudadanos en la orientación política nacional y precisamente para ejercer esa función es menester que cuenten con libertad para autoorganizarse, lo que implica la libertad para estructurarse y dotarse de normas de funcionamiento de manera autónoma.

Esa libertad está expresamente consagrada en el artículo 67 de la Constitución que dispone que “*Todos los ciudadanos y ciudadanas*

² Artículo 1. Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

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”.

Asimismo, el artículo 2 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones³, dispone que los partidos políticos son agrupaciones de carácter permanente, cuyos miembros convienen en asociarse para participar por medios lícitos en la vida política del país, conforme a los programas y estatutos libremente acordados por ellos.

De acuerdo lo previsto en el artículo 2 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, la jurisprudencia ha entendido que la designación de los candidatos de los partidos políticos para optar a los cargos de elección popular es un problema que incumbe a la vida interna de los partidos y ello se rige por programas y estatutos libremente acordados por sus asociados (véase sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 1º de diciembre de 1993).

Estas disposiciones no tienen otro propósito que el de asegurar la participación de los afiliados o militantes de los partidos políticos en la toma de decisiones y en el control de su funcionamiento interno; así como limitar el control y la intervención del Estado en dichas organizaciones.

De esta forma, las obligaciones impuestas a los militantes de un partido político son las consecuencias de un libre pacto de asociación, por lo que mal podría la Sala Constitucional intervenir en ese pacto, y someter a los partidos políticos a su proyecto político propio, tal y como lo hace a través de las sentencias números 71, 72 y 77 que se comentan, y como ya lo ha hecho en el pasado para intervenir otras asociaciones con fines políticos, como por ejemplo, mediante la sentencia número 1023 del 30 de julio de 2015, por la cual intervino el Partido Social Cristiano COPEI, igualmente mediante el nombramiento de una Junta Directiva ad hoc a la cual le otorgó las más amplias facultades de dirección y organización de dicho partido político.

³ Gaceta Oficial número 6.013 extraordinario de fecha 23 de diciembre de 2010.

Las funciones atribuidas por la Constitución a los partidos políticos son canalizadas a través de la propia organización de los particulares, quienes en definitiva determinarán en qué forma o bajo qué ideología quieren dirigir el destino político del país, de manera que sólo le está permitido al Estado ejercer una función contralora que versará esencialmente en que esa participación de las asociaciones con fines políticos se haga por métodos democráticos y de acuerdo a los parámetros fijados en la legislación que regula su actividad⁴. Sólo en un Estado totalitario se admitiría mayor intervención.

Así pues, es tal la trascendencia de la función que cumplen las asociaciones políticas en la esfera pública del Estado, a través de la guarda del pluralismo político y el correcto funcionamiento de la democracia, que cualquier restricción que pueda imponer el Estado a dichas organizaciones políticas debe estar expresamente en la Constitución y la ley.

Al respecto téngase en cuenta el comunicado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante el cual señaló que las juntas directivas de los partidos políticos en Venezuela “*tienen un poder de decisión importante con respecto al rumbo general de las asociaciones políticas, el sistema de postulaciones y las listas de candidatos que pueden concurrir en la contienda electoral; de ahí que corresponda a los procesos internos de cada partido la designación de su junta directiva*”⁵.

Ahora bien, todos estos criterios han sido desconocidos por la Sala Constitucional a través de las sentencias, desde que las mismas intervinieron directamente los partidos políticos Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular, a través del nombramiento no de una Junta o mesa directiva ad hoc, que ya sería inadmisibles, sino aún peor, designando al presidente de esos partidos políticos a quien delega la facultad de completar esa junta ad hoc con su sola voluntad, y atribuyéndole a dicha junta directiva la competencia para designar autoridades

⁴ Diana González, “Naturaleza jurídica de los partidos políticos y de los actos que de ellos emanan”, en *Revista de Derecho Público*, número 67-69, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RD-PUB/67-68/rdpub_1996_67-68_15-43.pdf

⁵ Véase comunicado de prensa número 151/2020: “La CIDH rechaza un conjunto de decisiones recientes del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que atenta contra la institucionalidad democrática y las libertades fundamentales”, 27 de junio de 2020, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/151.asp>

regionales, municipales y locales, con prescindencia total y absoluta de la voluntad y el derecho de participación de los militantes de dichas asociaciones con fines políticos.

La Sala Constitucional mediante las referidas sentencias violó el artículo 67 de la Constitución dispone que los organismos de dirección, así como los candidatos a cargos de elección popular, serán seleccionados en elecciones internas con la participación de sus integrantes.

Así también, por vía de consecuencia, las sentencias son inconstitucionales por cuanto violan el principio del Estado democrático y los valores superiores del ordenamiento jurídico venezolano como la libertad, la democracia y el pluralismo político, consagrados en los artículos 2, 5, 6, 62 y 70 de la Constitución.

A través de estas sentencias se anula la participación efectiva de la ciudadanía en los asuntos políticos que constitucionalmente se encausa a través de los partidos políticos. En efecto, la Sala Constitucional atenta contra el derecho democrático de participación política de los integrantes de Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular, desde que la facultad para elegir los organismos de dirección de las asociaciones con fines políticos corresponde única y exclusivamente a los militantes de dichos partidos políticos a través de elecciones internas, e indirectamente lesiona las bases y valores democráticos del Estado venezolano.

La democracia, concebida como el derecho del pueblo de conducir los asuntos políticos del país, exige la participación de todos los ciudadanos, bien directa o indirectamente, a través de sus representantes, de conformidad con los medios y mecanismos dispuestos en el ordenamiento constitucional de que se trate.

El derecho a la democracia no se limita al ejercicio del sufragio para la elección directa de los gobernantes, sino que supone también el derecho de poder participar libremente en los asuntos públicos, lo cual está regulado en nuestra Constitución en los artículos 62⁶

⁶ Artículo 62. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.

y 70⁷; pero la democracia además se fundamenta en la definición constitucional que se hace del Estado venezolano como un estado democrático en el artículo 2, así como en el principio de la soberanía popular consagrado en el artículo 5 *eiusdem*, según el cual “*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*”.

Así pues, la participación política de los ciudadanos, como de las agrupaciones políticas, es un elemento fundamental del Estado democrático, sin el cual no existiría legitimidad democrática ni titularidad popular del poder.

Tal y como lo dispone el artículo 2 de la Carta Democrática Interamericana: “*El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional*” (énfasis añadido). Asimismo establece el artículo 6 de la referida Carta que la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo, además de ser un derecho es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia.

De esta forma, el Estado será realmente democrático en la medida en que permita la participación efectiva de los ciudadanos en los procesos políticos y sociales del país, a través de mecanismos constitucionales y legales que garanticen dicha participación.

⁷ Artículo 70. Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad. La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.

Pero además será democrático en tanto no obstaculice y, por el contrario, promueva el pluralismo político a que se refiere el artículo 2 de la Constitución, que implica, entre otras cosas, el derecho de la mayoría a gobernar y el derecho de la minoría a no ser atropellada.

En efecto, el pluralismo político comprende una manifestación de libertad por la cual convergen las distintas ideologías y pensamientos políticos que existen en una sociedad determinada, y cuya principal forma de expresión son, precisamente, los partidos, organizaciones o asociaciones con fines políticos.

La participación ciudadana, a través de los partidos políticos o asociaciones con fines políticos, constituye una actividad de interés general para la consolidación de la democracia, en la medida en que a través de los partidos políticos los ciudadanos pueden canalizar sus convicciones en lo que a la conducción política nacional se refiere, por lo que no puede la Sala Constitucional ni ningún otro órgano del Estado, suspender, intervenir ni anular su libre funcionamiento sin causa legal o constitucional que lo permita.

Las sentencias representan entonces una violación del libre desarrollo del proceso democrático, *“a la vez que se reducen los espacios democráticos al desconocer los procesos internos de los partidos políticos cuyo funcionamiento se encuentra amparado por el derecho de asociación y de participación política”*, como lo ha afirmado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸.

2.2. Violación de la naturaleza y alcance del amparo constitucional para la protección de intereses colectivos y difusos

La Sala Constitucional calificó sobrevenidamente las acciones autónomas de amparo constitucional interpuestas contra las asociaciones con fines políticos Acción Democrática y Primero Justicia, como *“amparo constitucional para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos”*, con el fin de poder declararse competente y decidir las acciones incoadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.21

⁸ Véase comunicado de prensa número 151/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos citado.

de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Es este proceder un claro ejemplo de la desviación del poder, pues la finalidad de la recalificación no es otra que la de justificar una competencia de la que carecía el sentenciador de haberse atendido a los términos de la acción presentada.

En efecto, ya la Sala Constitucional ha admitido en varias ocasiones los límites a su competencia en materia de amparo constitucional, al señalar que ella *“sólo es competente para conocer de las acciones de amparo intentadas contra los altos funcionarios a que se contrae el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, de acuerdo con el desarrollo y en la extensión que de dicha norma ha realizado esta misma Sala y, de aquellas acciones intentadas para la protección de intereses difusos y colectivos”*, por lo cual en los casos en que dichas acciones no sean las planteadas *“resulta forzoso para esta Sala declarar su incompetencia”* (véase sentencia número 1212 del 19 de mayo de 2003 de la Sala Constitucional).

En el caso de las acciones intentadas que dieron lugar a las sentencias números 71 y 72 no se interpusieron acciones de amparo para la protección de intereses colectivos o difusos, este tipo de legitimación no fue en ningún caso alegada por los accionantes, por lo cual la Sala Constitucional carecía de competencia para decidir las.

La acción de amparo constitucional para la protección de intereses difusos y colectivos consiste en un medio de defensa contra la violación de los derechos constitucionales que afectaren a grupos de ciudadanos, considerados en su conjunto o no.

A partir de lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución, referido al derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales en defensa de los derechos e intereses, inclusive de los colectivos o difusos, la jurisprudencia ha admitido que la acción de amparo constitucional prevista en el artículo 27 de la Constitución puede ser interpuesta tanto a título personal, individual y directo por la violación de derechos constitucionales, como en defensa de los derechos e intereses constitucionales colectivos y difusos.

Esta acción de amparo constitucional para la protección de intereses colectivos y difusos fue igualmente reconocida en el artículo 25.21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y permite el

ejercicio de pretensiones de amparo constitucional, tanto a los grupos de personas determinables, aunque no cuantificables o individualizables, unidos por un vínculo jurídico (interés colectivo), así como los sujetos indeterminados que tienen un interés suprapersonal, entre las que no existe vínculo jurídico y que no conforman un sector cuantificable o particularizado (interés difuso), para exigir el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

De esta forma, la acción de amparo constitucional para la tutela de intereses colectivos o difusos se caracteriza por tratarse de un medio de defensa contra la violación de los derechos constitucionales que afectan a grupos de ciudadanos, considerados en su conjunto o no. Se trata, por ende, del derecho de amparo constitucional ampliado, que incluye la defensa de aquellos bienes jurídicos constitucionales que garantizan una aceptable calidad de vida en forma general, bien sea para una localidad determinada o para toda la ciudadanía.

Ahora bien, en el caso de la sentencia número 72 de la Sala Constitucional, las supuestas lesiones constitucionales de los derechos de participación política y del derecho de asociación con fines políticos, así como del derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, alegadas por los accionantes consistían en la suspensión de la que habían sido objeto personal e individualmente los ciudadanos demandantes José Dionisio Brito y Conrado Pérez Linares por el Movimiento Primero Justicia. Dos personas plenamente identificables y determinables como sujetos agraviados por la supuesta conducta lesiva (“vías de hecho”) de los derechos y garantías constitucionales de los demandados.

Como puede observarse, en estos casos no hay un bien colectivo que precise de tutela o protección, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, la Sala Constitucional, en evidente desviación de poder, decidió que los casos ante ella planteados consistían no en amparos autónomos individuales sino en amparos constitucionales en protección de intereses colectivos o difusos por tratarse de la violación de los derechos a la participación política y a la asociación con fines políticos de los militantes del referido partido político, *“los cuales se encuadra dentro del conjunto de libertades de carácter supraindividual cuya trascendencia y repercusión para el colectivo resulta subsumible en la esfera de los derechos o intereses*

difusos o colectivos”, y de esta forma se declaró competente para conocer de la acción de amparo constitucional interpuesta.

2.3. Violación al debido proceso

2.3.1. Incompetencia. Usurpación de las competencias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia

La competencia para conocer de las referidas acciones de amparo constitucional correspondía a la jurisdicción contencioso-electoral, por lo cual además del vicio de inconstitucionalidad antes expuesto, la Sala Constitucional violó el debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución, al ignorar la atribución de competencias establecida en los artículos 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales⁹ y 27.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En efecto, al tratarse de un amparo autónomo contra las vías de hecho de asociaciones con fines políticos, por la presunta violación de los derechos de participación política y de asociación con fines políticos, esta debió ser tramitada ante los órganos de la jurisdicción contencioso electoral y no mediante el recurso extraordinario de amparo constitucional para la protección de derechos o intereses difusos o colectivos.

De conformidad con la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y ha sido criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *“Corresponde a los Tribunales de Primera Instancia de la materia relacionada o afín con el amparo, el conocimiento de los amparos que se interpongan...siendo los Superiores de dichos Tribunales quienes conocerán las apelaciones y consultas que emanen de los mismos, de cuyas decisiones no habrá apelación ni consulta”* (véase sentencias del 20 de enero de 2000 de la Sala Constitucional, casos: Emery Mata Millán y Domingo Ramírez Monja).

En efecto, dispone el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que:

“Son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de primera instancia que lo sean en la materia afín con la

⁹ Gaceta Oficial número 34.060 del 27 de septiembre de 1988.

naturaleza del derecho o garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurriere el hecho acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo. En caso de duda, se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia en razón de la materia.

Si un juez se considerare incompetente, remitirá las actuaciones inmediatamente al que tenga competencia”.

De esta forma, el principio rector para determinar la competencia de los tribunales para conocer las demandas de amparo constitucional es el criterio de afinidad entre la materia natural del juez de primera instancia y los derechos y garantías constitucionales denunciadas como lesionadas.

No obstante, en el caso de los derechos de naturaleza electoral, como son en efecto la participación política y asociación con fines políticos, la competencia en materia de amparo corresponde específicamente a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Téngase en cuenta que el artículo 27. 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia le otorga competencia a la Sala Electoral para “*Conocer las demandas de amparo constitucional de contenido electoral, distintas a las atribuidas a la Sala Constitucional*”.

De esta forma, la Sala Constitucional, al calificar sobrevenidamente la acción autónoma de amparo constitucional interpuesta como una acción de amparo para la protección de derechos e intereses colectivos o difusos, siendo que no tenía competencia constitucional ni legalmente atribuida para conocer dichas acciones, violó el debido proceso garantizado en el artículo 49 de la Constitución, a la vez que usurpó las competencias de la Sala Electoral para conocer de las acciones de amparo constitucional de contenido electoral establecidas en el artículo 27.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

2.3.2. Violación del carácter cautelar y el carácter de provisionalidad de las medidas cautelares

Además del vicio de incompetencia, a través de las sentencias, la Sala Constitucional violó la naturaleza cautelar y el carácter de provisionalidad propio de las medidas cautelares.

El carácter cautelar de la decisión judicial supone que la medida o decisión que adopte el juez debe estar circunscrita y limitada a garantizar la ejecución de la decisión definitiva, mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos que corresponde dilucidar en el proceso. En efecto, las medidas cautelares sirven esencialmente para evitar el peligro de que la justicia pierda su eficacia y para que la sentencia pueda ser ejecutada íntegramente. De allí su carácter de instrumentalidad.

El pronunciamiento del juez en la medida cautelar debe estar limitado a los aspectos directamente vinculados con la cautela, y por ello se exigen dos requisitos de procedencia, la presunción del buen derecho del solicitante y el peligro de que si no se adelanta algún remedio al momento de dictarse la sentencia definitiva pueda ser tardía.

En la decisión cautelar el juez no puede extender los efectos de su pronunciamiento al tema de fondo del asunto, que deberá ser sustanciado en el juicio principal. Admitir lo contrario, significaría atentar contra la naturaleza esencialmente cautelar y no sustitutiva de las medidas cautelares. Si bien las medidas cautelares se encuentran conectadas al proceso principal, éstas deben aguardar -en razón de su instrumentalidad- la decisión sobre el juicio final.

Así lo ha determinado la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia cuando expresó que: “...*De ser así, no sólo se le estaría obligando al sentenciador a juzgar sobre el fondo de la controversia -aspecto que no es atinente a las medidas cautelares, sino que también se desnaturalizaría la función que tiene encomendada la cautelar, estos es, superar la demora que implica el proceso principal y el riesgo de que el demandado adopte conductas que dificulten la efectividad de la sentencia...*”. (Ver sentencia de fecha 23 de marzo de 2006, caso: “Agnet Josefina Chirinos Ochsnerv c/ C.A. Central Banco Universal, A.F.C. Allied Fund Corporation A.V.V., y otros”).

Tengamos presente que las medidas cautelares tienen carácter provisional, lo que significa que decaen y dejan de tener virtualidad cuando se produce la sentencia que pone fin al proceso principal, es decir, tienen eficacia mientras dura el proceso. Igualmente, el carácter de temporalidad de las medidas cautelares implica que éstas pueden ser modificadas o revocadas, aun cuando no haya finalizado el proceso

principal, si cambian las circunstancias que condujeron a la adopción de la medida cautelar.

De esta forma, no son lícitas las medidas provisionales que prejuzguen el fondo de la cuestión, o que produzcan perjuicios irreparables a los interesados o impliquen la violación de los derechos amparados por las leyes. En todos estos supuestos incurre la Sala Constitucional a través de las sentencias.

Ciertamente, las sentencias no pretenden ser cautelares ni tener efectos provisorios y tampoco son susceptibles de ser modificadas o revocadas mientras dure el proceso principal, por el contrario, las sentencias interlocutorias de tutela cautelar pretenden tener carácter de definitivas cuando juzgan sobre el fondo de la pretensión y otorgan definitivamente el control, organización y dirección de los partidos políticos Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular a unas juntas o mesas directivas (sin siquiera determinar su permanencia en el tiempo) no electas por los miembros de dichas asociaciones, pero además, cuando permiten a dichas juntas directivas designar con carácter permanente y definitivo las autoridades regionales, municipales y locales de los partidos políticos en cuestión.

En efecto, ninguna de estas decisiones es provisional e instrumental pues una vez dictadas han producido ya efectos generales y definitivos que no pueden ser revertidos a la situación anterior, de forma que violan los principios esenciales de la tutela cautelar.

De otra parte, no puede dejar de observarse las medidas cautelares de designación de juntas directivas a hoc se concretan en la designación -en el primer caso, sentencia 7- en uno de los uno de los supuestos agresores, y en el segundo y tercer caso -sentencia 72 y 77- en uno de los accionantes en amparo. La primera representa una contradicción en los términos, pues no se entiende cuál cautela se cumple cuando a quien se designa para evitar las violaciones de derechos constitucionales es al supuesto victimario. La segunda y tercera, constituye un claro exceso del poder cautelar, pues se pone a uno de los accionantes en una situación jurídica de la que carecían al intentar la demanda y que atañe precisamente, a la resolución que la sentencia definitiva debe realizar.

De otra parte, las sentencias incurren -de forma aún más agravada- en la misma conducta que se denuncia como violatoria de los derechos constitucionales, que es la ausencia de la voluntad de las bases para la

designación de las autoridades de los partidos, por la conducta de sus directivas.

En efecto, la Sala Constitucional acentúa la violación constitucional cuando, de forma cautelar, le otorga las facultades para la designación de las autoridades de los partidos a un solo sujeto: la persona designada para conformar la junta ad hoc. Esta circunstancia, aunada a la desviación de la competencia señalada, y a la gravedad que representa para la participación democrática el hecho de que tres de los más importantes partidos de oposición, hayan sido intervenidos para que su conducción sea atribuida a las personas designadas por el poder judicial y aquellos que estos mismos designen para acompañarles, como miembros de estas juntas directivas ad hoc, pudiendo incluso proponer sus candidatos y participar en procesos electorales, estando fijadas inconstitucionalmente para el próximo 6 de diciembre de 2020 las elecciones parlamentarias, nos lleva a concluir que se trata de una desviación del poder de la justicia, al servicio de un régimen antidemocrático.

3. CONCLUSIONES

Las sentencias números 71, 72 y 77 de la Sala Constitucional del Tribunal de Justicias son inconstitucionales en razón de que:

- 1) Violan el derecho constitucional de asociación con fines políticos y el derecho a la participación política, y, en consecuencia, violan los principios y valores democráticos de libertad y el pluralismo político establecidos en los artículos 2, 5,6, 62, 64, 67 y 70 de la Constitución y 1, 3 y 6 de la Carta Democrática Interamericana;
- 2) Violan la naturaleza y alcance del amparo constitucional para la protección de intereses colectivos y difusos establecido en el artículo 27 de la Constitución y en el artículo 25.21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.
- 3) Violan el debido proceso cuando usurpan las competencias propias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en violación de los artículos 49 de la Constitución y 27. 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y violan además, el carácter cautelar e instrumental que se predica de las medidas cautelares.

EL PROCESO DE CANONIZACIÓN LA PERSPECTIVA JURÍDICA EN RELACIÓN A LA CAUSA DEL VENERABLE DR. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GERARDO FERNÁNDEZ V.*

SUMARIO

1. Introducción a las causas de canonización. 2. Normas aplicables a los procesos de canonización. 3. Tipos de causas y procedimiento aplicable: A. Naturaleza del proceso. B. Tipos de causas y procedimientos: i) Etapa de postulación del candidato en sede diocesana. Declaratoria de Siervo de Dios. ii) Etapa de declaratoria de venerable. iii) Etapa de la beatificación. iv) Etapa de canonización. 4. Normas sobre la administración de los bienes en las causas de beatificación y canonización y sobre las reliquias: A. Normas sobre la administración de los bienes de las causas de los santos. B. Normas sobre las reliquias en la Iglesia. C. Régimen de la exhumación en el derecho venezolano. 5. El proceso de beatificación del Venerable Doctor José Gregorio Hernández.

* Profesor de Derecho Constitucional. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

El presente trabajo tiene por objeto el análisis y descripción de las normas jurídicas aplicables al proceso de canonización establecidas por la Iglesia Católica; todo ello en relación y a propósito del proceso, que en tal sentido, se sigue al Venerable Doctor José Gregorio Hernández, por ante las autoridades eclesiásticas competentes.

1. INTRODUCCIÓN A LAS CAUSAS DE CANONIZACIÓN

En los términos de José Luis Gutiérrez, se entiende por causa de canonización “el conjunto de pasos que, según un procedimiento minuciosamente determinado, se suceden desde que la autoridad competente da inicio a las averiguaciones sobre la santidad de un Siervo de Dios hasta que esa santidad es proclamada por el Papa, en acto solemne de canonización”¹. Agrega dicho autor, que tanto la beatificación como la canonización:

“Son actos pontificios mediante los cuales se autoriza el culto público en honor de un Siervo de Dios: santa misa, liturgia de las horas, exposición de imagen con la aureola u otros signos de santidad, veneración de reliquias, etc. La diferencia consiste en que la beatificación concede ese culto dentro de un ámbito limitado (una diócesis o institución de la Iglesia, etc.), mientras que la canonización – que, desde el punto de vista dogmático, es también un acto infalible del Papa– permite un culto en toda la Iglesia, sin ninguna restricción de lugar”².

¹ José Luis Gutiérrez. *La normativa actual sobre las causas de canonización*, Ius Canonicum, XXXII, No. 63, 1992, 39-35.

² Ídem.

La beatificación conlleva a que una persona fallecida, en virtud de una declaración papal, se le pueda rendir un culto limitado y en ciertos lugares; la canonización, por su parte, es la declaración definitiva de santidad, se le registra en el canon de los santos, pudiéndose rendir culto ilimitado al virtuoso cristiano.

Pedro María Reyes V., señala:

“Por canonización se entiende el acto pontificio por el que el Santo Padre declara que un fiel ha alcanzado la santidad. El proceso de canonización es uno de los procesos especiales que están regidos por una norma específica. Por la canonización, se autoriza al pueblo cristiano la veneración del nuevo santo de acuerdo con las normas litúrgicas. La canonización actualmente es un acto reservado exclusivamente a la autoridad pontificia”³.

La beatificación es un paso previo a la canonización, siendo que esta última es un proceso más avanzado y constituye la declaración final de santidad. Para ser canonizado, previamente el fallecido debe haber sido declarado por el Papa como beato. Una vez que es canonizado se incluye al beato en el canon, que no es más que la lista de santos. El santo tiene un privilegio divino y se entiende, desde el punto de vista religioso, que está en contacto directo con Dios. En una beatificación, lo que se reconoce es que alguien ha entrado en el cielo y puede interceder por aquellos que rezan en su nombre. Al nombrar a alguien beato, la iglesia reconoce que ha llevado una vida virtuosa y santa, al canonizarlo, el culto es universal e ilimitado.

Así, la Carta Apostólica en forma de *Motu Proprio* “*maiolem hac dilectionem*” sobre el ofrecimiento de la vida de fecha 11 de julio de 2017, establece que son dignos de consideración y honor especial para la beatificación y, eventualmente, posterior canonización:

“Aquellos cristianos que, siguiendo más de cerca los pasos y las enseñanzas del Señor Jesús, han ofrecido voluntaria y libremente su vida por los demás y perseverado hasta la muerte en este propósito.

³ Pedro María Reyes Vizcaino. *El proceso de beatificación y canonización*, Ius Canonicum - Derecho Canónico - Otros procesos especiales. Consultado vía página web.

Es cierto que el ofrecimiento heroico de la vida, sugerido y sostenido por la caridad, expresa una imitación verdadera, completa y ejemplar de Cristo y, por tanto, es merecedor de la admiración que la comunidad de los fieles suele reservar a los que han aceptado voluntariamente el martirio de sangre o han ejercido heroicamente las virtudes cristianas”.

Igualmente, el Papa Juan Pablo II declaró:

“Entre ellos Dios elige siempre a algunos que, siguiendo más de cerca el ejemplo de Cristo, dan testimonio preclaro del reino de los cielos con el derramamiento de su sangre o con el ejercicio heroico de sus virtudes. La Iglesia, que desde los primeros tiempos del cristianismo siempre creyó que los Apóstoles y los Mártires en Cristo están unidos a nosotros más estrechamente, los ha venerado particularmente junto a la bienaventurada Virgen María y a los Santos Ángeles, y ha implorado devotamente el auxilio de su intercesión. A ellos se han unidos también otros que imitaron más de cerca la virginidad y la pobreza de Cristo y además aquellos cuyo preclaro ejercicio de las virtudes cristianas y de los carismas divinos han suscitado la devoción y la imitación de los fieles. La Sede Apostólica, que desde tiempos inmemorables escruta los signos y la voz de su Señor con la mayor reverencia y docilidad por la importante misión de enseñar, santificar y gobernar el Pueblo de Dios que le ha sido confiado, propone hombres y mujeres que sobresalen por el fulgor de la caridad y de otras virtudes evangélicas para que sean venerados e invocados, declarándoles Santos y Santas en acto solemne de canonización, después de haber realizado las oportunas investigaciones”⁴.

Asimismo debemos señalar, que la declaratoria de “Siervo de Dios” es el primer calificativo o grado que se le otorga a un fallecido o candidato que se inicia en el proceso de canonización; dicho grado lo concede el obispo diocesano cuando dicta el decreto de introducción

⁴ Constitución Apostólica *Divinus Perfectionis Magister* del Sumo Pontífice Juan Pablo II Sobre La Nueva Legislación Relativa a las Causas de los Santos. Roma, el 25 de enero de 1983.

de la causa, una vez que la Congregación para las Causas de los Santos dicta el decreto *nihil obstat*, que constituye la respuesta formal de la Santa Sede habilitando el inicio del proceso para la beatificación. El título de “Venerable” de la iglesia se otorga a todo “Siervo de Dios”, una vez que el Sumo Pontífice dicta el decreto de virtudes heroicas, culminada la fase romana del proceso para la beatificación y antes de que se cumpla el proceso para el milagro, fase final que concluye con la beatificación decretada por el Papa.

Conforme a los artículos 4, 5, 6 y 7 de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos, las causas de beatificación y canonización se refieren a un fiel católico que en vida, en su muerte y después de su muerte, tuvo fama de santidad, viviendo heroicamente todas la virtudes cristianas; o que bien goza de fama de martirio. La fama de santidad es la opinión espontánea, auténtica, estable, continúa y extendida entre los fieles acerca de la muerte sufrida por el siervo de Dios por la fe o por una virtud relacionada con la fe o acerca de las gracias y favores recibidos a través de la intercesión del Siervo de Dios.

De esta manera, quedan definidos en cuanto a su naturaleza y alcance los términos beatificación y canonización y quienes puede ser honrados a los fines de que se les incluya en la lista de beatos y luego, eventualmente, en el canon o lista formal de los santos. Como será analizado en su oportunidad, las virtudes requeridas para ello, son el ofrecimiento de la vida o martirio de sangre y el ejercicio heroico y ejemplar de las virtudes cristianas y de los carismas divinos que han suscitado la devoción y la imitación de los fieles.

Debemos agregar, que la causa de beatificación justificada en ofrecimiento de la vida, tal como lo estatuye la Carta Apostólica en forma de Motu Proprio “*maiores hac dilectionem*”, debe cumplir con los siguientes criterios:

- “a) ofrecimiento libre y voluntario de la vida y heroica aceptación *propter caritatem* de una muerte segura, y a corto plazo;
- b) relación entre el ofrecimiento de la vida y la muerte prematura;
- c) el ejercicio, por lo menos en grado ordinario, de las virtudes cristianas antes del ofrecimiento de la vida y, después, hasta la muerte;

- d) existencia de la fama de santidad y de los signos, al menos después de la muerte;
- e) necesidad del milagro para la beatificación, sucedido después de la muerte del Siervo de Dios y por su intercesión”⁵.

2. NORMAS APLICABLES A LOS PROCESOS DE CANONIZACIÓN

La Iglesia Católica, desde hace varios siglos, viene regulando los procesos para la declaración de santos en acto solemne de canonización, después de haber realizado las oportunas investigaciones, mediante procesos complejos y prolijos.

En primer lugar, el Papa Sixto V, le otorgó a la Congregación de los Sagrados Ritos, por él fundada, la instrucción “*Causarum canonizationis*”. Dicha norma se ha ido desarrollando a lo largo del tiempo; en tal sentido, el Papa Urbano VIII promulga la Carta Apostólica *Caelestis Hierusalem cives* el 5 julio de 1634 y el Decreto *servanda in canonizatione et beatificatione Sanctorum* del 12 de marzo de 1642. Luego, el Papa Benedicto XIV fue el autor de la obra titulada “*De Servorum Dei beatificatione et de Beatorum canonizatione*”, contentiva de normas que estuvieron vigentes durante casi dos siglos en la Sagrada Congregación de Ritos. Más tarde, dichas normas fueron recogidas sustancialmente por el “*Codex Iuris Canonici*” o Código de Derecho Canónico, promulgado en 1917.

Por su parte, el Papa Pío XI, mediante la Carta Apostólica “*Già da qualche tempo*”, promulgada “*Motu proprio*” el 6 de febrero de 1930, creó la Sagrada Congregación de Ritos, a la que confió el estudio de las causas históricas de canonización. Asimismo, el 4 de enero de 1939, dicho Papa Pío XI promulgó las “*Normae servandae in construendis processibus ordinariis super causis historicis*” y, posteriormente, el Papa Pablo VI, dictó la Carta Apostólica “*Sanctitas clarior*”, promulgada “*Motu proprio*” el día 19 de marzo de 1969 y la Constitución Apostólica “*Sacrae Rituum Congregatio*” del 8 de mayo de 1969, creando en

⁵ Artículo 1 de la Carta Apostólica en forma de Motu Proprio “*maiores hac dilectionem*” sobre el ofrecimiento de la vida de fecha 11 de julio de 2017.

esta oportunidad dos nuevos dicasterios: a uno le encomendó todo lo relativo al culto divino y, al otro, el examen de la causa de los santos.

Actualmente, el canon 1403 del Código de Derecho Canónico establece, que el proceso que se sigue en las causas de canonización se rige por una ley especial. Asimismo indica, que a las causas de canonización se aplican las prescripciones del Código, cuando esa ley haga remisión al derecho universal o se trate de normas que, por su misma naturaleza, rigen también esas causas⁶. Debemos advertir, que la norma en cuestión está inserta dentro del Libro VII, de los Procesos, Parte I, referente a los Juicios en General.

En tal sentido, el procedimiento de canonización está recogido en la Constitución Apostólica *Divinus perfectionis Magister*, de 25 de enero de 1983, en el *Motu proprio Maiorem hac dilectionem* de 11 de julio de 2017 y en las *Normae servandae in inquisitionibus ab episcopis faciendis in causis sanctorum* promulgadas por la Congregación para las Causas de los Santos el 7 de febrero de 1983 y en el Mensaje de Benedicto XVI al Prefecto de la Congregación para las Causas de los Santos. Asimismo, la Congregación de la Causa de los Santos ha dictado el “*Sanctorum Mater*”, que establece el procedimiento introductorio diocesano o eparquial en la causa de los santos.

Según lo señala el Preámbulo de la Constitución Apostólica *Divinus Perfectionis Magister* del Sumo Pontífice Juan Pablo II, sobre la Nueva Legislación Relativa a las Causas de los Santos del 25 de enero de 1983, “*El progreso experimentado por las disciplinas históricas en nuestro tiempo ha hecho ver la necesidad de dotar a la Congregación competente con un instrumento más adecuado de trabajo y que responda mejor a los postulados de la crítica*”.

La Constitución Apostólica de 1983, tal como lo señala su preámbulo, indica

“Después de las más recientes experiencias, nos ha parecido oportuno revisar la forma y procedimiento de instrucción de las causas

⁶ Código de Derecho Canónico. Canon 1403 § 1. Las causas de canonización de los Siervos de Dios se rigen por una ley pontificia peculiar. § 2. A esas causas se aplican además las prescripciones de este Código, cuando esa ley haga remisión al derecho universal o se trate de normas que, por su misma naturaleza, rigen también esas causas.

y estructurar la misma Congregación para las Causas de los Santos, de tal manera que queden satisfechas las exigencias de los peritos y los deseos de nuestros hermanos en el Episcopado, quienes varias veces solicitaron la simplificación de las normas, salvaguardando naturalmente la solidez de las investigaciones en un asunto de tanta importancia. Juzgamos también, a la luz de la doctrina de la colegialidad propuesta por el Concilio Vaticano II, que es muy conveniente que los mismos obispos estén más asociados a la Sede Apostólica en el estudio de las causas de los santos”. Igualmente, en dicho preámbulo se declara, que una vez entrada en vigencia dicha Constitución, para el futuro, quedarán abrogadas todas las leyes de cualquier orden que atañan a este asunto.

La Carta Apostólica en forma de *Motu proprio Maiorem hac dilectionem* sobre el ofrecimiento a la vida, del 11 de julio de 2017, introducen nuevos preceptos para adelantar proceso de canonización, por ser dignos de consideración y honor especial:

“Aquellos cristianos que, siguiendo más de cerca los pasos y las enseñanzas del Señor Jesús, han ofrecido voluntaria y libremente su vida por los demás y perseverado hasta la muerte en este propósito. Es cierto que el ofrecimiento heroico de la vida, sugerido y sostenido por la caridad, expresa una imitación verdadera, completa y ejemplar de Cristo y, por tanto, es merecedor de la admiración que la comunidad de los fieles suele reservar a los que han aceptado voluntariamente el martirio de sangre o han ejercido heroicamente las virtudes cristianas”⁷.

En tal sentido, una vez escuchada la opinión favorable de la Congregación para las Causas de los Santos, en el Pleno del 27 de septiembre de 2016, el Sumo Pontífice promulgó estas nuevas normas. Las mismas, fundamentalmente otorgan competencia a los obispos diocesanos y de más jerarquías equiparadas en derecho, dentro de los límites de su jurisdicción, sea de oficio, sea a instancias de fieles o de grupos legítimamente constituidos o de sus procuradores, el derecho a

⁷ Preámbulo del *Motu proprio Maiorem hac dilectionem* de 11 de julio de 2017.

investigar sobre la vida, virtudes, ofrecimiento de la vida o martirio y fama de santidad, de ofrecimiento de la vida o martirio, milagros atribuidos, y, si se considera necesario, el antiguo culto al Siervo de Dios, cuya canonización se pide y que se haga por separado el examen de los milagros atribuidos y el examen de las virtudes, del ofrecimiento de la vida o del martirio. Además, se derogan parcialmente los artículos de la *Normae servandae in inquisitionibus ab Episcopis faciendis in Causis Sanctorum*, en cuanto a las causas justificadas en las virtudes o el ofrecimiento de la vida del Siervo de Dios.

Por su parte, la *Normae servandae in inquisitionibus ab episcopis faciendis in causis sanctorum* promulgada, con autorización del sumo Pontífice, por la Congregación para las Causas de los Santos el 7 de febrero de 1983, establece las disposiciones que debe observarse en las investigaciones que hagan los obispos en las causas de los santos. En tal sentido, su preámbulo dispone lo siguiente:

*“De hecho, la Constitución Apostólica Divinus Perfectionis Magister, del 25 de enero de 1983, ha establecido un nuevo procedimiento para las investigaciones que en lo sucesivo han de realizar los Obispos en las causas de los santos; y también se ha encomendado a esta Congregación la tarea de redactar unas Normas peculiares para este fin. La Congregación redactó las Normas siguientes, que el Sumo Pontífice quiso fueran examinadas por la Congregación plenaria de los Padres que presiden la referida Congregación, en la reunión que tuvieron durante los días 22 y 23 del mes de junio de 1981 y, después de oír también a todos los Padres que están al frente de los Dicasterios de la Curia Romana, las confirmó y mandó que fueran promulgadas”*⁸.

Asimismo, la Congregación para de las Causas de los Santos, el 17 de mayo de 2007, previo el parecer de los Cardenales y Obispos Miembros de la Congregación, visto que el Sumo Pontífice Benedicto XVI la aprobó y ordenó su publicación, sancionó la “Instrucción sobre

⁸ Preámbulo de las *Normae servandae in inquisitionibus ab episcopis faciendis in causis sanctorum* promulgadas por la Congregación para las Causas de los Santos el 7 de febrero de 1983.

el procedimiento instructorio diocesano o eparquial en las Causas de los Santos”. El preámbulo de dicha Instrucción establece:

“Después de la promulgación de la Constitución Apostólica y de las Normae servandae, la Congregación, con la experiencia adquirida, publica la presente Instrucción para favorecer una colaboración más estrecha y eficaz entre la Santa Sede y los Obispos en las causas de los Santos.

Esta Instrucción tiene como finalidad aclarar las disposiciones de las leyes en vigor sobre las causas de los Santos, facilitar su aplicación e indicar la manera de llevar a cabo lo establecido en ellas, tanto en las causas recientes como en las antiguas. Por lo tanto, se dirige a los Obispos diocesanos, a los Eparcas, a quienes son equiparados a ellos por el derecho y a cuantos participan en la fase instructoria del procedimiento. Para tutelar de modo eficaz la seriedad del procedimiento instructorio diocesano o eparquial, la Instrucción expone los pasos sucesivos del mismo, determinados por las Normae servandae, subrayando de manera práctica y por orden cronológico el modo de su aplicación.

Se expone en primer lugar cómo se han de instruir los procedimientos diocesanos o eparquiales que tienen por objeto las virtudes heroicas o el martirio de los Siervos de Dios. Antes de aceptar la causa, el Obispo deberá hacer algunas averiguaciones previas, para comprobar si es o no conveniente instruirla. Tomada la decisión de admitir la causa, dará comienzo al procedimiento propiamente dicho, ordenando que se recojan las pruebas documentales de la causa. Si no aparecen obstáculos insuperables, se procederá al interrogatorio de los testigos y, finalmente, a clausurar el procedimiento instructorio y a enviar las actas a la Congregación, donde tendrá lugar la fase romana de la causa, o sea la fase de estudio y de juicio definitivo acerca de la misma.

Por lo que se refiere a los procedimientos acerca de supuestos milagros, la Instrucción pone en evidencia y aclara algunos aspectos de la aplicación de las normas que, en los últimos veinte años, han planteado a veces problemas prácticos”⁹.

⁹ Congregación para las Causas de los Santos. Preámbulo “Instrucción sobre el procedimiento instructorio diocesano o eparquial en las Causas de los Santos. Roma, 17 de mayo de 2007.

Más recientemente, el Sumo Pontífice Francisco promulgó el 7 de marzo de 2016, las Normas sobre la Administración de los Bienes de las Causas de Beatificación y Canonización y el 5 de diciembre de 2017, aprobó las Instrucciones sobre las Reliquias en la Iglesia: Autenticidad y Conservación.

3. TIPOS DE CAUSAS Y PROCEDIMIENTO APLICABLE

A. Naturaleza del proceso

El canon 1403 del Código de Derecho Canónico establece, que el proceso que se sigue en las causas de canonización se rige por una ley especial. Asimismo indica, que a las causas de canonización se aplican las prescripciones del Código Canónico, cuando esa ley haga remisión al derecho universal o se trate de normas que, por su misma naturaleza, rigen también esas causas. La norma en cuestión está contenida en el Libro VII, de los Procesos, Parte I, referente a los Juicios en General.

En efecto, si bien el Código de Derecho Canónico sitúa la regulación de las causas de canonización dentro del “Libro de los Procesos” y en la parte referente a los “Juicios en General”, dichas causas no tienen una naturaleza judicial, ni constituyen un proceso litigioso en sentido estricto. En efecto, si bien en las causas de canonización se utiliza un léxico judicial, (libelo, tribunal, jueces, prueba documental y testimonial, admisión o inadmisión de la causa, ente otras expresiones), no estamos en presencia de un proceso en sentido estricto, sino en sentido general o amplio. El tribunal y los jueces no deciden, sólo tramitan y sustancian un procedimiento. El tribunal designado en las diferentes etapas y sedes del proceso, únicamente recaba, procesa y valora las pruebas promovidas, admitidas y evacuadas, sin emitir ninguna decisión de fondo sobre el proceso; emite dictámenes, relaciones o informes que tienen un valor referencial o informativo para el Sumo Pontífice, quien es el que decide en definitiva.

Sobre este particular y apoyando la posición anterior, José Luis Gutiérrez señala lo siguiente:

“El objeto de una causa de canonización difiere del que es propio de un juicio, ya que sus promotores pueden sólo pedir la canonización de un Siervo de Dios, pero no alegar un derecho a obtenerla.

Además, la decisión de la causa no corresponde a los jueces que en las distintas fases han de intervenir o dar su parecer: los dictámenes emitidos por éstos tienen sólo un valor informativo para el Papa, a quien compete tomar la decisión. Estas características muestran que sólo en sentido amplio puede aplicarse a las causas de canonización la calificación de proceso y que su naturaleza meramente instructoria, previa a un acto pontificio, les hace asemejarse, por ejemplo, al procedimiento previsto para la concesión de la dispensa sobre el matrimonio rato y no consumado. Esto no impide que el procedimiento para la canonización deba desarrollarse de manera muy parecida a un juicio y que, por el peso de las pruebas que en él se exija, haya sido comparado por la doctrina a un juicio contencioso e incluso a un proceso penal”¹⁰.

En términos generales, el proceso de canonización transcurre, en su primera etapa, en sede diocesana, y una vez que la Congregación para las Causas de los Santos, examina el informe del obispo diocesano y, si considera que no existe impedimento para continuar la causa, dicta el decreto “Nihil obstat”; a partir de este momento, el obispo diocesano dicta el decreto de introducción de la causa, declara al fallecido candidato como “Siervo de Dios” y designa un tribunal que tiene competencia para sustanciar la causa. En tal sentido, dicho tribunal asume una función de sustanciación de la causa de beatificación; no tiene capacidad de decisión y su trabajo se limita a recabar pruebas testimoniales y documentales sobre el Siervo de Dios y sus virtudes y presentar relaciones, informes o dictámenes sobre las pruebas recabadas y el cumplimiento de los requisitos exigidos para la beatificación y canonización.

El proceso se tramita sea, por el obispo con jurisdicción en el lugar donde falleció el candidato (sede diocesana) o por ante la Congregación para las Causas de los Santos (sede vaticana), cumpliendo complejas labores de investigación sobre la vida y virtudes del candidato y asumiendo un dedicado trabajo de promoción y evacuación de pruebas que avalen las virtudes y vida santificada y comprobación técnica y teológica del candidato, lo cual puede durar muchos años.

¹⁰ José Luis Gutiérrez. *La normativa actual sobre las causas de canonización*, Ius Canonicum, XXXII, No. 63, 1992, 39-35.

Dichas instancias nada deciden, sólo otorgan mérito y valor técnico y teológico a las pruebas recabadas y obra analizada. Sólo, en última y única instancia, previo los informes o dictámenes favorables de los órganos antes mencionados y tras pasar con éxito todos los filtros desplegados en sede diocesana y en la Congregación competente y sus órganos internos, es que el Sumo Pontífice decide sobre la beatificación y canonización de un virtuoso cristiano y, en tal sentido, decreta su beatificación o su santidad.

B. Tipos de causas y procedimientos

Existe varias vías para tramitar las causas de santidad: i) la vía del martirio; ii) la vía de las virtudes heroicas y iii) la vía del ofrecimiento de la vida. Asimismo, existen cuatro etapas o grados en el complejo y prolijo proceso de canonización: i) siervo de Dios; ii) venerable; iii) beato y; iv) por último, santo.

Por su parte, el proceso sólo puede iniciarse cinco años después de fallecido el candidato. Comporta una etapa previa a la beatificación, transcurre, en primer lugar, en sede diocesana o local, en jurisdicción eclesiástica donde falleció el candidato y, luego, culminada esta etapa, transcurre el proceso en sede vaticana. La causa puede ser reciente o antigua. Las causas antiguas solo se admiten pruebas escritas y el procedimiento se debe centrar sobre las investigaciones de los peritos históricos y archivísticos; las causas recientes admiten pruebas testimoniales y documentales¹¹.

El proceso o causa comienza, i) en esta etapa previa, con la postulación del candidato, lo cual tiene lugar en sede diocesana y luego de dictado el decreto “*Nihil obstat*”, por parte de la Congregación para las Causas de los Santos, el candidato es declarado siervo de Dios. Posteriormente, ii) en sede diocesana, se inicia el proceso para la declaratoria de venerable, una vez que culmina esta etapa en la correspondiente diócesis, se remiten las actas a la Congregación para las Causas de los

¹¹ Artículos 28 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

Santos, a los fines de su verificación y, si se le da curso por parte de la congregación señalada, se declara venerable al siervo de Dios. iii) Una vez comprobado que el venerable ha realizado un milagro es que puede ser declarado beato por parte del Papa y, de esta manera, culmina el proceso de beatificación. Por último, iv) el proceso de canonización, declaratoria de santidad, o el ingreso al canon de los santos, se decreta por el Sumo Pontífice cuando se ha comprobado un segundo milagro.

En las causas de los mártires, el milagro no es requisito fundamental para la beatificación y canonización.

La beatificación y la canonización son declaradas por decretos del Santo Pontífice.

Es importante señalar lo expresado por el Sumo Pontífice Benedicto XVI, sobre la naturaleza y objeto de las causas de los santos:

“Las causas se han de incoar y estudiar con sumo cuidado, buscando diligentemente la verdad histórica, a través de pruebas testimoniales y documentales omnino plenae, puesto que su única finalidad es la gloria de Dios y el bien espiritual de la Iglesia y de todos los que buscan la verdad y la perfección evangélica. Los pastores diocesanos, decidiendo coram Deo cuáles son las causas que merecen ser incoadas, han de valorar ante todo si los candidatos al honor de los altares gozan realmente de una sólida y difundida fama de santidad y de milagros o de martirio. Esta fama, que el Código de derecho canónico de 1917 quería que fuera “spontanea, non arte aut diligentia procurata, orta ab honestis et gravibus personis, continua, in dies aucta et vicens in praesenti apud maiorem partem populi” (can. 2050, 2), es un signo de Dios que indica a la Iglesia quiénes merecen ser puestos en el candelero para “iluminar a todos los que están en la casa” (Mt 5, 15). Es evidente que no se podrá iniciar una causa de beatificación y canonización si no se ha comprobado la fama de santidad, aunque se trate de personas que se distinguieron por su coherencia evangélica y por particulares méritos eclesiales y sociales”¹².

¹² Mensaje del Santo Padre Benedicto XVI a los participantes en la sesión plenaria de la Congregación para las Causas de los Santos. Vaticano, 24 de abril 2006.

i) Etapa declaratoria de Siervo de Dios. Postulación del candidato en sede diocesana.

Es la iniciación del proceso de canonización. La idea es presentar y dar a conocer al candidato a siervo de Dios y recabar sus datos biográficos, virtudes y testimonios.

En tal sentido, compete a los obispos diocesanos, dentro de los límites de su jurisdicción, sea de oficio o a instancias de los fieles o de grupos legítimamente constituidos o de sus procuradores, el derecho de investigar sobre la vida, virtudes, ofrecimiento a la vida o martirio y fama de santidad¹³.

Conforme a los artículos 7 y 8 de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos, el postulador de la causa es el encargado de recoger la documentación a que se refiere la fama de santidad, de fama en virtud de favores y gracias por intercesión del siervo de Dios o martirio del candidato y el obispo diocesano del lugar donde falleció el candidato, evaluará y se cerciorará de dicha fama.

En esta investigación previa realizada en la diócesis donde falleció el candidato, el obispo debe proceder conforme a las normas muy estrictas y detalladas emanadas de la Congregación para las Causas de los Santos y de deberá recabar de manera exhaustiva información sobre la vida y virtudes del candidato. El obispo diocesano y el postulador de la causa solicitan el inicio del proceso para la beatificación y canonización presentando el detallado informe sobre la vida y virtudes de la persona de quien se trate.

Es requisito indispensable que la Congregación para las Causas de los Santos, examine el informe que produzca el obispo competente sobre la solicitud de inicio de la causa y, si esta Congregación considera que no existe impedimento para continuar la causa, dicta el decreto “*Nihil obstat*”; a partir de este momento, el obispo diocesano promulga

¹³ Artículo 1 Constitución Apostólica *Divinus perfectionis Magister*. Ciudad del Vaticano 25 de enero de 1983 y art.1 del *Motu proprio Maiorem hac dilectionem*. Ciudad del Vaticano, 11 de julio de 2017.

el decreto de introducción de la causa y se declara al candidato “Siervo de Dios”¹⁴.

Debemos señalar, que el “*Nihil obstat*”, por naturaleza, no es una autorización o habilitación o buena pro para continuar la causa - iniciar la causa es competencia del obispo diocesano- sino que constituye una suerte de verificación o comprobación de que no existe a futuro algún circunstancia u obstáculo que impidan o perturben continuar la buena marcha de la causa.

ii) Etapa de declaratoria de venerable

• *En sede diocesana*

Decretado el “*Nihil obstat*” por parte de la Congregación para las Causas de los Santos, el obispo diocesano competente designa un tribunal. Este tribunal sólo tiene competencia para sustanciar la causa; su naturaleza sustanciadora, no decisoria, implica recabar pruebas testimoniales y documentales sobre el Siervo de Dios y presentar los correspondientes dictámenes sin valor decisorio, únicamente informativos. Por su parte, una comisión de censores nombrada igualmente por el obispo diocesano competente, analiza la ortodoxia de los escritos del Siervo de Dios. Una vez culminada la etapa de sustanciación de la causa se remite el informe a la Congregación para la Causa de los Santos; dicha Congregación prepara la *positio*, expediente que reúne los documentos recabados y datos obtenidos en la causa sobre las virtudes heroicas del candidato (dicho expediente normalmente es muy denso y voluminoso).

Desarrollemos el proceso: Conforme al artículo 1 de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos, el fin de dichas causas es recoger las pruebas para alcanzar la certeza moral acerca de las virtudes heroicas o del martirio del Siervo de Dios del que se pide la beatificación.

El tribunal en cuestión, está conformado por el delegado episcopal (delegado del obispo), el promotor de justicia (encargado de que el proceso se cumpla las normas procesales), el notario (asume funciones

¹⁴ Artículos 45 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

secretariales y certificación de actas) y los peritos (médicos, históricos y archivísticos)¹⁵. Asimismo, el obispo competente designa un postulador de la causa, experto en teología, derecho canónico e historia y conocedor de la praxis de la Congregación para las Causas de los Santos. Dicho postulador se encarga de seguir el proceso instructorio, realiza las investigaciones a que haya lugar e informa al obispo diocesano sobre el resultado de dichas investigaciones, además, está obligado a actuar en interés de la Iglesia y debe buscar la verdad con conciencia y honradez y, por último, administra los bienes de la causa¹⁶.

Conforme a los artículos 25 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos, el postulador presenta al obispo diocesano el libelo de demanda, que no es más que una petición escrita, solicitando el inicio de la causa. El libelo debe indicar los hechos y pruebas que afirma, afín de solicitar el inicio de la causa. A dicho libelo se le debe acompañar una relación breve, pero detallada sobre las circunstancias particulares que caracterizan el caso; la lista de testigo y; todos los documentos que se refiere la causa¹⁷.

Luego de presentado el libelo, el obispo competente informa y consulta a los obispos de la Conferencia Episcopal¹⁸. Asimismo, debe publicar el libelo en cuestión para abrir la consulta a los fieles e interesados¹⁹.

La instrucción de la causa está detalladamente regulada, en cuanto a las partes que actúan en el procedimiento, el régimen aplicable a las sesiones de instrucción de la causa, y las pruebas, su promoción, evacuación y valoración, en la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

¹⁵ Artículos 53 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

¹⁶ Artículos 12 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

¹⁷ Artículos 36 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

¹⁸ Artículos 36 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

¹⁹ Artículos 43 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

Debemos señalar, que las pruebas documentales son analizadas por una comisión de censores teólogos, cuyos nombres deben permanecer en secreto²⁰ y, asimismo, el obispo diocesano debe nombrar a los peritos históricos y archivísticos que constituyen la comisión histórica, encargada de recabar los documentos relacionados con el siervo de Dios sobre su vida, obra y virtudes heroicas²¹.

Por su parte, las pruebas testificales se inician luego de recabar las pruebas documentales y los interrogatorios son preparados por el promotor de justicia, con la colaboración de los expertos designados²².

El procedimiento instructorio implica la publicación, traducción, certificación y cotejo de las actas. Asimismo, se debe llevar a cabo la última sesión o sesión de clausura, donde se culmina el informe que será llevado a la Congregación de las Causas para los Santos. Igualmente, el obispo diocesano designa a un portador de las actas, quien deberá consignarlas ante la Santa Sede²³.

• *En sede vaticana*

La Congregación para las Causas de los Santos, designa al relator de la causa, quien elabora la *positio*, donde se incluyen toda la información, testimonios y documentos recabados sobre la vida y virtudes del Siervo de Dios. Dicha *positio* es discutida y analizada por una comisión de teólogos designada por la Congregación competente y, sobre el parecer de dicha comisión de teólogos, la plenaria de cardenales y obispos de dicha Congregación para las Causas de los Santos, discute y delibera para, si fuera el caso, aprobar la *positio*. Dicha *positio* aprobada es remitida al Papa para que decida sobre la promulgación del Decreto de Heroicidad de Virtudes y declare al Siervo de Dios, a partir de ese momento, “Venerable”.

²⁰ Artículos 62 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

²¹ Artículos 68 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

²² Artículos 77 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

²³ Artículos 124 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

Con dicho título de “Venerable” se reconoce que el fallecido vivió y practicó la santidad y las virtudes cristianas en grado heroico.

Para las causas por martirio, el declarado mártir puede ser beatificado de inmediato, mediante decreto del Sumo Pontífice. Para las causas sobre las virtudes heroicas del venerable, se debe probar un milagro.

iii) Etapa de la beatificación

• En sede diocesana

El obispo del lugar en que haya ocurrido la sanación, debe iniciar la investigación del presunto milagro por intercesión del venerable.

Sobre este tema el Papa Benedicto XVI, señaló:

“El segundo tema que afronta vuestra plenaria es el “milagro en las causas de los santos”. Es sabido que desde la antigüedad el itinerario para llegar a la canonización incluye la comprobación de las virtudes y de los milagros atribuidos a la intercesión del candidato al honor de los altares. Además de asegurarnos de que el siervo de Dios vive en el cielo en comunión con Dios, los milagros constituyen la confirmación divina del juicio expresado por la autoridad eclesiástica sobre su vida virtuosa. Deseo que la plenaria profundice este tema a la luz de la tradición de la Iglesia, de la teología actual y de los avances más acreditados de la ciencia.

No hay que olvidar que en el examen de los acontecimientos milagrosos afirmados confluye la competencia de los científicos y de los teólogos, aunque la palabra decisiva corresponde a la teología, la única capaz de dar una interpretación de fe del milagro. Por eso, en el procedimiento de las causas de los santos se pasa de la valoración científica de la consulta médica o de los peritos técnicos al examen teológico por parte de los consultores y, sucesivamente, de los cardenales y obispos. Además, hay que tener presente claramente que la práctica ininterrumpida de la Iglesia establece la necesidad de un milagro físico, pues no basta un milagro moral”²⁴.

Por milagro se debe entender la sanación que no se puede explicar científicamente y que se atribuye a la intercesión del venerable. El milagro debe ser físico y normalmente de naturaleza médica.

²⁴ Mensaje del Santo Padre Benedicto XVI a los participantes en la sesión plenaria de la Congregación para las Causas de los Santos. Vaticano, 24 de abril 2006.

José Luis Gutiérrez, sobre este aspecto señala:

“Prescindiendo en este momento de un análisis teológico del concepto de milagro, a los efectos que aquí interesan podemos considerar como milagro un hecho que -en cuanto a su substancia, en cuanto al sujeto o en cuanto al modo- no pueda explicarse según las leyes de la naturaleza, y haya sido realizado por Dios respondiendo a la intercesión de un Siervo suyo. Por eso, en el proceso acerca de un presunto milagro, se habrán de recoger pruebas: a) sobre el hecho en sí mismo; b) sobre la atribución de ese hecho a la intercesión de un determinado Siervo de Dios”²⁵.

Tal como lo prescribe la normativa vigente, el proceso para el milagro se debe hacer por separado del examen por las virtudes, del ofrecimiento de la vida o el martirio²⁶.

Sobre el proceso del milagro José Luis Gutiérrez lo resume citando, de una manera clara y precisa, las *Normae servandae in inquisitionibus ab episcopis faciendis in causis sanctorum*, promulgadas por la Congregación para las Causas de los Santos el 7 de febrero de 1983, en los siguientes términos:

“Antes de solicitar formalmente la apertura del proceso acerca de un milagro, el postulador ha de estar seguro de que su petición está bien fundamentada; para eso, solicitará previamente el parecer de expertos en la materia de que se trate. Dado que los milagros examinados en las causas de canonización suelen consistir en curaciones prodigiosas, nos referiremos exclusivamente a ellas en las observaciones que siguen: a) es competente para realizar el proceso el Obispo del territorio en el que ha tenido lugar el presunto milagro. Una vez recibido del postulador el escrito o súplica para que se abra el proceso, acompañado de un informe breve pero cuidadoso acerca del posible milagro y de la documentación relacionada con él, el Obispo solicitará el parecer de uno o dos expertos ; b) si el Obispo juzga que debe abrirse el proceso, nombra

²⁵ José Luis Gutiérrez. *La normativa actual sobre las causas de canonización*, Ius Canonicum, XXXII, No. 63, 1992, pág. 60.

²⁶ Artículo 2.5 del *Motu proprio Maiorem hac dilectionem* del 11 de julio de 2017.

a los componentes del tribunal, y el promotor de justicia (con la ayuda de un experto) prepara los interrogatorios; c) si se trata de una curación, el tribunal estará asesorado por un médico que, en todo lo que se refiera a los aspectos técnicos, ser quien formule las preguntas a los testigos y solicite las aclaraciones oportunas; d) si la persona curada vive todavía, habrá de ser visitada por algunos médicos, para comprobar su estado de salud actual y si su curación ha sido duradera; e) entre los testigos, deben ser llamados los médicos que asistieron a la persona durante su enfermedad. Si se negasen a comparecer ante el tribunal, el juez procurará que, por lo menos, presenten un informe jurado sobre el curso que siguió la enfermedad; si ni siquiera esto se consigue, tratará el juez de que al menos manifieste su parecer a una persona que sirva de enlace y pueda ser interrogada. Entre los documentos, habitualmente será indispensable incluir la historia clínica del enfermo. Habrá que presentar pruebas completas acerca de la enfermedad (diagnóstico, medicación y pronóstico), así como de la invocación del Siervo de Dios a cuya intercesión se atribuya el milagro (quiénes la han pedido, con qué oraciones, etc.)”.

Culminado el informe en sede diocesana, se remite el mismo a la Congregación para las Causas de los Santos, quien estudiara el milagro atribuido al venerable en una comisión de peritos médicos, luego en un congreso especial de teólogos y, más tarde, si dicho presunto milagro es aprobado por mayoría en estas dos instancias previas, pasa a la Congregación de los cardenales y obispos para su aprobación. Si ello sucede se presenta el presunto milagro al Sumo Pontífice para que decrete la beatitud.

Si bien la beatificación es un acto pontificio, será realizada por un Cardenal en nombre del Papa y el rito, que transcurre en una celebración eucarística, tiene lugar en la diócesis que ha promovido la beatificación.

iv) Etapa de canonización

Para lograr la canonización se debe probar un nuevo milagro. Con lo cual se debe seguir nuevamente el proceso descrito anteriormente. El milagro debe tener lugar en fecha posterior a la beatificación.

Una vez seguido el procedimiento antes descrito para comprobar que el milagro se produjo por intersección del beato, el Santo Padre decreta la canonización y su registro en el canon o lista de santos. La fecha de canonización y la celebración del rito correspondiente se deciden en el Consistorio de Cardenales.

4. NORMAS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES EN LAS CAUSAS DE BEATIFICACIÓN Y CANONIZACIÓN Y SOBRE LAS RELIQUIAS

A. Normas sobre la administración de los bienes de las causas de los santos

En fecha 4 de marzo de 2016, el Sumo Pontífice Francisco, aprobó las Normas sobre la Administración de los Bienes de las Causas de Beatificación y Canonización, las cuales se promulgaron y publicaron el 7 de marzo de 2016, entrando en vigor *ad experimentum* por tres años a partir de la fecha de su aprobación.

Las normas en cuestión constan de seis artículos, sobre: los bienes de la causa y designación del administrador; la administración de los bienes; la vigilancia sobre la administración; la contribución del actor a la Sede Apostólica; el fondo de solidaridad y; por último, sobre la entrada en vigor de las normas.

Tal como lo señala la premisa de dichas normas, procesos de esta naturaleza, por su complejidad, requieren esfuerzo, dedicación y trabajo, lo cual comporta gastos importantes que de alguna manera se deben sufragar. Asimismo, estas normas pretenden la racionalización de los gastos y la transparencia en su administración, calificando dichos fondos o bienes como públicos.

De acuerdo al artículo 1 de las normas, una vez que se admite una causa, se debe constituir un fondo para sufragar los gastos de la misma. El fondo se constituye por la oferta o aportes de personas físicas o jurídicas. Dicho fondo, tendrá una naturaleza de “Causa pía”. El solicitante o actor en el proceso de beatificación o canonización, con el consenso del obispo diocesano, designa al administrador del fondo, siendo que el Postulador General puede ejercer el cargo de administrador. El administrador debe actuar de manera profesional y transparente la

gestión encomendada, llevando la contabilidad de acuerdo a las reglas del oficio.

El artículo 3 establece, que en principio, durante la fase diocesana del proceso, le corresponde al obispo diocesano la vigilancia y supervisión de la administración de los fondos. Por su parte la Congregación para las Causas de los Santos, como alta autoridad de supervisión, puede solicitar en cualquier momento al administrador, información financiera y la documentación relacionada y, asimismo, tiene competencia sancionatoria y disciplinaria, en caso de que haya lugar.

En el artículo 4 se consagra, que se deberá hacer una contribución por parte del actor o solicitante a la Sede Apostólica, estableciendo que, para la fase romana, se le pedirá una aportación fijada por la Congregación para las Causas de los Santos y se establecen las etapas en que dicha aportación debe tener lugar. Después de la canonización, la Congregación para las Causas de los Santos, en nombre de la Sede Apostólica, puede disponer del eventual remanente de fondos. Es posible, en caso de dificultad para sostener los costos en fase romana, que la Congregación para las Causas de los Santos haga su aporte o contribución, a fin de paliar tal situación.

B. Normas sobre las reliquias en la Iglesia

En fecha 5 de diciembre de 2017, el Sumo Pontífice Francisco aprobó la Instrucción sobre Las Reliquias en la Iglesia: Autenticidad y Conservación, cuyo texto ha sido publicado en *L'Osservatore Romano* del 17 de diciembre de 2017, entrando en vigor en esa misma fecha.

La introducción de dichas normas nos explica de manera clara que debe entenderse por reliquias, y de esta manera establecer el objeto de protección y conservación de las normas que nos ocupan; en tal sentido, señalan lo siguiente:

“Las reliquias en la Iglesia han recibido siempre una especial veneración y atención porque el cuerpo de los Beatos y de los Santos, destinado a la resurrección, ha sido en la tierra el templo vivo del Espíritu Santo y el instrumento de su santidad, reconocida por la Sede Apostólica mediante la beatificación y la canonización. Las reliquias de los Beatos y de los Santos no pueden ser expuestas a

la veneración de los fieles sin el correspondiente certificado de la autoridad eclesiástica que garantice su autenticidad.

Tradicionalmente son consideradas reliquias insignes el cuerpo de los Beatos y de los Santos o partes considerables de los propios cuerpos o el volumen completo de las cenizas derivadas de su cremación. A estas reliquias los Obispos diocesanos, los Eparcas, cuantos a ellos son equiparados por el derecho, y la Congregación de las Causas de los Santos reservan un especial cuidado y vigilancia para asegurar su conservación y su veneración y para evitar los abusos. Por lo tanto, deben custodiarse en específicas urnas selladas y colocadas en lugares que garanticen su seguridad, respeten su carácter sagrado y favorezcan el culto.

Son consideradas reliquias no insignes los pequeños fragmentos del cuerpo de los Beatos y de los Santos o incluso objetos que han estado en contacto directo con sus personas. A ser posible deben ser custodiadas en tecas selladas. En cualquier modo, deben ser conservadas y honradas con espíritu religioso, evitando cualquier forma de superstición y de comercialización.

Una disciplina similar se aplica también a los restos mortales (exuviae) de los Siervos de Dios y de los Venerables, cuyas Causas de beatificación y canonización están en proceso. Hasta que no sean elevados al honor de los altares por medio de la beatificación o de la canonización, sus restos mortales no pueden gozar de ningún culto público, ni de esos privilegios que están reservados solo para el cuerpo de quien ha sido beatificado o canonizado”.

Asimismo, dicha introducción establece el contenido de las normas en cuestión; en tal sentido indica:

“Esta Instrucción presenta el procedimiento canónico a seguir para verificar la autenticidad de las reliquias y de los restos mortales, para garantizar su conservación y para promover la veneración de las reliquias mediante las posibles operaciones específicas: reconocimiento canónico, extracción de fragmentos y preparación de reliquias, traslado de la urna y enajenación de las reliquias. Se expone, además, lo que es necesario para obtener el consentimiento de la Congregación de las Causas de los Santos para llevar a cabo estas operaciones y el procedimiento a seguir para la peregrinación de las reliquias”.

Debemos señalar, que el artículo 1 de las Instrucciones le otorga competencia “para realizar todas las eventuales operaciones sobre las reliquias o sobre los restos mortales al Obispo de la diócesis o de la eparquía, donde son custodiados, con el consentimiento previo de la Congregación de las Causas de los Santos.” Y el artículo 2 es claro en consagrar, que “Antes de emprender cualquier operación sobre las reliquias o sobre los restos mortales es necesario observar todo lo prescrito por la legislación civil local y obtener, de conformidad con dicha ley, el consentimiento del heredero.” Y que “Antes de la beatificación de un Venerable Siervo de Dios, el Obispo competente invite al heredero a donar los restos mortales a la Iglesia a través de un instrumento jurídicamente reconocido por las autoridades civiles y eclesiásticas, con el fin de poder salvaguardar su conservación”.

Las normas en cuestión son precisas en regular la disposición exacta de las reliquias, la traslación (es decir, el traslado permanente), la enajenación de las reliquias (es decir, la cesión permanentemente de la propiedad) y las peregrinaciones de reliquias (es decir, el traslado temporalmente a otras diócesis).

Asimismo, en fase diocesana de la causa, se debe hacer el reconocimiento canónico de los restos del siervo de Dios o venerable. Así, los artículos 13 y subsiguientes de las Instrucciones detallan la forma y procedimientos que se deben llevar a cabo a tal fin: sitio del reconocimiento, fecha y hora, personas autorizadas para presenciar tal reconocimiento, el régimen de confidencialidad requerido, disposición de los restos mortales y manejo de los mismos, maneras de proceder con los restos mortales y solemnidades a cumplir, peritos autorizados para llevar a cabo la tarea, identificación analítica de todas las partes del cuerpo, descripción en detalle de su estado y, sobre todos estos particulares, se le encomienda la elaboración de un informe. El objetivo final es la conservación y disposición definitiva de los restos mortales.

Por su parte, los artículos 21 y subsiguientes detallan y regulan lo referente a la extracción de fragmentos y preparación de las reliquias. Es el caso, que cuando “la canonización de un Beato o la beatificación de un Venerable Siervo de Dios sea inminente (...), en el contexto de un legítimo reconocimiento canónico, se puede proceder, siguiendo las

instrucciones del perito anatómico, a la extracción de algunas partes pequeñas o de fragmentos, ya separados del cuerpo”. Asimismo se establece, que “dichos fragmentos deben ser entregados por el Obispo o por el Delegado Episcopal al Postulador o al Vicepostulador de la Causa para la elaboración de las reliquias”.

Conforme al artículo 22 de las Instrucciones, “el Obispo, habiendo escuchado la opinión del Postulador de la Causa, decida el lugar donde serán custodiados los fragmentos extraídos.

Se hace evidente, en los términos del artículo 25, que están estrictamente prohibidos el comercio (es decir, el intercambio de una reliquia a cambio de una compensación en especie o en dinero) y la venta de reliquias (es decir, la cesión de la propiedad de una reliquia tras el pago de un precio), así como su exhibición en lugares profanos o no autorizados.

C. Régimen de la exhumación en el derecho venezolano

Anteriormente hemos señalado, que de acuerdo a la Instrucción sobre las reliquias, el obispo diocesano donde se hayan los restos mortales el siervo de Dios o venerable, antes de emprender cualquier operación sobre las reliquias o sobre los restos mortales, debe observar todo lo prescrito por la legislación civil local y obtener, de conformidad con dicha ley, el consentimiento del heredero; asimismo, antes de la beatificación de un venerable siervo de Dios, el obispo competente debe invitar al heredero a donar los restos mortales a la Iglesia a través de un instrumento jurídicamente reconocido por las autoridades civiles y eclesiásticas, con el fin de poder salvaguardar su conservación. De otra parte, resulta indispensable obtener las autorizaciones o licencias, de las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación de cada país, para exhumar o trasladar los restos mortales del venerable siervo de dios.

Sobre el consentimiento de los familiares para para que la Iglesia pueda disponer de los restos mortales, no existe ninguna previsión expresa en la legislación venezolana. Sin embargo, una manifestación de esta naturaleza, conociéndose los herederos del venerable siervo de Dios, podría documentarse y autenticarse por ante notario, autoridad que otorga fe pública de la firma y fecha de la expresión de tal

consentimiento. Sobre este tema se pueden resaltar dos asuntos: primero, si el siervo de Dios no tiene heredero conocido y, segundo, en caso de que se conozcan, quienes están habilitados para otorgar un consentimiento de esta naturaleza.

Si no hay herederos conocidos, lo lógico es que el obispo diocesano declare ante notario la imposibilidad de conseguir o determinar, en el caso concreto, heredero conocido y dicha declaración presentarla ante las autoridades competentes, en caso de ser exigidas al momento de exhumar o trasladar los restos mortales el siervo de Dios o de alguna manera disponer de dichos restos mortales. Somos del criterio, que en caso de conocerse herederos, estarían habilitados para otorgar ese consentimiento, los sucesores directos señalados en la declaración sucesoral emitida por la autoridad tributaria competente o, también, aquellos herederos señalados en el acta de defunción emitida por el registro civil competente. Pudiera haber transcurrido un tiempo importante entre el fallecimiento del siervo de Dios y la realización de los señalados trámites y, en consecuencia, no existir herederos directos, como lo antes indicados; en ese caso, el consentimiento ante notario, lo podrían otorgar aquellos descendientes con capacidad de demostrar tal descendencia.

Para el caso del Venerable Dr. José Gregorio Hernández, tal consentimiento se verificó para la época en que la Arquidiócesis de Caracas acordó, el 23 de octubre de 1975, el resguardo y conservación en la Iglesia de la Parroquia La Candelaria, en la ciudad de Caracas, los restos mortales del venerable.

En lo referente a la exhumación y eventuales traslados de los restos de un venerable siervo de Dios en Venezuela, debemos señalar que está vigente la Ley para la Regulación y Control de la Prestación del Servicio Funerario y Cementerios²⁷.

En primer lugar, dicho texto legal define qué se debe entender por exhumación y, en tal sentido, en el artículo 5.12 nos indica, que “*Exhumación: es el acto de desenterrar el cadáver, previo cumplimiento de ley por solicitud de las autoridades judiciales competentes*”.

²⁷ Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 40.358 de fecha 18 de febrero de 2014.

Asimismo, el artículo 32 de dicho texto legal nos indica, que:

“La exhumación de cadáveres o restos humanos podrá efectuarse después de transcurridos cinco años de la inhumación, previo el otorgamiento del permiso de exhumación emitido por el órgano competente, con correspondiente exposición de motivos y destino de los restos.

La exhumación de cadáveres o restos humanos antes de haber transcurrido cinco años de la inhumación, podrá realizarse, previo otorgamiento del permiso correspondiente por parte de las autoridades sanitarias, en los siguientes casos:

1.-Cuando lo ordenen las autoridades judiciales.

2. Casos especiales determinados por la autoridad competente.

Quien incumpla lo dispuesto en el presente artículo será sancionado con multa entre trescientas Unidades Tributarias (300 U.T.) y cuatrocientas Unidades Tributarias (400 U.T.).”.

De otra parte, conforme a los artículos 34 y 35 de la Ordenanza Modificatoria de la Ordenanza sobre Cementerios y Servicios Funerarios, publicada en Gaceta Municipal del Municipio Libertador del Distrito Federal Extra N° 1.454-C de fecha 22 de abril de 1994, reimpressa en la Gaceta Municipal del Municipio Libertador del Distrito Federal Extra N° 1.695-A de fecha 3 de octubre de 1997, actualmente vigente, para el caso del municipio Libertador, por vía especial o excepcional se admiten las exhumaciones cuando los restos mortales vayan a ser trasladados al Panteón Nacional o una edificación de carácter religioso y que en cada caso se deben cumplir con los requisitos establecidos en la ley o reglamentos sobre la materia.

De la normativa citada anteriormente podemos concluir, en primer lugar, que en Venezuela están permitidas las exhumaciones; en segundo término, la exhumación de cadáveres o restos humanos podrá efectuarse después de transcurridos cinco años de la inhumación; en tercer lugar, que dicha exhumación puede llevarse a cabo, previo el otorgamiento del permiso de exhumación emitido por el órgano competente, con correspondiente exposición de motivos y destino de los restos y, por último, que está previsto, para el caso del Municipio Libertador, las exhumaciones cuando los restos mortales vayan a ser trasladados a una

edificación de carácter religioso, cumpliéndose los requisitos establecidos en la ley o reglamentos sobre la materia.

Debemos señalar, que el único permiso o requisito establecido para una exhumación de esta naturaleza, parece ser el permiso sanitario expedido por el misterio de salud.

En el caso específico de los restos del Venerable Dr. José Gregorio Hernández, como ya lo indicamos, los mismos se encuentran bajo cuidado y protección de la Iglesia en recinto religioso, dichos restos ya fueron exhumados y trasladados del cementerio donde originalmente reposaron a la Iglesia de La Candelaria en la ciudad de Caracas.

A los efectos de un eventual reconocimiento canónico de sus restos mortales y verificación de reliquias, con motivo de su beatificación, somos del criterio que se debe tratar como un acto interno, un rito litúrgico, de la Arquidiócesis de Caracas, donde la legislación venezolana vigente no establece particular requisito o autorización. Eso sí, se deben cumplir los extremos, requisitos, ritos y formalidades exigidos por las normas eclesiológicas, señaladas anteriormente.

Asimismo, es menester señalar, que el Artículo 22, de la ley comentada, regula las inhumaciones (acto de disposición final del cadáver o restos humanos), de la siguiente manera:

*“Las inhumaciones se efectuarán, a excepción de cenizas, únicamente en los cementerios, previo cumplimiento de lo dispuesto por la presente Ley, sin que le sea permitido a ninguna autoridad expedir ordenes, para que aquellas se efectúen fuera de éstos, salvo en las situaciones planteadas en este Capítulo. La inhumación se efectuará de las siguientes formas: inhumación de cenizas, en bóveda, en nicho, en osario y en fosa. La inhumación en bóvedas, fosas o nichos; el cadáver o restos humanos deben encontrarse dentro del ataúd. La inhumación en osarios, contendrá los restos en ataúd con características especiales. En el caso de la inhumación de cenizas, las mismas deberán estar contenidas en un cenizario. **Solo se permitirán las inhumaciones de cadáveres o restos humanos sin ataúd por razones religiosas o culturales. Las inhumaciones especiales se harán fuera de los cementerios cuando la autoridad competente así lo decida y lo autorice en las siguientes situaciones: 1. Por epidemias, se harán bajo las especificaciones e instrucciones***

sanitarias del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud, quien podrá habilitar otros lugares para tales fines. 2. Las que hayan de efectuarse en el Panteón Nacional. 3. La inhumación de los prelados de la Diócesis Arzobispal, quienes serán inhumados en los lugares donde las autoridades eclesiásticas así lo dispongan y cualquier tipo de regulación que sus autoridades determinen. 4. En el caso de personalidades, cuya trayectoria la haya hecho acreedor o acreedora al honor de ser sepultado o sepultada en un monumento u otro sitio que a tal fin se determine, previa autorización de los familiares y de acuerdo a lo establecido por el Ejecutivo Nacional.” (subrayado nuestro).

5. EL PROCESO DE BEATIFICACIÓN DEL VENERABLE DOCTOR JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ

El 16 de enero de 1986, su Santidad Papa Juan Pablo II dictó el Decreto de Heroicidad de Virtudes y declaró al Siervo de Dios, al Dr. José Gregorio Hernández, a partir de ese momento, “Venerable”.

Tal como lo relata la crónica consultada en los medios de comunicación y las redes sociales:

“El proceso se inició en junio de 1949, a los 30 años de su muerte, siendo Arzobispo de Caracas Mons. Lucas Guillermo Castillo quien ordenó la etapa informativa. En agosto de 1957 se hizo el proceso rogatorio realizada en la Habana donde su Cardenal Manuel Arteaga Y Betancourt había estudiado con el Doctor en Caracas. En abril de 1964 se declaró que no había impedimento para proseguir con el resto del sumario. La Causa se introdujo oficialmente el 4 de mayo de 1972. Para ello se realizó en Caracas, entre julio de 1973 y enero de 1976, un juicio apostólico para recopilar información. El caso se trasladó a Roma para que en la Congregación de la Causa de los Santos donde se llevó a cabo las llamadas animadversiones, a cargo del –abogado del diablo–, que intenta desvirtuar al candidato. El 23 octubre de 1975 los retos fueron trasladados a la iglesia parroquial la Candelaria. En septiembre de 1985 es aprobado el expediente sobre las virtudes heroicas y es declarado Venerable, título que da la Iglesia a quienes considera un modelo de vida cristiana, digno de ser imitado por los fieles. El heroísmo

y las virtudes fueron proclamadas por Juan Pablo II en enero de 1986. La Comisión de la Iglesia venezolana presentó dos milagros, los cuales fueron rechazados. En la actualidad se está por presentar un milagro en la curación de hidrocefalia. Se está a la espera de la respuesta de médicos especialistas quienes lo estudian con mucha delicadeza”²⁸.

Asimismo, el sacerdote Francisco Javier Duplá, S.J. y Axel Capriles M. nos relatan sobre este particular, lo siguiente:

“El primer paso en este trámite consiste en solicitar la apertura de la causa de beatificación por parte del tribunal apropiado de la Santa Sede, que es la Congregación de Ritos, solicitud que debe ser encabezada o al menos refrendada por alguna autoridad eclesiástica de la zona. Este paso fue dado el 19 de marzo de 1948 por el sobrino de José Gregorio, Ernesto Hernández Briceño, con el refrendo del arzobispo de Caracas, monseñor Lucas Guillermo Castillo. Hecha la solicitud, el secretario del arzobispo pidió al sobrino de José Gregorio que escribiera una biografía de su tío para acompañar el expediente.

El segundo paso consiste en nombrar un postulador de la causa, o sea, una persona que se preocupe de impulsarla, recogiendo testimonios de las personas que conocieron al difunto sobre su fama de santidad, que en el caso del doctor José Gregorio Hernández era espontánea y mantenida. El postulador debe recoger y revisar sus escritos y demostrar que no hay un culto anticipado, es decir, una veneración como si fuera santo, con estatuas en los altares y oraciones en las que se le tributa culto. El primer postulador de la causa de beatificación de José Gregorio Hernández fue el padre Antonio de Vegamián, Custodio de los padres capuchinos. El proceso de beatificación comenzó su andadura en septiembre de 1949. Se hizo una lista de muchas personas que le conocieron y le trataron personalmente, entre los que se encontraba su amigo Santos Aníbal Domínic, el doctor José Manuel Núñez Ponte, cronista de Caracas, varios eclesiásticos de Venezuela, el cardenal de Cuba, y sus testimonios quedaron incorporados al proceso judicial.

²⁸ Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Jos%C3%A9_Gregorio_Hern%C3%A1ndez

Desafortunadamente no se tomaron todas las declaraciones y después de cinco años el proceso se estancó”²⁹.

Como quedo evidenciando anteriormente en este trabajo, las causas de los santos son largas, rigurosas y llenas de formalismo; en los términos del Sumo Pontífice Benedicto XVI, “*Las causas se han de incoar y estudiar con sumo cuidado, buscando diligentemente la verdad histórica, a través de pruebas testimoniales y documentales omnino plenae, puesto que su única finalidad es la gloria de Dios y el bien espiritual de la Iglesia y de todos los que buscan la verdad y la perfección evangélica*”³⁰. Por su parte, el sacerdote Francisco Javier Duplá, S.J. ha señalado sobre la lentitud del proceso, que la “*respuesta más sencilla es doble: porque los trámites son largos y rigurosos, y porque han surgido inconvenientes en ese largo camino*”³¹.

Debemos señalar, que gracias a la labor de Monseñor Rincón Bonilla, Vice postulador de la Causa en Caracas para la época, el 16 de enero de 1986, habiendo la Congregación para las Causas de los Santos aprobado la *positio super virtutibus*, el Santo Padre Juan Pablo II emitió el decreto de reconocimiento de las virtudes heroicas del Siervo de Dios José Gregorio Hernández, por lo cual se le confirió la condición y título de Venerable.

En definitiva, habiéndose declarado venerable al Dr. José Gregorio Hernández, la causa de canonización se encuentra actualmente en sede romana en la etapa de aprobación del primer milagro, como lo hemos analizado, requisito indispensable para su beatificación. En tal sentido, según información difundida a través de los medios de comunicación, primero, la Comisión de Peritos Médicos y la Comisión Teológica de la Congregación para las Causas de los Santos, aprobaron, por unanimidad, el milagro por intercesión del venerable doctor José Gregorio Hernández en la curación de la niña de 10 años de edad Yaxury Solórzano

²⁹ Francisco Javier Duplá, S.J. y Axel Capriles M. *Se llamaba José Gregorio Hernández*. Colección Ediciones Especiales ABendiciones y Fundación Amigos José Gregorio Hernández. Caracas, Venezuela, 2018. Pág. 153. Consultada en versión digital.

³⁰ Mensaje del Santo Padre Benedicto XVI a los participantes en la sesión plenaria de la Congregación para las Causas de los Santos. Vaticano, 24 de abril 2006.

³¹ *Ibidem*, pág. 154. Sobre el este tema del retraso en la causa del Dr. José Gregorio Hernández, leer lo señalado en el trabajo en cuestión pág. 154.

Ortega, quien recibió un tiro en la cabeza durante un asalto a su padre en fecha 10 de marzo de 2017³².

De acuerdo a información recaba en diferentes medios de comunicación, el estado de la niña antes del milagro implicaba una herida de bala en la cabeza, pérdida de sangre, de la masa encefálica y huesos y el pronóstico de los médicos, en caso de sobrevivir, era que quedaría con discapacidad motriz, lingüística, pérdida de memoria y de la visión. Después del presunto milagro o sanación, la niña fue dada de alta del hospital a los veinte días de haber sido ingresada, completamente sana, caminando y hablando con normalidad. Se alega, que la madre de la niña solicitó la sanación por intersección del Venerable Dr. José Gregorio Hernández³³.

Después de las investigaciones exigidas por las normas eclesásticas antes analizadas, adelantadas en la Diócesis de San Fernando de Apure, Venezuela, por el obispo diocesano el viernes 18 de enero de 2019, Baltazar Cardenal Porras, Administrador Apostólico de la Arquidiócesis de Caracas, consignó por ante la Congregación para las Causas de los Santos el correspondiente informe, habiéndose cumpliendo con los requisitos y formalidades exigidos en sede diocesana.

Tal como lo señalamos en su oportunidad, culminado el informe en sede diocesana, se remite el mismo a la Congregación para las Causas de los Santos, la cual estudia el milagro atribuido al venerable en una comisión de peritos médicos, luego en un congreso especial de teólogos y, más tarde, si dicho presunto milagro es aprobado por mayoría en estas dos instancias previas, pasa a la Congregación de los cardenales y obispos para su aprobación. Si ello sucede, se presenta el presunto milagro al Sumo Pontífice para que decrete la beatificación. Si bien la beatificación es un acto pontificio, el rito transcurre en una celebración eucarística en la diócesis que ha promovido la beatificación, presidido por el cardenal, en nombre del Papa.

³² Disponible en: <https://efectococuyo.com/la-humanidad/vaticano-aprueba-primer-milagro-del-venerable-doctor-jose-gregorio-hernandez/Arquidiócesis de Caracas>.

³³ Disponible en : <https://www.josegregorio.org/testimonios/yaxury-sol%C3%B3rzano-ortega> <https://efectococuyo.com/la-humanidad/vaticano-aprueba-primer-milagro-del-venerable-doctor-jose-gregorio-hernandez/> Disponible en: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130926/el-papa-mostro-interes-por-beatificacion-del-dr-jose-gregorio-hernandez>.

Para que tenga lugar la declaratoria de santidad, por parte del Sumo Pontífice y el beato sea declarado santo, debe ser comprobado un segundo milagro, tras tramitarse el mismo en sede diocesana y luego en sede romana, como ya fue descrito en este trabajo.

Actualmente, la Postuladora de la Causa del Venerable Dr. José Gregorio Hernández es la abogada argentino-italiana Silvia Correale y el Vicepostulador monseñor Tulio Ramírez Padilla, obispo auxiliar de la Arquidiócesis de Caracas.

Caracas, mayo de 2020

PALABRA CLAVE

Proceso de canonización.

Perspectiva jurídica del proceso de canonización.

Causa de santidad del Venerable Dr. José Gregorio Hernández.

**CONFERENCIA
DE DON SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
DIRECTOR DE LA REAL ACADEMIA
ESPAÑOLA DE LA LENGUA,
CELEBRADA EN FORMATO TELEMÁTICO
EN SESIÓN ORDINARIA DE LA CORPORACIÓN
EL DÍA 2 DE JUNIO DE 2020**

LOS PANDEMICISMOS EN EL ESPAÑOL Y OTROS ABUSOS EN EL LENGUAJE JURÍDICO POR CAUSA DEL COVID-19

Muchas gracias presidente por la invitación. Voy a abordar con qué problemas jurídicos y lingüísticos nos estamos enfrentando en España con ocasión de esta peste modernísima del siglo XXI. En España estamos estrenando un régimen constitucional que hasta ahora no había sido ensayado, que es el régimen del estado de alarma. En nuestra Constitución en el art. 116 está recogida la regulación de la necesidad del estado, en términos generales, en situaciones de emergencia de diferente carácter, en relaciones extraordinarias se pueden declarar hasta tres tipos de estado distintos, de situaciones distintas, (i) el estado de alarma, (ii) el estado de excepción y (iii) el estado de sitio. Este último le puedo decir que es una situación militar, el gobierno se militariza y las dos anteriores son situaciones civiles que permiten al poder público y al gobierno actuar con diferente intensidad sobre los derechos. Los estados de alarma en España desde que fue proclamada la Constitución de 1978 no se habían declarado nunca, miento, con una excepción, un año o hace ya quince, tuvimos una huelga de controladores aéreos que estuvieron a punto de cerrar nuestro espacio aéreo y el gobierno declaró un estado de alarma para obligarlos a trabajar y también para sustituir su trabajo por los controladores militares. Esto duró muy poco tiempo hasta que se llegó a un acuerdo laboral y no ha vuelto a plantearse ninguna clase de problema.

Ahora el estado de alarma está regulado con más detalle en una ley de 1981, una ley muy primeriza después de aprobar la constitución, que repito recordaros un texto de 1978, ese texto de 1981 tampoco ha

sido utilizado salvo en la ocasión que acabo de decir, y como bien comprenden es un texto que se dictó sin ninguna experiencia. Ahora nos encontramos con esta aplicación en estos momentos tan gravísimos y nos han adoptado medidas que a su buen saber y entender podrían ser útiles pero un poco digamos a ciegas.

La declaración del estado de alarma se hizo el 14 de marzo de 2020. En nuestra Constitución y en la ley que les he citado el estado de alarma tiene una duración de 15 días como máximo, aunque son prorrogables y podría pasar el gobierno la sexta prórroga, de los 15 días máximos de duración, por tanto, es un término bastante ficticio, porque no hay ningún límite de las prórrogas sucesivas que puedan durar hasta una legislatura entera, si la situación es de emergencia o de desastre. Ese decreto, lo que hace el decreto de declaración del estado de alarma, es atribuir los poderes, quien ejerce el poder y establecer los derechos que se pueden limitar y los límites de esa limitación. Teóricamente cuando hemos estudiado los administrativistas, los constitucionalistas el estado de alarma siempre hemos dicho que su régimen está presidido por dos principios: los poderes de excepción que atribuyen el estado de alarma del gobierno no pueden durar más tiempo que el de la emergencia, están vinculados a la duración de la emergencia, y por otro lado están también vinculados al principio de proporcionalidad, las medidas que se adopte tienen que ser proporcionales y el tiempo en que se actúa tiene que ser justo el que permite, el que justifica la permanencia del estado de necesidad. Lo que hemos comprobado en España hasta ahora mismo, es que de ninguna manera, eran buenos los principios teóricos pero en la práctica saber si la medida es proporcional o no a los fines determinara en qué momento la emergencia ha terminado.

¿Qué problemas ha planteado o está planteando la situación? La primera y más principal es que se han designado una autoridad única para el control de la pandemia, una autoridad gubernamental única, que se ejerce colegiadamente por tres ministros, el Ministro de Sanidad, el Ministro de Interior y el Ministro de Fomento. Esa autoridad única genera dos problemas inmediatos: (i) el primer problema, el Ministerio de Sanidad de nuestro país lleva 40 años sin tener ninguna competencia, porque existió históricamente un Ministerio de Sanidad, sigue

existiendo pero está vacío de contenido puesto que todas las competencias del Ministerio de Sanidad han sido descentralizadas, atribuidas a nuestras regiones políticas, a las comunidades autónomas, de modo que el Ministerio ni tiene competencias, ni tiene práctica para atender una emergencia de ese tipo y deben derivar muchas confusiones, muchas faltas de coordinación, muchos atropellos intergubernamentales y de reclamación continua por la falta de experiencia, de tino, de eficacia a la hora de abordar la situación. (ii) El segundo problema, es que la autoridad única produce una compulsión en el régimen constitucional a la hora del reparto de competencias, puesto que las competencias sanitarias y todas las que sean precisas para atender estas emergencias están atribuidas en España a las comunidades autónomas de acuerdo con nuestra Constitución, por lo tanto esto implica una recentralización del poder, que como bien comprenderán, las comunidades autónomas más ariscas, más agresivas, están protestando continuamente.

Otro tema muy importante, el estado de alarma en nuestro sistema como les digo es el más débil de las fórmulas de emergencia, de las fórmulas que se pueden usar para luchar contra las emergencias y nuestra Constitución solo permite la limitación de los derechos cuando sea necesario, no la supresión de los derechos, pero la diferencia entre limitación de derechos o suspensión de los derechos es muy débil, muy frágil, es muy difícil de determinar. Una gran parte de los juristas que han analizado la situación creen que se han suspendido los derechos, especialmente la libertad de circulación, las personas y otros creen que son simplemente limitación, pero esto es uno de los asuntos más delicados y como muchos creen que se ha tratado una de una suspensión, pues se está criticando al gobierno por haber adoptado un estado de alarma y no un estado de excepción donde la suspensión si se puede acordar, porque la decisión de adoptar el estado de excepción es del parlamento, de las Cortes Generales y no del gobierno, es decir que se entiende que la declaración de estado de alarma ha sido una medida, un subterfugio para evitar llevar el parlamento y sea el que decida en definitiva.

Hay algunos derechos que han sido suspendidos o limitados como la libertad de circulación y otros que sencillamente han sido igualmente restringidos sin ninguna necesidad de que esto ocurra, por ejemplo,

muchos se quejan de que la limitación de la libertad religiosa, impidiendo a los ciudadanos que acudan a prácticas religiosas en las iglesias pues es una medida excesiva, que no era necesario adoptarla con tanta rigidez.

La comunicación del gobierno con los ciudadanos se ha hecho con un canal único, se utiliza la televisión pública con la que conectan a las demás televisiones, lo cual puede ser entendido como una restricción de la libertad de comunicación que resulta también innecesaria. Como se controla todo esto y en definitiva como se hace que se cumplan los límites del estado de alarma que cumplen con los requisitos constitucionales y sobre todo con la proporcionalidad y con la adaptación estricta de los hechos, pues por dos vías la parlamentaria y la jurisdiccional, como es tradicional y lógico en estas cosas.

Que podemos decir del control parlamentario, pues que los españoles gracias al control parlamentario podemos observar en directo y en televisión, riñas monumentales, debates agrios entre las diversas fuerzas políticas, las gubernamentales y las no gubernamentales, sin ningún resultado efectivo porque al final el gobierno va al parlamento a pedir prórroga del estado de alarma, consigue apoyo de otras fuerzas políticas sobre la base de hacer promesas que nada tienen que ver con el estado de alarma, sino con otras cuestiones y en definitiva consigue el control de lo que hace y control de lo que está haciendo y en definitiva no existe ningún control. El otro control es el jurisdiccional. Se está produciendo una intervención de los tribunales, se está produciendo al menos una apelación a los tribunales para que intervenga, por ejemplo, el tribunal constitucional ha sido requerido para que anule el estado de alarma, hay gente de gran ingenuidad como en mi país que después de tres meses casi del estado de alarma hay grupos políticos que han pedido al tribunal constitucional que anule el estado de alarma y el tribunal constitucional es probable que se pronuncie sobre esto dentro de seis meses por lo cual la efectividad de ese control es completamente nula como bien se entiende.

También ha habido acciones ante la jurisdicción contenciosa administrativa, las más importantes tienen que ver con que ya hay, pero las va a haber más en el futuro, que son las que reclaman responsabilidad

patrimonial del estado por los daños producidos por la emergencia sanitaria. Acusan al gobierno de no haber sido suficientemente eficaz y que esto ha producido lesiones que son irreparables, que el gobierno tiene que reparar y de este tipo de acciones contenciosas hay muchas; también han empezado acciones penales que están fundadas en negligencia por parte del gobierno a la hora de adoptar algunas medidas que debieron prohibirse, por ejemplo el día 08 de marzo hubo una gran manifestación en Madrid para celebrar el día de la mujer, salieron muchas mujeres en Madrid y en toda España, muy especialmente la de Madrid fue un foco de contagio cuando el gobierno ya sabía que teníamos la emergencia encima y hubo muchos contagios y al día siguiente el día 09 ya se declaró el estado de alarma. De modo que el gobierno haya ocultado que conocía la circunstancia de la emergencia y que se han producido daños graves, enfermedad y muerte pues le está siendo reclamado por algunos colectivos y los partidos políticos, también no sólo por la vía civil sino por la vía penal son homicidios de los que se acusa al gobierno.

Estamos ahora en tiempos finales de desescalada que afortunadamente parece que el ángel exterminador ya ha pasado o al menos está en sus últimos coletazos y estamos en tiempos de desescalada que está produciendo como efecto el más importante el retorno de las competencias concentradas en el gobierno de Madrid a las comunidades autónomas, esto se está haciendo de manera muy desigual porque no es una situación igual en cada parte del territorio lo cual está generando problemas importantes en tratos desiguales de las diferentes comunidades.

Lo más importante de esto desde el punto de vista jurídico en esta fase es que el tema elevado de la epidemia cuando está más elevada la punta epidémica se han adoptado infinidad de disposiciones legales de decretos leyes que tienen efecto no solo durante el periodo de duración de la epidemia o de la pandemia, sino que tienen proyección hacia el futuro, lo que nos plantea la cuestión de si medidas adoptadas durante el tiempo de emergencia por una pandemia pueden perdurar en el futuro o por el contrario hay una caducidad inmediata de todo lo que se ha actuado un minuto después de que la declaración del estado de alarma se da. La vía que se está estudiando más interesante para ajustar la disminución del efecto pandémico es no emplear el estado de alarma

que digamos es una medida de gran relevancia que permite poderes excesivos sin adoptar alguna legislación especial sobre este asunto. Este camino lo plantean los que creen que una ley que tenemos en España desde el año 1986, es una ley de medidas especiales en materia sanitaria que permite la adopción de estados de emergencia sanitaria concebidos a la enfermedad que habilitan poder y forma para actuar contra la enfermedad sería mejor vía esta normativa especial y no una ley que habilite poderes que sean excesivos, en ello estamos.

Estos son los asuntos más importantes de los problemas que se han planteado desde el punto de vista jurídico, en todo este tiempo como en todas las emergencias, como en todas las crisis ha habido también una revolución de las palabras, siempre que hay emergencia sea una emergencia política, sea una emergencia sanitaria, hay una revolución de las palabras, hubo una revolución de las palabras muy importante la primera vez que el vocabulario entró en política que fue con ocasión de la revolución francesa. Aparecieron entonces muchísimas palabras nuevas con ocasión igualmente de las independencias americanas, muchas palabras que no estaban en uso antes y que supusieron a la entrada de la política en el diccionario, asamblea legislativa, separación de poderes, libertad, soberanía, tantas otras entraron en el diccionario.

La revolución tecnológica que estamos viviendo todavía, la revolución digital está produciendo montañas de palabras nuevas que están realmente necesitando una atención. De un modo más moderado también las crisis sanitarias o una crisis tan grande como la que estamos viviendo ha llenado también el vocabulario.

En la real academia española nos hemos encontrado con que nuestro Diccionario ha sido consultado durante el tiempo de la epidemia más veces que nunca en un mes. El mes de abril llegamos a cien millones de visitas, que busca la gente, pues de todo como siempre, muy especialmente han buscado las palabras concernientes a la crisis sanitaria, han buscado coronavirus, COVID-19, confinamiento, desescalar, palabras que se están actualizando actualmente todos los días, incluso algunas como estado de alarma y también videollamadas, que no es que sea un vocablo vinculado a la pandemia pero las videollamadas se han multiplicado con ocasión de esta situación de encierro en la que

estamos. La herramienta ha venido para quedarse. Nos hemos encontrado con que estas preguntas, estas consultas algunas veces tienen respuesta en el diccionario y otras no. No teníamos coronavirus, o COVID-19 a secas y otras que tenemos no están definidas en que es el modo en que se están utilizando en la actualidad. Por supuesto, estas palabras hemos debatido en el pleno de la academia sobre alguna de ellas, palabras como coronavirus entrarán en el diccionario con los títulos, ojalá siempre evitamos que entren en el diccionario palabras que sean ocasionales, y coronavirus, aunque se apague su importancia sanitaria es una palabra que quedará en la historia por los estragos que ha producido en nuestras vidas.

COVID-19 ha planteado a la academia muchas preguntas acerca de si es femenino o masculino. En España al menos al principio comenzó a utilizarse fundamentalmente en masculino, hemos dicho que la palabra por su composición las siglas son femenino, porque la última letra de “COVID-19” es una de enfermedad, por tanto, debería decirse “la COVID-19”. Vemos en los medios de comunicación que muchos están haciendo, no nos extrañaría que al final triunfara el masculino, que el pueblo decida que sea masculina la palabra en cuestión.

Otras palabras como “confinamiento” están en el diccionario, pero plantea un problema político jurídico curioso. Confinamiento tradicionalmente significa una medida punitiva, se confina a alguien. En España ya no existe la pena de confinamiento, se sustituye por otra que se denomina “presencia obligatoria” o algo así como control obligatorio sobre los movimientos de una persona. Pero confinamiento existe en bastantes códigos penales americanos, es importante mantener esa definición que es la dominante en el diccionario de la actualidad. El confinamiento que se está utilizando ahora no es confinamiento penal. Ninguno de nosotros hemos hecho o infringido ninguna norma para que nos confinen, debería decirse “aislamiento” o “enclaustramiento” u otras que no son imperativas.

El uso general nos ha obligado, ha añadido una acepción a la palabra para indicar cada definición adecuada ahora mismo a como se está utilizando por los ciudadanos. Lo mismo digo de “desconfinar”, “desescalar”, “desescalada” se ha convertido en España en una palabra

de significación política, porque “desescalar” no está en el diccionario y quienes usan “desescalar” son imputados por sus oponentes como son de izquierda o próximos al gobierno, de modo que la academia tiene que simplemente hacer lo que le parezca sensato. “Desescalar” es una palabra totalmente bien formada, se utiliza un prefijo para indicar que es lo contrario de escalar que se utiliza muchísimo en nuestro vocabulario.

Estamos revisando incluso “estado” de alarma para hacer una definición que es más común a todos nuestros países. Nosotros tenemos en el diccionario “estado de alarma” como situación en la que el gobierno decide adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos. Debatíéndolo mucho nos damos cuenta que, no en todos los países es el gobierno con el control del parlamento, nos estamos encontrando con confinamientos decididos por dictadores, sin gobierno ni parlamento, por una especie de un particular que no se ajusta a lo que es esa medida a una democracia ordinaria. De modo que si nos ha obligado a pensar mucho, si les divierte les puedo hacer una referencia que tengo que buscar que no la tengo adelante a lo mucho que se ha inventado en materia de vocabulario en estos meses de pandemia, hay gente que se ha dedicado exclusivamente a inventar variantes de cualquier palabra y nos han llenado las consultas de las cosas más inverosímiles, con ese tipo de novedades se había pensado que no durara mucho esas si son efímeras y por tanto los académicos tenemos que esperar sentados a que se vaporen o se difuminen y se acabe la moda.

Bueno Humberto no sé si esto es lo que esperabas de mí, quería hablarles del Diccionario Panhispánico Español jurídico que es la niña de mis ojos, que vamos a presentar enseguida.

Dr. Humberto Romero-Muci: Don Santiago un millón de gracias, excelente nos llevamos una visión extraordinaria sobre la situación en España y todas sus incidencias sobre el vocabulario y sus consecuencias hasta jurídicas. ¿Si quiere algún tipo de preguntar o continuar con el resto de la exposición?

Don Santiago Muñoz Machado: Simplemente una exposición para dar lugar o provocar un dialogo entre nosotros, de modo que estoy dispuesto a contestarles lo que se les ocurra siempre que yo lo sepa.

Dr. Humberto Romero-Muci: Le pediría al Dr. Brewer, a la Dra. Sosa, al Dr. Ayala, al Dr. Rafael Badell Madrid que son los constitucionalistas administrativistas que ha escrito mucho sobre estos temas, que alguno pueda formular una pregunta y continuamos con el Diccionario de términos jurídicos españoles. El Dr. Brewer tiene el derecho de palabra.

Dr. Allan Brewer Carias: muchísimas gracias, quería agregar algo más a la presentación de Santiago Muñoz Machado y es que Santiago es profesor de derecho administrativo. Ese es su origen. De allí ha sido constitucionalista y ahora preside la Academia de la Lengua. Santiago es editor y tiene un perfil importante, creador, fundador y dueño de una gran editorial que se llama *Iustel* y además es director de la Revista El Cronista. En esta revista han salido varios temas sobre el país. Le agradecemos su participación acá.

Quería solo comentar rápidamente que el problema que se ha planteado en España sobre el COVID-19, en Venezuela también existe un estado de alarma, pero el que tenemos con una duración de más tiempo ha provocado por supuesto que se han limitado y se han restringido derechos sin identificarlos, totalmente inconstitucional y luego los dos elementos del control que el mencionaba de estas situaciones están en situación precaria. En Venezuela, al menos los españoles tienen la posibilidad de ver los debates en la televisión aquí simplemente la Asamblea Nacional fue absolutamente desconocida, para el ejecutivo no existe y para el sistema del estado de alarma se ignoró completamente. En el caso de Venezuela los decretos tienen que ser controlados judicialmente además por la sala constitucional. De modo que tenemos los mismos problemas con el mismo nombre pero con resultados distintos. En ese sentido quiero indicarle a Don Santiago Muñoz Machado que esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales es uno de los bastiones institucionales del derecho y la democracia en Venezuela.

Dr. Humberto Romero-Muci: Lamentablemente el Dr. Santiago Muñoz Machado se desconectó, no sé si por una falla técnica. Lo estoy tratando de contactar por el *whastapp*, creo que se quedó sin batería. Estoy hablando con su secretaria en Madrid a ver si nos da información sobre el particular. Adelante ya entro el Dr. Muñoz Machado.

Dr. Allan R. Brewer Carías: Santiago simplemente había complementado tu presentación ante esta Academia y tu interés por las acciones de América Latina y particularmente de Venezuela que se ha reflejado en tu revista, de manera que apreciamos mucho tu participación en esta sesión y reiterarte que en Venezuela la Academia de Ciencias Políticas y Sociales es uno de los bastiones de la institucionalidad democrática en el país y estamos agradecidos por la atención que tuviste a la convocatoria que te hizo el presidente de nuestra Academia.

Don Santiago Muñoz Machado: Ya sabes que me tenéis siempre a vuestra disposición, la misión que tienen es muy importante en el país de modo que siempre que podamos hacer algo desde España, nos tenéis a vuestra disposición.

Dr. Humberto Romero-Muci: En el orden de la palabra tengo al Dr. Carlos Ayala Corao que quiere formular una pregunta a Don Santiago Muñoz Machado.

Prof. Carlos Ayala Corao: Muchas gracias y agradecerle al Dr. Santiago Muñoz Machado por habernos acompañado y por su brillante intervención. Yo quisiera escuchar su comentario sobre qué solución darle desde el Derecho Público a una pandemia. Yo creo que el Derecho Público no estaba preparado en el mundo para afrontar una pandemia y las reacciones del Derecho Público han sido muy diversas, de países que no han decretado ni emergencia ni estados de excepción, pasando por países como Alemania que no hizo un estado de excepción sino con las leyes del parlamento le han hecho frente a las dificultades de coordinación. Países que han decretado estados de excepción desde el punto de vista formal y países que han decretado emergencia sanitaria, es decir, ha habido una serie de reacciones yo diría que ninguna encaja por lo que estamos viendo.

Ninguna encaja porque la emergencia sanitaria, por llamarlo de alguna manera, que conocíamos no era la pandemia y ya se nos había olvidado lo que había ocurrido con la peste de 1918, la llamada peste española, pero entonces la pregunta tiene que ver con lo siguiente: ciertamente cuando se escojan opciones que no son los estados de excepción más duros, más tradicionales que permiten una excepcionalidad mucho más grave por llamarlo de alguna manera y en el caso del

sistema español que existe en varios países pues la emergencia por llamarlo el estado de alarma que es el mismo nombre que tiene el nuestro estado de alarma, se supone que va a afectar solamente a algunos derechos y hay otros derechos por decirlo así más duros, derechos civiles tradicionales que no se pueden afectar, pero el hecho es que en la práctica se afectan muchos más derechos de los que aparecen afectados, derechos que no han sido mencionados en casi ningún estado de alarma, de excepción de emergencia por mencionar uno, es decir el derecho a elegir, hay más de sesenta elecciones en el mundo que han sido diferidas, en derecho a reunirse y a manifestar públicamente que no está expresamente se ve afectado por este confinamiento, como decía usted desde el punto de vista lingüista y correctas restricciones de circulación, pero aquí hay una clave que yo veo en la respuesta de los tribunales, hay una sentencia muy buena del tribunal constitucional alemán que yo la cito en un trabajo mío donde precisamente frente a una prohibición de una manifestación que había sido convocada en una localidad en un grupo limitado de personas guardando el distanciamiento social y otro iban a ir en sus automóviles, esa prohibición del tribunal constitucional la bajó diciendo no se puede simplemente prohibir a raja tabla la manifestación, hay que ver caso por caso bajo la proporcionalidad, que por cierto contrasta con una decisión que hay del tribunal constitucional español con ocasión del primero de mayo que es en la localidad de Vigo que prohibió a raja tablas que no se podía hacer ninguna tipo de manifestación pública por el problema de la pandemia, entonces estas son unas brevísimas reflexiones para ver cómo nos responde usted al problema de qué respuestas debería dar el derecho público a un fenómeno que ni los médicos, ni los científicos, ni los ingenieros, ni los abogados, ni el estado estaba preparado porque es un fenómeno único que está viéndose un estado de emergencia global con esta pandemia. Muchas gracias Dr. Muñoz Machado muy amable.

Don Santiago Muñoz Machado: Yo creo que no hay una solución ideal para todos los tipos de emergencia o de estados de necesidad, el estado de necesidad es una situación distinta, no es lo mismo una catástrofe consistentemente un terremoto o de unas lluvias catastróficas, que una epidemia sanitaria. De todas estas emergencias que se pueden

producir en la sociedad, sin embargo, las más tradicionalmente reguladas son las epidemias. En la legislación del siglo XIX había siempre en España normas específicas para las epidemias sanitarias, e incluso una regulación para evitar la transmisión a través de las fronteras y había hasta una regulación especial de lo que ha venido llamando siempre la sanidad exterior. En España junto a una ley general de sanidad del año 86 tenemos una ley de medidas concretas de carácter sanitario de ese mismo año que se refiere específicamente a las emergencias sanitarias y están reguladas las situaciones bastante bien porque sabemos qué es una emergencia sanitaria, no sabemos qué ocurre cuando la tierra estalla, cuando hay un levantamiento masivo, cuando los aviones se caen o emergencias de otro tipo que se pueden producir, pero las sanitarias forman parte de nuestra vida, de nuestra historia, por lo que hay que regularlas con un poco más de acierto podría plantearse. En nuestro país ahora se está planteando que esto de las epidemias parece que no es asunto que vaya a acabar como esta que estamos padeciendo ahora, sino que van a hacer más recurrentes en el futuro. Por eso se está pensando en montar una unidad especial en la administración del estado para que pueda intervenir de modo especialmente potente y con medios en casos de emergencia de ese tipo. En un estado descentralizado como el nuestro en el que las competencias están fragmentadas en millones de unidades distintas pues convendría que hubiera una unidad de ese tipo. Se invoca como precedente el caso de una unidad militar de emergencias que se constituyó con el gobierno socialista de Rodríguez Zapatero hace quince años, cuya necesidad se vio para combatir los incendios forestales, durante algún tiempo en España han sido verdaderamente una peste ambiental y funciona bien esa unidad de emergencia porque ayuda a las comunidades autónomas que no tienen medios bastantes para combatir los incendios con medidas y hay que tener unidades que no se usan habitualmente pero hay que tenerlas preparadas para cuando surja una ocasión como esta. Tengo yo un gran discípulo que Allan conoce, que es Vicente Álvarez catedrático ahora en Extremadura, que tiene una tesis sobre el derecho de necesidad, tardó muchísimos años para concluir que *no hay nada que hacer*, que el poder político ante las emergencias pues *salus populi suprema lex*, ante la excepción hay que crear

un derecho de excepción para preservar esa *salus publica* que es la ley suprema y con tanto es muy difícil de prevenir que medidas son las necesarias atendiendo las características de la emergencia, tendría que hacer una conclusión de mil páginas en la tesis que sea una por una en la historia y en la actualidad todos los remedios que se han inventado.

Prof. Carlos Ayala Corao: Muchas gracias

Dr. Romero-Muci: La Dra. Sosa tiene una pregunta

Dra. Cecilia Sosa Gómez: Me gustaría en primer lugar darle las gracias a Don Santiago porque su presentación. Nos hace reflexionar sobre la manera yo diría casi tradicional que hemos consagrado en las constituciones, los estados de necesidad, pareciera que la elevación de los derechos humanos en el mundo, diríamos en los últimos veinte años haría necesario y es una reflexión que me sale de su presentación, que hiciéramos una revisión de la forma en que las constituciones están consagrando los estados de necesidad, entre ellos por supuesto el de alarma, sitio o de conmoción como se llama en Venezuela, por qué?; porque en realidad la manera en que están consagrados eleva al poder ejecutivo a un poder normativo independientemente de cualquier cosa por encima casi de la Constitución y usted está planteando por la tradición en España que las leyes van casi a resolver de alguna forma el caso que mencionaba de la idea de que no perduraran en el tiempo o hacia el futuro las normas que fueran dictadas ahora, se está acogiendo el tema de la reserva legal, es decir, pareciera que y esa es la pregunta, si usted considera que verdaderamente estamos atrasados en la constitucionalización de los estados de necesidad y eso necesita una revisión a la luz de la preeminencia de los derechos humanos en nuestros países.

Don Santiago Muñoz Machado: Es muy difícil porque verdaderamente las circunstancias mandan más allá de la proporcionalidad, del control parlamentario. Y el control jurisdiccional es muy poco lo que puede. Debería haber una regulación legal un poco más detallada. Al final las emergencias se llevan por delante los estados de derecho, pero afortunadamente por el tiempo que dura la emergencia en el sentido de que la separación de poderes se rompe o al menos hay un tiempo de excepción en la separación de poderes que la reserva. Una de las características que hay de las emergencias es que se gobierna por decreto sea

sobre lo que sea el gobierno por los decretos o decretos ley lo que es lo mismo, desde el punto de vista de la disponibilidad de la medida por el gobierno. Lo que yo creo que es sin perjuicio de lo que se pueda mejorar lo que hay que esperar es que no ocurran muchos, por lo menos no muy continuadas estas situaciones. Se ve claro que los gobiernos también el español que es democrático pretenden abusar de la situación, se sienten cómodos para regular lo propio de la emergencia y lo que no es de la emergencia, cosas de todo tipo, políticas puramente exhibicionistas, lucrarse de la situación de ventaja para hacer propaganda política, es decir todo lo peor que suele ocurrir en las democracias lo habilita el estado de excepción de un modo que no es corregible, que es muy difícil hacer algo en contrario.

Dr. Romero-Muci: Don Santiago si quiere pasamos un poco al tema del Diccionario que es un tema predilecto en su repertorio y así vamos acercándonos hacia el final.

Don Santiago Muñoz Machado: Estamos a punto de presentarlo lo vamos a hacer el día 25, ojalá estén presentes en el acto, queremos hacer una presentación que queremos que sea a lo grande del Diccionario Panhispánico. Realmente es imprescindible la colaboración de muchos juristas de los dos lados del atlántico. Hemos hecho la obra entre 450 juristas que es un número importante para trabajar juntos.

¿Cuál ha sido el objetivo principal? en ponernos de acuerdo en lo que significan las palabras como primera misión. En todos nuestros países se habla mucho ahora de políticas de lenguaje jurídico claro, son los restos de una vieja tradición según la cual los juristas hablan de una manera confusa que no hay quien los entienda y las leyes hablan de una manera no clara, los tribunales son oscuros y la consecuencia de todo eso es que las garantías de los derechos no están suficientemente preservadas. Yo tuve una conversación hace ya seis años con el presidente del Tribunal Supremo Español que me dijo que teníamos que hacer algo juntos la Academia y el Tribunal Supremo Español en esas políticas de lenguaje claro a ver cómo conseguíamos que los magistrados y jueces escribieran más claro.

Yo siempre he pensado que toda esa mala fama lingüística de los juristas no tiene una justificación cabal, en todas las profesiones se

habla mal y hay dificultades de contar las cosas. Nosotros en esto, no somos distintos realmente.

A quien no se le entiende es normalmente a quien no sabe nada, el ignorante se explica muy mal, tanto oralmente como por escrito, pero si la conversación es entre un lego y una persona especializada y es educada la persona especializada normalmente se hace entender, entonces yo le dije que quería que hiciéramos un libro de estilo para la justicia, que hicimos efectivamente hace unos años, un libro donde se enseña cómo se construye una frase sin mucha complicación de modo que se entienda. Le dije al Presidente del Tribunal Supremo que me parecía que las dos maneras para hablar bien y hacerse entender por los tribunales es entender qué significan las palabras y fue aquella una indicación de éxito porque al poco tiempo estábamos haciendo un Diccionario del español jurídico.

Todos ustedes saben que Diccionarios se han hecho en la vida del derecho desde hace dos mil años, se han hecho muchas clases de diccionarios en todos los países, pero habitualmente los diccionarios jurídicos han sido siempre de la clase de los enciclopédicos, es decir, la ciencia ordenada por voces y en cada voz ponemos los juristas todo lo que sabemos en la institución que estamos tratando, todo lo que han dicho los legisladores los que han hecho la jurisprudencia, lo que ha dicho la doctrina y lo ponemos allí del modo más claro posible, no, en este caso se trató de hacer un diccionario de las palabras del derecho, qué significan las palabras del derecho y adaptarlas además con la misma técnica con que se hacen los diccionarios de la lengua.

La Academia Española, no quiero alargarme en esto, en el año 1713 cuando empezó a hacer su primer diccionario dijo que cuando acabara ese Diccionario haría otro sobre las disciplinas liberales y mecánicas. Entre las disciplinas liberales estaba el derecho y hace 300 años dijo la Academia que había un diccionario especializado sobre el derecho que no ha hecho, perdonen ustedes la vanidad hasta que yo he llegado a la Academia, se ha empezado a hacer gracias a esta coyuntura.

Quiero decir, por tanto, cada palabra es una definición breve y con mucho contenido y para ir más lejos cada vez que se necesita con una anotación con ejemplos y con remisiones a las leyes, eso, aunque pueda

parecer mentira es una novedad radical en el mundo de las ediciones de diccionarios porque algunos hay, pero nunca se había hecho algo con tanta ambición.

Ese diccionario fue en español jurídico y lo presentamos en el año 15, después la cumbre de Cortes Suprema de Justicia de América, cumbre judicial americana se llama, nos pusimos a trabajar todos juntos, Cortes Suprema de todo el universo americano en un Diccionario panhispánico del español jurídico y las Academias de la Lengua y de Ciencias Morales, Políticas y Sociales o como en cada país se llamen, también han colaborado mucho con sus miembros y las universidades también han colaborado las facultades de derecho, de modo que con la ayuda de todos hemos hecho la primera entrega-Los diccionarios no se acaban nunca, siempre están creciendo y modificándose y este estará siempre en revisión. Hemos acabado el Diccionario Panhispánico del español jurídico, en el año 17 hicimos una edición que presentamos en Quito con ocasión de la Cumbre Judicial Iberoamericana y ahora vamos a hacer la presentación de la edición digital del Diccionario, esa edición digital va a tener como añadido a lo que ya tenemos, primero que está muy bien revisado, muy perfeccionado, muy aumentado y está técnicamente mucho mejor, es lo que vamos a presentar ahora, pero además queremos que tenga un valor añadido en lo que consiste en que desde cada una de las entradas del diccionario se pueda acudir, visitar, consultar la legislación de los diferentes países de lo que atiende a la voz que estamos mirando.

Esta situación tiene un alcance realmente espectacular porque en España ya hemos conectado el diccionario con el boletín oficial del estado y se ve fácil que desde una ley publicada en nuestro boletín se puede ir al diccionario para ver la significación de la palabra y de la palabra se puede ir al diccionario para la red, realmente hay una interconexión de ida y vuelta del diccionario a la ley y de la ley al diccionario y esto mismo lo estamos multiplicando por veintidós por todas las naciones que pertenecen a la Academia de la Lengua.

También con Filipinas y ahora también Guinea y pretendemos hacerlo con todas, que desde el diccionario se pueda simplemente con un clic del ratón acudir a la legislación venezolana de la materia de que se trate o a Argentina, etc.

Como este proceso tiene que ser necesariamente lento nos encontramos con que hay algunos países que tienen bases de datos legislativos buenos. España es muy buena lo que ha hecho el boletín oficial del estado. Uruguay, Argentina, la chilena es buena, estamos trabajando con la que tiene un sistema perfeccionado y los que no tienen base de datos los estamos ayudando para que lo tengan y va a ser muy difícil y estamos por lo menos procurando que las leyes principales sobre su ordenamiento jurídico seleccionado figuren en el diccionario.

Lo presentaremos como digo el día 25 de junio próximo y lo pondremos en la red accesible a todos los que tengan deseo de consultarlo, tenemos la versión española del diccionario y también el mes de abril esta ese diccionario en dos millones de consultas y dos millones de consultas en un diccionario jurídico es realmente una verdadera barbaridad, yo creo que ahora en el panhispánico se implementara exponencialmente esa consulta. Es un complemento de la Academia de la Lengua y técnicamente desde el punto de vista del léxico básico está dando mucho que hablar en sentido de que fue innovado.

Dr. Romero-Muci: Muy bien Don Santiago, está presente entre nosotros el académico Eugenio Hernández-Bretón que fue el presidente en funciones en el tiempo en que se activó esta iniciativa para la realización del Diccionario Panhispánico y quisiera que él le hiciera una pregunta sobre la continuación de los proyectos a este respecto en la Real Academia Española.

Dr. Eugenio Hernández-Bretón: Buenas tardes, Don Santiago, encantado de saludarlo desde Caracas. Quería brevemente comentarle un par de asuntos relativos a la participación venezolana en el Diccionario Panhispánico y después hacerle una breve pregunta.

El comentario tiene que ver con la presentación que hicimos aquí en Venezuela en ese momento del Diccionario Panhispánico. La versión en físico, digamos en papel, creo que fue recibida con gran entusiasmo, con mucho ánimo y constituyó un motivo de empuje para continuar también nosotros con investigaciones desde el punto de vista lingüístico-jurídico. El Diccionario, en lo que respecta a Venezuela, la participación de nuestra Academia fue debida a la invitación que nos hiciera en su momento Don Rafael Navarro Valls con ocasión de la reunión de Academias de Latinoamérica y de España que se celebró en Paraguay

en el año 2016. Eso está relatado en un trabajo que publicamos acá en Caracas hace ya unos dos años atrás, pero lo que le quería destacar es que, apartando el inmenso valor lingüístico que tiene el Diccionario Panhispánico, para mí como un profesor que tiene que ver también con temas de Derecho Comparado, el Diccionario es un real ejemplo de un trabajo de Derecho Comparado, de Derecho Comparado de los países hispano parlantes y el es realmente sensacional, porque nos ha permitido también intercambiar nuestras diferentes visiones de ciertos términos de uso común en nuestros países. También quería felicitar eso en particular como un aporte al Derecho Comparado del Diccionario Panhispánico, por lo menos para el mundo latinoamericano y para España.

Aprovechando esta reunión que tenemos acá entre nosotros, quisiera también un comentario suyo en lo que respecta a ciertos términos que hemos venido manejando en estos tiempos por razones tecnológicas. ¿Estamos asistiendo a la misma reunión?, ¿estamos presentes en la misma reunión? ¿Realmente nuestra participación acá es presencial?, ¿Cómo estamos realmente sesionando en esta reunión? ¿Cómo nos encontramos en esta reunión desde el punto de vista lingüístico? esa sería mi pregunta para usted, gracias.

Don Santiago Muñoz Machado: La participación en el diccionario en primer lugar se lo agradezco mucho a Rafael Navarro, presidente de la asociación de academias de juristas, quiso estar y le he agradecido mucho que haya creado estas colaboraciones para los estados americanos, le pido que no baje la guardia que hay mucho que hacer, hay mucho que hacer, mucho que mejorar ya que es un trabajo continuo, vamos a hacer un esfuerzo por mantener todas las relaciones con las personas que nos han ayudado tanto. Respecto a lo que pregunta de cómo estamos ahora mismo, esta es una reunión virtual porque no estamos juntos, algunos de ustedes a lo mejor. En la Academia Española hemos tenido que modificar el reglamento que exigía la presencia en nuestro salón de actos de los académicos para poder adoptar acuerdos. Hace falta un mínimo de dieciséis académicos, hemos tenido que modificar para decir que cuando ocurran situaciones especiales, el director puede convocar la reunión en los mismos términos puede ser virtual, pero hemos modificado un par de artículos para que esto sea posible.

Todavía hay algunos académicos que no lo han entendido muy bien y cuando yo propuse la modificación creían que estaba sugiriendo que podían celebrar reuniones presenciales y telemáticas a la vez. Bueno entonces cuando se produzca la votación de un nuevo académico uno va a estar tomándose un café y otro podrá llamar con el móvil y votar mientras los demás están en la sala correspondiente, bueno es evidente que sean presenciales o virtuales basta con que haya uno solo que no esté presente para que la reunión sea virtual.

Hemos exceptuado la posibilidad de que se celebren reuniones virtuales para aquellos acuerdos que por su naturaleza son secretos, es decir, en los que la postura, la posición de los académicos está protegida por el secreto. En la academia hay elecciones dos veces para la elección de académicos y para la elección de la directiva, esas tienen que ser presenciales en la reforma que hemos hecho para adaptarnos a esta situación tan nueva.

Yo digo que esto de la videoconferencia de todas maneras ha venido para quedarse, ya que, aunque no haya coronavirus vamos a hacer muchas cosas por videoconferencia inevitablemente. Estoy participando en esta invitación con particular interés porque nosotros no hemos ido nunca a una conferencia trasatlántica y yo quiero convocar a todos los presidentes de las academias para ver que tal nos sale, ya que tenemos una asociación panhispánica pues en lugar de vernos una vez al año que es cuando nos encontramos, tenemos la posibilidad de reunirnos más. Esa es una ventaja, pero también es una pesadilla, porque como casi todos estarán padeciendo estamos todo el día colgados en las redes.

Dr. Humberto Romero-Muci: Un millón de gracias, Don Santiago.

Quería que la última pregunta para no seguir abusando de su gentileza esté a cargo del Dr. Ramón Escovar León, que es el mayor activista de la corrección de la lengua entre todos los académicos de Ciencias Políticas y Sociales. Estoy seguro que él está muy complacido y quiere hacerle una pregunta final. Adelante Ramón.

Dr. Ramón Escovar León: Gracias por tu presentación y por supuesto las gracias a Don Santiago Muñoz Machado por compartir con nosotros durante todo este tiempo su sabiduría jurídica y lingüística.

Yo quiero aprovechar, muy breve ya se han dicho muchas cosas y me hago eco de lo que dijo Eugenio Hernández-Bretón. Don Santiago tuve el privilegio gracias a la gentileza de la Academia de la Lengua de hablar junto con Eugenio el día que presentamos el Diccionario Panhispánico del español moderno, yo voy a conseguir su correo a través de Humberto para mandarle los artículos y los trabajos que escribí sobre el particular.

Yo quiero felicitarlo también además del Diccionario por el libro *El estilo de la justicia*, que yo lo he divulgado en mis artículos, lo recomiendo ampliamente es una verdadera joya, de gran utilidad para los abogados, pero sobre todo para los abogados venezolanos, si bien este libro a diferencia del Diccionario panhispánico del español moderno no está hecho para el mundo latinoamericano sino básicamente para los españoles, sin embargo yo creo que es ya hora de un valor universal y habría que buscar la manera de impulsar y hacerlo conocer mejor en países como el nuestro y lo digo por lo siguiente, como usted bien sabe en Venezuela estamos llamando una llamada revolución bolivariana y el deterioro de nuestra lengua es tal desde el punto de vista semántico, el significado de las palabras, como el uso del idioma, la redacción se ha venido deteriorando con la incorporación del desdoblamiento gramatical de una manera muy agresiva en la constitución venezolana de 1999. Es clásico el artículo de Ignacio del Bosque sobre este particular y tomo como referencia el art. 41 de la constitución venezolana como de uno de los artículos peor redactados en la historia del constitucionalismo comparado. Este proceso de neolengua o de deterioro del lenguaje se ha venido arreciando en la medida en que se ha venido acelerando la dictadura del chavismo, primero con Hugo Chávez y ahora más dramáticamente con Nicolás Maduro, entonces las palabras están perdiendo su relación con el significado, el significado va cambiando y se va ajustando a los intereses de la revolución bolivariana.

Pues bien, esto se expresa en las sentencias, sentencias interminables con párrafos y con incisos dentro de los incisos que es lo que usted más critica o de las cosas que usted critica en el prólogo del libro *El estilo de la justicia*. También yo le preguntaría a usted cual sería la recomendación para los abogados venezolanos sobre todo para el mundo

académico para no seguir haciéndonos cómplices de la mala redacción y el mal uso del lenguaje, le voy a poner un ejemplo muy concreto, yo me he declarado en guerra con el desdoblamiento gramatical, pero si aprovecho esta oportunidad para decirle a usted que veo con mucha preocupación que ese desdoblamiento gramatical en forma excesiva se está deslizándose al mundo universitario y hacia el mundo académico, incluso la utilización de palabras coloquiales, por ejemplo en Venezuela ya no se dice en el interior de la academia, sino a lo interno de la academia, que es una expresión del dialecto dominicano que algunos políticos la han puesto de moda y otros la estamos utilizando, mi pregunta sería cuál es su recomendación para evitar que el mundo jurídico, el mundo de los abogados, sobre todo el mundo académico no sucumba ante la amenaza de la neolengua? Gracias.

Don Santiago Muñoz Machado: Pues es difícil hacer una recomendación breve y certera, yo creo que para hablar bien hay que leer mucho, así que recomienden a sus alumnos y lectores que lean mucho y creo que no hay que asustarse tampoco por los neologismos y por más quebrantos que está sufriendo la lengua en las redes. Antes eran los SMS pero ahora son los *whatsapp*. Se escribe un lenguaje antigramatical, pero no es que falle la gramática, que se viola la gramática, sino que se escribe con el propósito de utilizar reglas distintas a la gramática tradicional que no sirve para los escritos convencionales.

Pero hay una parte de esto o creemos más bien en la Academia que hay parte de todo esto que es efímero, se corresponde con un tipo de lenguaje que aparecen en las redes pero que probablemente no va a durar mucho, luego la conmoción que producen ese tipo de actuaciones sobre el conjunto de la lengua no es muy grande ni muy grave.

En lo que concierne al desdoblamiento del masculino para también dar mayor visibilidad a la mujer, en España como en todos los países de lengua española lo estamos sufriendo muy intensamente. Este año pasado nos pidió a la academia un informe la señora vicepresidenta de gobierno, que nos pedía una reforma de la constitución para adaptarla al llamado lenguaje inclusivo, le contestamos diciendo que la constitución está muy bien redactada y que no había nada que modificar y que estaba redactada en un lenguaje perfecto. Ahora bien, estamos haciendo

un libro este año lo vamos a publicar en noviembre lo llamaremos Crónica de la Lengua Española 2020, vamos a hacer a partir de ahora uno cada año. Lo que pretendemos es hacer públicos los trabajos en los que estamos empeñados y que se conozcan mejor nuestras opiniones por la influencia que podamos tener y en respuesta también a esta pregunta de qué se puede hacer. La academia lo que tiene que hacer es estar más presente, estar más activa y advertir sobre los malos usos.

Hay cosas que no se pueden evitar porque son políticas, la Constitución Venezolana a los efectos del español es la peor redactada de todas las que hemos estudiado, creo que con la colaboración de socios españoles que están ocupando ahora en nuestro gobierno también, la gente de Podemos que os ayudó a redactar parte de esa Constitución, esos desdoblamientos son brevemente absurdos desde el punto de vista de la belleza y de la economía del lenguaje que son verdaderamente intransitables, que responden a cuestiones políticas, políticas feministas, políticas de un supuesto progresismo revolucionario que son muy difíciles de parar.

De todas maneras yo creo que se bloquean muchas veces ellas solas. Yo hace no mucho estuve en Argentina, en Córdoba y asistí en el parlamento Cordobés a un debate que me habían invitado donde vi que los grupos de izquierda usan para evitar el masculino, usan la “e” terminaciones en “e”, “todes”, “nosotres”, está bien cuando lo que se dice es “todae”, “nosotres”, pero continuar todo un discurso con todas las terminaciones en “e” no es nada fácil, todavía un discurso se puede preparar pero ir a tomar un mojito o irme a preparar una cerveza, una copa de vino a un amigo y hablar con la “e”. No es fácil mancillar la belleza y la utilidad de una lengua tan vieja y consolidada.

Preguntan algunas veces que estamos asolados por lo neologismos de origen anglosajón. Bueno es verdad que hay muchos neologismos pero el español ha sido siempre una lengua mestiza que incorpora muy bien novedades procedentes de la América, de las lenguas amerindias y en la actualidad de otras lenguas, el español de España ha sido muy influido durante muchas épocas por galicismos que se han incorporados y ahora los tenemos como propios, no creemos que sean procedente de una nación distinta, lo mismo que ocurre ahora con los anglicismos,

nos preocupa ahora si acaso combatir que el lenguaje de la ciencia sea fundamentalmente ahora en inglés y estar más presentes a la hora de proponer palabras en español que puedan cubrir los conceptos nuevos y en fin comprendemos que también quien inventa algo, quien inventa las redes, quien inventa los sistemas de los que nos valemos tienen derecho a ponerle nombre y algunas veces si se trata del inglés es muy difícil sustituir palabras que son muy expresivas y que ellos emplean y para las que se quedan en el mundo digital. En fin, siempre al final se examina que significa esto en el conjunto de la lengua. Nosotros sacamos todos los años los neologismos que hemos aceptado, son una docena al final son una docena los que se han puesto de moda.

El Diccionario de la Real Academia Española tiene noventa y tres mil entradas y tiene noventa y tres mil nada más, porque hasta que se ha venido publicando en papel el lomo máximo con que cosen las maquinas impresoras es de seis centímetros y medio, que es en el que hemos metido tradicionalmente en el Diccionario. Una letra pequeñísima, un interlineado ridículo porque no cabía encima, pero las palabras del idioma español son trescientas mil, este idioma tiene trescientas mil palabras. Hemos seleccionado noventa y tres mil, entonces, para el Diccionario qué significa una agregación de neologismos al año, qué significa este tipo de cosas al final de una lengua que se ha formado a lo largo de mil años, en fin hay que relativizar la importancia de todo esto sin dejarnos de preocupar. En estos días he viajado por zonas estratégicas del Caribe y las que están más próximas al área norteamericana pues la verdad tiene una presión lingüística importante y las cargas que se están haciendo cada día más, bueno que hacer, no dejarse llevar por los malos ejemplos. Muchas gracias.

Dr. Humberto Romero-Muci: Don Santiago un millón de gracias por su participación en esta extraordinaria sesión que nos llena de satisfacción, de orgullo, particularmente nos llevamos a la convicción de un trabajo extraordinario de lo que un colega jurista está haciendo para enriquecer el manejo de nuestra lengua técnica y a su vez se lleva usted la convicción de que tenemos un interés máximo en estos temas. La Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela está a su orden, a la orden de la Real Academia Española y sus hermanas

academias también de Jurisprudencia y Ciencias Morales y Políticas, para colaborar en todo lo que podamos aportar, siempre para robustecer el estado de derecho y la democracia. Estos son propósitos que en el caso venezolano representan un interés muy sentido. Nuevamente nos tiene totalmente a la orden en Venezuela y muchísimas gracias a todos los señores académicos por haber participado en esta sesión histórica y será hasta la próxima, buen provecho, hasta luego, felicidad.

Don Santiago Muñoz Machado: Les tomo la palabra a los efectos de la colaboración y muchas gracias a todos por seguirnos, gracias ha sido muy interesante.

Caracas, 02 de junio de 2020

RELANZAMIENTO DE LA ACTIVIDAD ENERGÉTICA EN VENEZUELA PRIMERA ENTREGA MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN DEL SECTOR PRIVADO EN LAS ACTIVIDADES PRIMARIAS (HIDROCARBUROS LÍQUIDOS) JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS*

SUMARIO

I) Consideraciones preliminares. II) Alcance y efectos del Artículo 302 de la CRBV. A) Polémica suscitada. B) Noción de reserva. C) Condicionamiento de la reserva. C.1. Artículo 302. C.1.1. Alcance de la noción, "actividad Petrolera". C.1.2. Rango orgánico de la ley de instrumentación de la reserva. C.1.3. Promoción de la manufactura nacional. C.2. Ratificación y conservación de la estructura corporativa del Holding Petrolero encabezado por PDVSA (Art. 303 CRBV). C.3. Implicaciones derivadas del carácter de bienes del dominio público de los yacimientos de hidrocarburos. C.3.1. Yacimientos. C.3.2. Acto de disposición de la posibilidad de ejercer la actividad reservada. C.3.3. Titularidad del crudo extraído. C.4. Esencia de la reserva. III) Participación privada en la "actividad Petrolera". A) Regulación normativa en la vigente LOH. B) Alternativas de participación del sector privado en la industria Petrolera nacional a la luz de la CRBV. B.1. Consideraciones preliminares. B.2. Algunas modalidades de participación del sector privado en el ejercicio de actividades primarias. B.2.1. Convenios de Asociación. B.2.2. Convenios no asociativos. B.2.2.1. Modalidades de convenios no asociativos. B.2.2.1.1. Experiencias extranjeras. • Estados Unidos Mexicanos. • República Federativa de Brasil. B.2.2.1.2. Propuesta contenida en el ALOH. IV) Conclusiones. V) Bibliografía.

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello; LL.M in Common Law de Georgetown University; Especialista en Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello; Aspirante al título de Doctor en Ciencias Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela -UCV - (Tesis en elaboración); Profesor de Postgrado de la UCV; Profesor de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello; Profesor Invitado del IESA; Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Sillón N° 30).

I) CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Por muchos años se ha pregonado en el país la necesidad de alcanzar el tan anhelado propósito de diversificar la economía, de manera que Venezuela deje de ser dependiente de la renta Petrolera, al menos, en los preocupantes niveles que los últimos años registran.

Si bien esa meta ha de ser nuestro desiderátum como Nación, su logro debe partir del reconocimiento de la crisis multifactorial por la que atraviesa el país, escenario bajo el cual no sólo se requieren ingentes recursos para financiar la reactivación integral de la economía, sino un plan viable en el corto plazo para lograrlo.

Frente a esa cruda y difícil situación, una de las opciones más viables, inmediatas y efectivas para salir del marasmo en que se encuentra sumido el país, es la reactivación del sector energético, esto es, el que comprende a los hidrocarburos líquidos y gaseosos, así como a la generación de energía eléctrica.

La magnitud de reservas de hidrocarburos ubicadas en el territorio nacional; la infraestructura instalada con la que cuenta el país en el sector, independientemente de su grado de obsolescencia, estado de mantenimiento y conservación; la experiencia y conocimientos acumulados en el área por más de un siglo; la estratégica ubicación geográfica de nuestro país; las ventanas comerciales aun existentes respecto de esos *commodities* y; la necesidad de explotar la actividad antes de que decaiga en mayor medida la demanda del petróleo y del gas como fuentes energéticas mundiales, ofrecen el escenario natural en el que Venezuela debe actuar con carácter prioritario para alcanzar su reactivación económica y, con ella, la del resto de los ámbitos del acontecer nacional.

La potencialidad que continúa ofreciendo la industria de los hidrocarburos en el país impone pues la mayor de las atenciones por parte

de sus gobernantes, del liderazgo político, de los sectores empresarial y académico, así como de la ciudadanía en general.

A esos fines, debe, sin más retraso, concebirse un plan de acción respecto del campo energético, que pueda instrumentarse tan pronto la situación política y jurídica del país lo permitan, en el que las medidas de corte legal juegan papel fundamental.

En ese contexto, la aprobación de nuevos instrumentos normativos que sustituyan a la vigente Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH)¹ y a la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (LOHG)², entre otros, resulta urgente, como en efecto parecieran haberlo entendido la Asamblea Nacional (AN), Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) y los sectores político, empresarial y académico del país.

Los estudios efectuados sobre el tema a la fecha deben ser aprovechados en aquellos aspectos que se consideren positivos y pertinentes, sin perjuicio, claro está, de que otros especialistas en la materia hagan contribuciones adicionales en el futuro inmediato. De esas propuestas ha de generarse un producto a ser sometido a un amplio e inmediato proceso de consulta nacional dirigido a sentar las bases jurídicas para el inicio de una nueva etapa en el sector energético nacional, capaz de reposicionar a Venezuela en el sitio de excelencia y rentabilidad que ocupaba en el pasado y mucho más.

Entre los planteamientos que en ese sentido han circulado recientemente, se encuentra un anteproyecto de reforma de la LOH emanado de la Comisión Permanente de Energía y Petróleo de la AN fechado 20 de abril de 2020 (ARLOH) y un anteproyecto de Ley Orgánica de Hidrocarburos, igualmente propuesto por dicha Comisión en mayo de ese mismo año (ALOH). Adicionalmente, circuló una presentación elaborada por la Dirección Ejecutiva de Planificación de PDVSA, intitulada “Propuesta de Reestructuración de Petróleos de Venezuela, S.A.”, fechada marzo 2020.

En todos estos planteamientos se reconoce la necesidad de flexibilizar el régimen actualmente imperante en la LOH de 2006, en virtud

¹ Venezuela, *Ley Orgánica de Hidrocarburos*, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.493 del 4 de agosto de 2006.

² Venezuela, *Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos*, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.793 del 23 de septiembre de 1999.

del cual, la intervención del sector privado en el ejercicio de actividades primarias únicamente es posible a través de las llamadas Empresas Mixtas, en las que el Estado de manera directa o indirecta ha de mantener una participación accionarial superior al 50%. En el caso de la propuesta parlamentaria de ARLOH, se propone la posibilidad de una participación estatal minoritaria en aquel tipo de entidades, pero reforzada a través de acciones privilegiadas que garanticen el control del Estado sobre determinados aspectos de su gestión (constitución y liquidación de empresas, venta de bienes, cambio de objeto social, etc.). Por su parte, las propuestas de la estatal Petrolera y de un ALOH planteado por la Comisión Permanente de Energía y Petróleo de la AN, contemplan el ejercicio de las actividades primarias a través de sociedades mercantiles de total propiedad privada.

Con el propósito de contribuir al debate e intentar aclarar desde el punto de vista estrictamente jurídico la viabilidad de tales planteamientos y opciones, procedemos en esta oportunidad a realizar una serie de reflexiones, advirtiendo que las conclusiones a las que aquí se arriba, no implican necesariamente que nos estemos pronunciando en cuanto a la conveniencia de su adopción, en tanto es a otros actores a quienes corresponde decidir las políticas concretas a implementar en el sector. Se trata simplemente de exponer nuestro punto de vista en cuanto al alcance e implicaciones de los artículos 302 y 303 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) y, muy específicamente, en cuanto a las posibles modalidades de participación privada en el ejercicio de la “actividad Petrolera”.

No es posible proseguir con el análisis anunciado, sin antes advertir categóricamente, que ningún esfuerzo dirigido a reactivar al sector energético podrá alcanzar el éxito, si no va acompañado de un ambiente signado por la seguridad jurídica. Quienes tienen a su cargo el ejercicio del Poder Público, deben ceñirse estrictamente al texto de la CRBV. El respeto a la democracia, las instituciones y el derecho en general, son piezas fundamentales para avanzar en la reconstrucción del país. Mientras esas condiciones no estén dadas y, por el contrario, impere la anarquía y el totalitarismo, el crudo que yace en las entrañas más profundas del territorio Nacional, no pasará de ser una estadística que, según se la mire, podría terminar por avergonzarnos por no haberla traducido en

bienestar para nuestra población, quien verá perdida la fortuna que la Divina Providencia tuvo a bien prodigar a esta tierra de gracia.

II) ALCANCE Y EFECTOS DEL ARTÍCULO 302 DE LA CRBV

A) Polémica suscitada

Al plantearse una reforma de la LOH o la sanción de una nueva ley que regule la materia, es indispensable determinar, ante todo, el alcance del Artículo 302 de la CRBV con miras a arribar a una conclusión en cuanto al margen de acción con el que cuenta el Legislador, especialmente en lo atinente a la participación privada en la actividad Petrolera que, valga señalar, ha sido un tema cuyo tratamiento ha estado signado históricamente por el dogmatismo ideológico y político, sin que estemos del todo convencidos de que se hayan explorado debidamente todas las opciones a las que da cabida el texto constitucional vigente.

El Artículo 302 de la CRBV dispone que:

“Artículo 302.-El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad Petrolera y de otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo.” (Negrillas nuestras).

La sola lectura de la primera parte de la precitada norma pone en evidencia la pobre labor cumplida por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC99) en una materia tan relevante como la que nos ocupa. La redacción de esta disposición es totalmente confusa, generando por consiguiente altos niveles de inseguridad jurídica, lo que es inaceptable e imperdonable en un país con la tradición Petrolera del nuestro.

Sobre los efectos de la referida norma han surgido diversas posiciones, unas que consideran que simplemente faculta al Estado a instrumentar reservas vía leyes orgánicas, entre ellas, especialmente la que recaiga sobre la “actividad Petrolera” (José Ignacio Hernández y

Carlos Bellorín³ y Sheraldine Pinto⁴), otras, que sostienen que la referida disposición por sí misma supone una reserva sobre ese especial sector de la economía, así como la posibilidad de consagrar otras respecto de industrias, explotaciones, servicios y bienes que se estimen de interés público y carácter estratégico (Allan Brewer Carías⁵, María Amparo Grau⁶, Isabel Boscán de Ruesta⁷, Hildegard Rondón de Sansó⁸, César Mata García⁹, Rafael Badell¹⁰ y Juan Cristóbal Carmona Borjas¹¹). En cualquier caso, en lo que sí coincide buena parte de quienes han estudiado el tema, cualquiera sea la tesis por ellos adoptada, es en las evidentes fallas que al respecto registra el texto constitucional.

Ciertamente, la redacción del Artículo 302 es bastante confusa, lo cual justifica la falta de uniformidad de la doctrina patria en cuanto a su alcance y efectos. Es así como la norma comienza afirmando que, **“El Estado se reserva ... la actividad Petrolera”**, con lo que pareciera cobrar fuerza la segunda postura señalada, pero seguidamente remite a una ley orgánica y alude genéricamente a otras actividades económicas, con lo que pareciera respaldar a la primera posición mencionada.

³ José Ignacio Hernández and Carlos Bellorín, *The Case of a new Venezuelan Hydrocarbons Law as the basis of a new hydrocarbons policy: unlocking the path for recovery, stabilization and growth*. Oxford Journal of World Energy Law and Business, 2019.

⁴ Sheraldine Pinto Oliveros, “Contrato de Servicios Petroleros e Industria Petrolera”, en: *Régimen Legal de los Hidrocarburos (Coordinador José G. Salaverría)*, VIII Jornadas Aníbal Dominici/Homenaje al Dr. Carlos Eduardo Padrón Amaré, Ab ediciones, Colección Visión Venezuela, 2018, p. 69.

⁵ Allan Brewer Carías, *Crónica de una destrucción*. Colección Centro de Estudios de Regulación Económica. Universidad Monteavila N° 3. Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Monteavila, Caracas, 2018. p.227.

⁶ María Amparo Grau, *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela*, Editorial Texto, C.A., Oxford, 2007 p. 12.

⁷ Isabel Boscán de Ruesta, *La actividad petrolera y la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*, Funeda, Caracas, 2002, p. 149.

⁸ Hildegard Rondón de Sansó, *El Régimen Jurídico de los Hidrocarburos. El Impacto del Petróleo en Venezuela*, Epsilon Libros, Caracas, 2008, pp. 66 y ss.

⁹ Cesar Mata García, *Manual de Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela*, Editorial Arte, Caracas, 2016, p. 91.

¹⁰ Rafael Badell Madrid, “La Constitución Económica” en *Revista BCV XIV I*, Caracas, Venezuela, 2000.

¹¹ Juan Cristóbal Carmona Borjas, *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera*, Volumen I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, p. 55.

Frente a la referida polémica, pudiera pensarse revelador y útil para disiparla, lo señalado por la Exposición de Motivos de la CRBV, según la cual:

“Por conveniencia nacional el Estado queda facultado para reservarse determinadas actividades económicas, de manera particular en el sector minero y Petrolero (...)” (Negrillas y subrayado nuestros).

Sin embargo, esa misma Exposición de Motivos pareciera contradecir el párrafo antes transcrito, cuando seguidamente establece que:

“Se le otorga rango constitucional a la nacionalización Petrolera, pero al mismo tiempo establece la posibilidad de continuar en convenios de asociación con el sector privado siempre y cuando sean de interés para el país, y no desnaturalicen el espíritu, propósito y razón de la nacionalización Petrolera”. (Negrillas nuestras).

Es así como, mientras este segundo extracto de la Exposición de Motivos de la CRBV pareciera alinearse con la idea de que la reserva tiene consagración constitucional, el primer párrafo transcrito enfatiza que de lo que se trata es de una facultad conferida en la materia al Legislador.

Por su parte, la Exposición de Motivos de la LOH de 2001 en la que se instrumenta y desarrolla la reserva de la actividad Petrolera, pareciera alinearse con la idea de que la consagración de la reserva es constitucional, cuando dispone que:

“El Decreto Ley debe ser investido con el carácter de orgánico por expreso mandato del Artículo 302 de nuestra Constitución, que establece la reserva al Estado de las actividades Petroleras por razones estratégicas y de conveniencia nacional (...).” (Negrillas nuestras).

Al respecto vale finalmente traer a colación a la sentencia N° 1892 del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) - Sala Constitucional (SC) del 18 de octubre de 2007 - Recurso de interpretación de los artículos 12, 156 numerales 12, 13, 16 y 32; 179, numeral 2; 180; 183

numeral 1 y 302 de la CRBV, que se alinea con la posición de que la CRBV simplemente faculta al Legislador, al señalar que:

“(...) al efecto, el artículo 302 del Texto Fundamental es la base que permite al Estado reservarse, mediante ley orgánica respectiva, “la actividad Petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico” (Negritillas nuestras).

A pesar de la evidente confusión que suscita la Carta Magna y que ha profundizado la legislación y jurisprudencia nacional, en nuestra opinión la tesis que más se acerca a la intención del constituyente y terminó plasmada en sus artículos 302 y 303, es la de que la reserva de la actividad Petrolera quedó efectivamente consagrada en el Texto Fundamental. La afirmación anterior puede sustentarse, entre otras muestras, en las siguientes: (i) la mención expresa a esa actividad económica en específico seguida de la mención general hecha respecto del resto de actividades, industrias, bienes y servicios que se estimen en un momento dado de interés general; (ii) el énfasis que hace la Exposición de Motivos en cuanto a la constitucionalización de la nacionalización, que no es otra cosa que una remisión al régimen de reserva implementado con la LOREICH y; (iii) la reafirmación en buena medida de la modalidad de ejercicio de la actividad por parte del Estado a través del Holding Petrolero conformado bajo aquella ley.

A pesar de ser esa nuestra opinión, así como la de la mayoría de la doctrina nacional, reconocemos la razonabilidad que también encierra la posición contraria, esta es, la que considera que el Artículo 302 sólo faculta al Legislador a consagrar una reserva respecto de la actividad Petrolera. En tal virtud, a lo largo del presente estudio no daremos por descartada a esta última postura, aun cuando daremos preeminencia a la primera en cuanto al análisis de sus implicaciones. En cualquier caso, lo que si queda claro es que la confusión que encierra el tratamiento conferido a la materia por la Carta Magna justifica su enmienda. Conscientes de que la materialización de un paso de este tipo encierra actualmente grandes dificultades para su concreción, nos plantearemos el estudio propuesto en el marco de la CRBV vigente.

B) Noción de reserva

A efectos de precisar las implicaciones que supone el controversial Artículo 302 constitucional, debe partirse, ante todo, de la llamada libertad de empresa o libertad económica, que es el derecho fundamental reconocido por la CRBV en su Artículo 112. De acuerdo con esta norma, toda persona puede 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.

La libertad económica se traduce así en el derecho subjetivo de rango constitucional que faculta a los particulares a acceder al mercado de su preferencia, explotar las empresas que han emprendido según su autonomía negocial y a cesar en su ejercicio, cuando así lo decidan.

Este derecho consagrado en el comentado Artículo 112 constitucional, no es absoluto, en tanto es susceptible de ser limitado por la propia Carta Magna o por la ley, por las razones en ella indicadas, que pueden englobarse en la noción de *“interés social”*.

Tal intervención puede llevarse a cabo en diversos grados y a través de técnicas muy distintas de policía administrativa, fomento y servicio público. En ese sentido, también ha sido reconocida una cuarta modalidad, la intervención industrial, esta es, el desarrollo directo de actividades económicas por parte del Estado (proveedor de bienes y servicios, consumidor-usuario o empresario), cuando ello así convenga al interés nacional.

La intervención de la Administración Pública sobre la libertad de empresa, restringiendo el ejercicio de ese derecho, puede ser enfocada a partir de la actividad de ordenación y limitación. En ambos casos, el Estado debe ser facultado constitucional o legalmente a esos fines.

Una clara expresión de la intervención del Estado en la economía la constituye la ordenación y, dentro de ella, la concretada a través de la técnica de la reserva. La reserva es entendida como la técnica más drástica de intervención del Estado, a través de la cual éste asume para sí, la titularidad de determinada actividad económica, excluyendo a los particulares, total o parcialmente, según lo haya decidido la Constitución o precisado la ley.

En las actividades reservadas, señala el jurista José Ignacio Hernández, los particulares no tienen derecho alguno a desplegar su iniciativa: ese derecho debe ser concedido por la Administración, cuando ello haya sido así admitido en el marco de la ley concreta de reserva.

Según Hernández,

“La reserva o publicatio admite dos variantes: cuando el Estado además de reservarse la titularidad de la actividad económica se reserva también su gestión; y cuando la reserva no impide a los particulares intervenir en la gestión de la actividad. En ambos casos el Estado asume como tarea propia la gestión de la actividad reservada, sólo que en el primer supuesto lo hace directamente, mientras que en el segundo lo hace de manera indirecta.

La reserva, (...) no impide en realidad la gestión privada de las actividades afectadas a la publicatio, en tanto esa gestión podrá ser tolerada, principalmente, mediante la técnica concesional. La reserva opera siempre sobre el título habilitante que permite emprender determinada actividad económica, aniquilando la libertad de empresa y con ella la libre competencia. Empero, el derecho de acceso al mercado reservado puede ser tolerado por la Administración a través de la concesión que otorgue a terceras personas tal derecho”¹².

La reserva de actividades implica así, que el objeto de tal medida pasa a ser de **titularidad pública**, por lo cual, la posibilidad para los particulares de intervenir en ella depende del carácter total o parcial de la exclusión consagrada en cuanto a su gestión.

La consecuencia de la reserva, según algunos, es simplemente la prohibición a los particulares de realizar actividades en el área reservada, constituyéndose un monopolio del derecho a su ejercicio a favor del Estado¹³. Sin embargo, insistimos, no toda reserva ha de suponer la gestión de la actividad en términos excluyentes y absolutos en lo que respecta al sector privado.

¹² José Ignacio Hernández, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Colección Estudios Jurídicos N° 83. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006, p. 483.

¹³ Benito Sansó, *Aspectos jurídicos de la nacionalización de la industria del hierro en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana (Colección Monografías Jurídicas N° 8), Caracas, 1977, p. 18.

En ese sentido, la jurista venezolana María Amparo Grau, reconoce dos grandes tipos de reservas, absolutas y relativas, según su gestión sea exclusiva o no por parte del Estado.

*“Como **reserva absoluta** entenderemos aquella en la que la actividad sólo puede ser desarrollada por entes estatales o de la exclusiva propiedad estatal, es decir; que se trata de áreas (...) que sólo podrá[n] ser desarrollada[s] por el propio Estado, a través de su Administración Pública Nacional, o por entes descentralizados empresariales de su exclusiva propiedad o a través de empresas creadas por éstos y de propiedad exclusiva del sector público. En este caso no existe inversión privada en el ente que desarrolla la actividad, por lo cual está fuera totalmente del ámbito de la iniciativa privada”¹⁴ (Negrillas nuestras).*

Por el contrario, señala Grau,

*“La **reserva relativa** se produce cuando la actividad está igualmente fuera del ámbito de la iniciativa privada y libertad económica, pero se admite una participación privada con carácter minoritario (empresa mixta); o la **intervención de entes privados, sujetos a licencia o permiso que les confiere el derecho a realizarla, en un régimen de servicio público o en todo caso de precariedad**”¹⁵ (Negrillas nuestras).*

Dependiendo, claro está, de los términos específicos en que la reserva haya sido consagrada, constitucional o legalmente, la tesis más aceptada es que la reserva relativa admite la gestión indirecta o conjunta del Estado con entes privados, siempre y cuando **no desnaturalice ni altere la publicalización de la actividad reservada** en el sentido de que a través de la gestión indirecta pueda **crearse una nueva propiedad particular**.

Es así como el Legislador más allá de las condiciones que le haya impuesto la Constitución respecto de la regulación de la reserva (Arts. 302 y 303), se encuentra sujeto a las limitaciones que derivan de

¹⁴ María Amparo Grau, *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela. Análisis Normativo*, Editorial Texto, C.A. Oxford, 2007, p. 16.

¹⁵ María Amparo Grau, *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela. Análisis Normativo*, Editorial Texto, C.A. Oxford, 2007, p. 16.

esa institución en si misma considerada. Resulta entonces obvio que de mediar una reserva no puede conferirse a la actividad que constituye su objeto, el mismo tratamiento que reciben aquellas que están amparadas por la garantía de la libertad de empresa.

“La reserva por definición, deriva siempre y en todos los casos en la exclusión del derecho de libertad económica, de manera tal que los particulares no tienen derecho a emprender las actividades que han sido objeto de tales reservas. Asunto del todo distinto es que el Legislador siempre puede permitir que particulares participen en actividades reservadas, pero no en ejercicio del derecho de libertad económica – puesto que, se insiste, tal derecho ha sido eliminado, - sino por el contrario, en el ejercicio del derecho que ha conferido la Administración a través de la concesión”¹⁶.

Queda claro que la reserva no impide *per se* la concurrencia del Estado y los particulares en el ejercicio de la actividad que constituye su objeto. Muestra clara de lo anterior lo representa la concesión como figura a través de la cual el sector privado tradicionalmente participa en el ejercicio de actividades reservadas sin necesidad de asociarse con el Estado, sujeta, claro está, a las reglas establecidas por el Estado con miras a preservar el interés general que justificó la mencionada medida de intervención.

Prevista la reserva de la actividad Petrolera a favor del Estado, sea que se le considere constitucional o legalmente consagrada, surgen varios temas a aclarar, entre ellos, si ésta puede admitir la participación del sector privado y en qué condiciones, temas todos estos que abordaremos a continuación.

C) Condicionamiento de la reserva

Como hemos venido sosteniendo, sea que la reserva tenga consagración constitucional o legal, el Legislador al desarrollar su implementación debe operar respetando, por una parte, las pautas impuestas por la Constitución y, por la otra, las que derivan de la institución misma de la reserva.

¹⁶ José Ignacio Hernández. *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Colección Estudios Jurídicos N° 83. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 264.

Para quienes asumen la posición, según la cual, el Artículo 302 CRBV, únicamente faculta al Legislador a crear y regular la reserva, es decir, que ésta no fue consagrada constitucionalmente, el Legislador podría abstenerse de actuar, dejando que la actividad se desarrolle bajo la premisa de la libertad económica, quedando sujeto su ejercicio al régimen que dicte para regularla (no equiparable al de una reserva). En el marco de esa tesis, también sería posible para el Legislador reservar la actividad Petrolera al Estado, así como otras que considere a ella conexas, complementaria o relacionada. En todo caso, cualquiera sea la actuación que aquél decida adoptar, la segunda parte del Artículo 302 y lo dispuesto en los Artículos 12 y 303 de la CRBV tendrían que ser tenidos en cuenta e insertados en la normativa reguladora de la actividad o que consagre la reserva.

Para quienes consideran que la reserva fue establecida constitucionalmente, a los efectos de concebir una reforma de la LOH o la sanción de una nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos, tocaría descifrar igualmente el impacto que puedan tener los artículos 12, 302 y 303 del Texto Fundamental, así como las implicaciones que la reserva en sí misma supone. Sólo tras esa indagatoria, podrán conocerse las verdaderas posibilidades jurídicas a disposición del Legislador y enfrentar los lastres ideológicos que, en nuestra opinión, sin fundamento aún persisten en la materia.

En concreto, la diferencia que en la práctica termina teniendo la adopción de alguna de las dos tesis aquí planteadas, radica en que, de considerarse la reserva de origen constitucional, el alcance de la noción “actividad Petrolera” cobra especial relevancia como ámbito material mínimo a ser respetado por el Legislador, en tanto que de asumirse el Artículo 302 simplemente lo faculta a consagrar una reserva, aquella noción sería una mera referencia, pudiendo ser reducida a total discreción. En el primer caso, la actividad Petrolera no podría ejercerse bajo las premisas de la libertad económica, en tanto que, bajo el segundo, de no ejercer el Legislador la facultad que le confiere el Artículo 302 -de reservarse la actividad- esta sí podría ejercerse en el marco del referido derecho constitucional.

Dicho lo anterior, de seguidas procederemos a analizar el efecto delimitador de la reserva que deriva de la CRBV.

C.1. Artículo 302

Como fue señalado, en lo que aquí interesa, el Artículo 302 de la Carta Magna al regular a la actividad Petrolera fue bastante parco en cuanto a las condiciones a las que quedaba sujeta la reserva que el mismo consagraba o que facultaba al Legislador adoptar. Al respecto destacan las siguientes consideraciones, límites o fines:

- Relativa a la “actividad Petrolera”;
- Corresponde al Legislador, mediante ley orgánica su instrumentación o consagración, según la posición que se acoja; y
- Debe promoverse la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales.

C.1.1. Alcance de la noción, “actividad Petrolera”

Como hemos señalado, el Artículo 302 de la CRBV se refiere expresamente a la “**actividad Petrolera**”, aun cuando alude también a la posibilidad de consagrar reservas respecto del resto de actividades, explotaciones, industrias, bienes y servicios que el Legislador considere susceptibles de ser reservados, por razones de conveniencia nacional.

El Legislador al establecer el alcance de la noción “actividad Petrolera” en la LOH, pareciera haber adoptado la posición según la cual aquélla ha de entenderse, únicamente, como la referida a los hidrocarburos líquidos en su estado natural, de ahí que, por una parte, a pesar de haber utilizado la palabra “hidrocarburos” en el título que identifica a la ley, haya excluido de su ámbito de aplicación a los hidrocarburos gaseosos, salvo los asociados a la extracción de petróleo y, por la otra, haya incluido en la categoría de “actividades primarias” y respecto de ellas aludido expresamente a su reserva, únicamente a las de exploración de yacimientos, extracción de hidrocarburos en estado natural y su recolección, transporte y almacenamiento inicial, es decir, las que tienen igualmente por objeto al crudo en estado natural (Art. 9). Es de observar que también queda reservado, aunque sin ingresar a la categoría de actividades primarias, el comercio internacional de los hidrocarburos líquidos en estado natural y de los productos derivados que se reserve el Ejecutivo Nacional mediante decreto (Arts. 57 y 58).

Más allá de la reserva de las llamadas actividades primarias, el Legislador procedió también a incluir en la LOH a las actividades dirigidas a la transformación de hidrocarburos líquidos en estado natural (refinación), industrialización de productos refinados, comercio interno de productos derivados (salvo la de los reservados mediante decreto del Ejecutivo Nacional) y a las dirigidas a su almacenamiento, transporte, distribución y expendio. El Legislador no alude respecto de estas actividades a una reserva, por cuanto se limita a supeditar su ejercicio al régimen previsto en la LOH, lo que refuerza la tesis de que al estar dirigidas a la transformación del crudo (refinación) o tener como insumo productos refinados (industrialización) o derivados, se consideran al margen de la reserva constitucionalmente consagrada en materia de “actividad Petrolera”.

Dado el carácter excepcional de la reserva, la norma que la prevé (Art. 302) debe interpretarse literal y restrictivamente, de ahí que cobre fuerza la tesis de que la noción “actividad Petrolera” comprende exclusivamente a los hidrocarburos líquidos en su estado natural (“actividades primarias”). Bajo esta lógica, sin embargo, la refinación pudiera considerarse en un área ambigua, por cuanto tiene por objeto al crudo, solo que va dirigida a su transformación.

Si, por el contrario, se acogiera la postura con acuerdo a la cual la noción “actividad Petrolera” va más allá de las primarias, por lo cual la refinación, industrialización, comercio de derivados y su distribución, almacenamiento y transporte se encuentran sujetas a reserva por efecto del Artículo 302, entonces tendría que admitirse que el Legislador desarrolló la reserva respecto de ellas, de manera más flexible que la adoptada con relación a las actividades primarias, lo que también sería una opción factible. Esta tesis, aunque minoritaria, pareciera haber sido la acogida por algunos, entre ellos, la jurista María Amparo Grau.

Vemos pues, cómo más allá del tema de lo que ha de entenderse por “actividad Petrolera” en lo que respecta a su objeto (crudo en estado natural vs. productos derivados) y a la determinación del origen de las reservas contempladas en la LOH, constitucional o legal, también es importante se precise su alcance material, en tanto sólo así podría darse pleno cumplimiento a la intención del Constituyente al referirse de manera especial a la “actividad Petrolera”.

Como señalamos, el Legislador tiene la facultad de definir el alcance de la reserva, pero de asumirse la posición de que ella fue consagrada constitucionalmente respecto de la “actividad Petrolera”, todas las que encuadren en esa categoría tendrían que someterse al régimen impuesto por el texto constitucional, en tanto que las demás, pudieran ser legalmente equiparadas a las que comprenden aquella noción (reserva) o ser objeto de tratamiento totalmente diferente (regulación). Bajo esa premisa, sería claramente contrario al Texto Fundamental, por ejemplo, no incluir en la ley orgánica de reserva de la “actividad Petrolera” a la explotación de yacimientos de hidrocarburos líquidos, pero sería completamente válido excluir, como en efecto se hizo en la LOH, a las actividades relativas a los hidrocarburos gaseosos no asociados que, obviamente, no pueden considerarse incluidos en la noción de “actividad Petrolera”.

A la luz de aquel criterio, no estaría del todo claro el tratamiento que debe recibir la refinación, por cuanto como hemos señalado y más adelante profundizaremos, si bien ella tiene por objeto crudo en estado natural, su intención es transformarlo en un producto, pudiendo llegar a hacerlo un tercero distinto a quien lo extrajo.

Sería también contrario a la CRBV, que el Legislador al sancionar la ley que regule la reserva de la “actividad Petrolera” contemplara la posibilidad para los particulares, de ejercer “actividades primarias” tramitando únicamente la licencia de ejercicio de actividades económicas expedida por la Alcaldía correspondiente. Por el contrario, sería perfectamente válido que respecto de las actividades industriales se supeditara su ejercicio a la sola obtención de la referida licencia.

Antes de pasar a otro tema, aunque sin entrar en detalles, resulta conveniente alertar adicionalmente acerca de los conflictos que muchas veces suscita el uso indiscriminado por parte del Legislador de nociones como: actividad de hidrocarburos, actividad Petrolera, actividades primarias, actividad de refinación, actividad de industrialización, hidrocarburos, hidrocarburos líquidos, hidrocarburos en estado natural, crudo, crudo mejorado, petróleo y productos derivados, actividades aguas arriba (*upstream*) o aguas abajo (*downstream*), entre otras. Al respecto, advertimos simplemente, la conveniencia de aclarar el significado de estos términos y su adecuada utilización en el texto a ser reformado o el nuevo a ser sancionado por la AN.

Un claro ejemplo de aquel tipo de controversia es la que tradicionalmente se suscita sobre el carácter o naturaleza del crudo mejorado, en cuanto a si continúa calificando como hidrocarburo en estado natural y, las consecuencias que de ello deviene.

Hechas las anteriores consideraciones, en nuestra opinión, la posición que luce más razonable es que la reserva de origen constitucional, circunscrita a la actividad Petrolera, abarca a las que tienen por objeto hidrocarburos líquidos en estado natural (incluido el gas asociado) respecto de las cuales no existe intención de convertirlos en productos o de haberla, ésta se registra respecto del mismo sujeto que extrajo el crudo. En tal virtud, la refinación, la industrialización, el comercio de derivados y su distribución, almacenamiento y transporte que no formen parte de un proyecto verticalmente integrado no están sujetos a reserva de origen constitucional, pudiendo ser objeto de tratamiento distinto a las actividades primarias, entre ellos, el de quedar sujetos a medidas de policía administrativa de menor intensidad que las propias de la reserva (licencias y permisos).

He aquí, sin embargo, un campo para la toma de decisiones por parte del Legislador, el alcance de la noción “actividad Petrolera”, su clasificación y tipo de reserva aplicable a cada una de ellas, así como la delimitación del resto de las actividades que forman parte del sector hidrocarburos que también pueden sujetarse a reserva o simplemente a un régimen regulatorio más flexible y como en ello impacta el que formen parte de proyectos verticalmente integrados.

C.1.2. Rango orgánico de la ley de instrumentación de la reserva

Como hemos venido señalando, el Constituyente encargó al Legislador la implementación de la reserva por él adoptada respecto de la “actividad Petrolera” y las que decida adoptar sobre otras materias. Tal delegación fue condicionada a ser instrumentada a través de “leyes orgánicas”.

En cuanto al rango orgánico de la ley que ha de dictarse para instrumentar la reserva de la “actividad Petrolera”, es un tema que no amerita mayores explicaciones, por cuanto ello resultaba evidente teniendo

en cuenta que para el año 1999 se encontraba vigente la LOREICH que, únicamente podía ser derogada por otra ley de su mismo rango.

En todo caso, esta condición pareciera ser común a cualquier reserva que pretenda implementarse, no sólo porque así se desprende del comentado Artículo 302, sino también, del 203 *eiusdem*, dada la incidencia que tales leyes tendrán en el ejercicio del derecho constitucional de la libertad económica (Art. 112).

C.1.3. Promoción de la manufactura nacional

El segundo párrafo del Artículo 302 de la CRBV dispone que:

“Artículo 302.- (...)

El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo”.

En lo que respecta a dicho párrafo del Artículo 302 surgen dudas en cuanto a la pertinencia de su ubicación, en tanto podría discutirse si se trata de un postulado general o de un mandato referido únicamente a las reservas que tengan por objeto recursos naturales. Partiendo de que es parte integrante del Artículo 302, todo parece indicar que es una meta a cuya consecución el Legislador de la reserva debe contribuir. A ello probablemente obedezcan medidas como las contenidas en los artículos 51 y 52 de la LOH.

C.2. Ratificación y conservación de la estructura corporativa del Holding Petrolero encabezado por PDVSA (Art. 303 CRBV)

De la confusión y dudas que registra el tratamiento conferido constitucionalmente a la actividad Petrolera no escapa el Artículo 303 de la CRBV, así como tampoco la referencia que consideramos a él hace la Exposición de Motivos del Texto Fundamental a los que también ha de tener presentes el Legislador al desarrollar la reserva de la actividad Petrolera.

Establece el Artículo 303 de la CRBV, que:

*“**Artículo 303.-** Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria Petrolera, exceptuando las de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que haya sido constituida o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A.”.*

Por su parte, la Exposición de Motivos, aun cuando sin valor normativo, pero si referencial, dispone adicionalmente que:

*“Se le **otorga rango constitucional a la nacionalización Petrolera**, pero al mismo tiempo establece la posibilidad de continuar en convenios de asociación con el sector privado siempre y cuando sean de interés para el país, y **no desnaturalicen el espíritu, propósito y razón de la nacionalización Petrolera**” (Negrillas nuestras).*

La Exposición de Motivos pareciera referirse fundamentalmente al contenido del Artículo 303 de la Carta Magna, en el que se establece que el Estado ha de continuar ejerciendo la actividad Petrolera a través de un ente de su total propiedad, sea éste PDVSA u otro que la reemplace. Deja, sin embargo, abierta la posibilidad de que continúen constituyéndose filiales, celebrándose asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo del negocio del Holding Petrolero, en las cuales pueda haber participación privada.

La referencia a la “nacionalización” contenida en la Exposición de Motivos, la entendemos hecha al proceso que se concretó con la LO-REICH en 1975 y de la que surgió PDVSA.

Señala Isabel Boscán de Ruesta con relación a lo establecido en la Exposición de Motivos que:

“... lo que adquirió rango constitucional fueron las bases o principios que estableció la Ley de Nacionalización para el ejercicio y administración de la actividad reservada: De una parte, el alcance de la reserva que no fue concebida como un monopolio estatal absoluto y excluyente del sector privado, sino relativo, ya que previó

en su artículo 5° la posibilidad de la participación privada previo cumplimiento de los requisitos establecidos. El propio texto constitucional menciona a las asociaciones estratégicas y otras formas de asociación, que fueron creadas por la aplicación que históricamente se hizo de esa posibilidad, autorizando su utilización para el futuro.

Por otra parte, se le dio rango constitucional al sistema piramidal estructurado por la Ley de Nacionalización para la administración de la actividad reservada (MEM-PDVSA-Filiales), lo cual se evidencia fundamentalmente, cuando consagra la titularidad pública obligatoria de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A... ”¹⁷.

Respecto de lo establecido en la Exposición de Motivos, lo primero que ha decirse es el erróneo uso del término “nacionalización”, en tanto ésta es distinta de la “reserva”. Tal proceder pudo obedecer, sin embargo, a que informalmente ambas nociones siempre fueron utilizadas incorrectamente como sinónimos. Es así como, en el esfuerzo por darle un sentido al texto analizado, por “nacionalización” ha de entenderse “reserva”.

De la Exposición de Motivos puede entonces sostenerse que en el desarrollo de la reserva, debe el Legislador: (i) contemplar la participación indirecta del Estado a través de un ente de su total propiedad, sea éste, PDVSA u otro que la sustituya; (ii) admitir una reserva relativa en tanto se permiten las asociaciones estratégicas, siempre y cuando no la desnaturalicen y; (iii) el ejercicio de la actividad a través de empresas y cualquier otro ente que se constituya como consecuencia de los negocios de PDVSA, dentro de los cuales quedan incluidas las sociedades mercantiles con participación conjunta, pública y privada.

Habrán quienes consideren que la intención del Constituyente al sancionar el Artículo 303 fue la de adoptar el modelo contenido en la LOREICH, no obstante así afirmarlo la Exposición de Motivos de la CRBV, ello no es lo que se desprende necesariamente de la norma, ni fue lo que ocurrió con la LOH (2001-2006). Más allá de las imprecisiones técnicas en las que incurre al respecto la Exposición de Motivos

¹⁷ Isabel Boscán de Ruesta, *La Actividad Petrolera y la Nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*, FUNEDA, Caracas, 2002, p. 149.

(nacionalización) y a lo confuso de su mensaje, aunado a su carácter orientador que no normativo, su interpretación no debe conducir a la posición extrema de que la modalidad de ejercicio de la actividad Petrolera prevista en el Artículo 303 de la CRBV es la misma prevista en la LOREICH y que no puede verse complementada con otras opciones que estime pertinente adoptar el Legislador. Asumir una posición contraria a la señalada rigidizaría de tal forma el ejercicio de la actividad Petrolera, que atentaría contra la razón de ser de la reserva, la conveniencia nacional.

Una actividad como la Petrolera que, es de largo aliento y amerita enormes inversiones, que opera en un mercado caracterizado por la volatilidad y demanda de una considerable participación de la inversión privada extranjera, no puede operar bajo un régimen jurídico carente de flexibilidad, que le impida ajustarse cuando las circunstancias lo demanden. Resulta un contrasentido asumir que el constituyente intervino de forma tal respecto de la actividad reservada, que generó un nivel de rigidez tal que atenta contra la actividad misma y el fin de la institución de la reserva, la conveniencia nacional.

En todo caso, el Legislador al implementar la reserva de la actividad Petrolera debe tener en cuenta lo previsto en el Artículo 303 y lo respecto a él señalado en la Exposición de Motivos de la CRBV, dándoles el peso y valor que corresponde, procurando siempre una interpretación lógica y orientada al fin que se persigue con la reserva.

En nuestra opinión, el Artículo 303 de la CRBV resulta del reconocimiento de un hecho consumado, de una realidad, de una decisión adoptada en el marco de la LOREICH (1975) de llevar a cabo la actividad Petrolera reservada a través de una de las varias opciones en ella previstas, *“indirectamente a través de empresas de total propiedad del Estado”*, capaz de celebrar convenios de asociación estratégica o de otro tipo con entes privados, a lo que el Constituyente (1999) no podía ignorar, pero a lo que además decidió reafirmar.

Esta norma no tiene, sin embargo, por qué asumirse, como una “camisa de fuerza” en cuanto a la modalidad de organización y desarrollo de la actividad Petrolera, sino, únicamente como una condición que debe ser respetada por el Legislador, en el sentido de siempre reconocer, en el marco de la reserva, la intervención indirecta del Estado a través

de una instrumentalidad de su total propiedad. Sería así inconstitucional una ley orgánica de reserva de la “actividad Petrolera” en la que no se contemple el ejercicio de actividades primarias a través de PDVSA o de la instrumentalidad que la sustituya. Sería por su parte, totalmente válido, que aquella modalidad de ejercicio de la actividad concurriera con otras que, como más adelante sostenemos, involucren a los particulares, incluso, sin necesidad de asociarse con el Estado.

Respecto de este tema vale observar que, si a la luz de la LOH, actividades como la refinación, la industrialización y el comercio de derivados, propias del objeto social de las entidades que conforman al Holding Petrolero, aunque no reservadas, han sido ejercidas directamente por entes privados, el Artículo 303 no tiene por qué conducir a la conclusión de que respecto de actividades primarias no pueda ocurrir lo mismo. Lo anterior lo reafirma el caso de la refinación, que bajo la LOREICH se encontraba reservada y pasó a no estarlo bajo la LOH de 2001, medida esta que nunca fue considerada violatoria del Artículo 303 de la CRBV.

Otro cambio notable que al respecto puede reseñarse, es que bajo la LOREICH no estaba planteada la participación privada en las filiales de PDVSA (operadoras 100% de su propiedad), lo que sí está previsto en el comentado Artículo 303 constitucional. Con ello, simplemente queremos poner en evidencia, como en la práctica aquella norma no ha sido instrumentada como un calco de lo previsto en la LOREICH.

C.3. Implicaciones derivadas del carácter de bienes del dominio público de los yacimientos de hidrocarburos

Ya hemos hecho referencia a los dos primeros extremos que han de ser respetados por el Legislador al desarrollar la reserva (noción de actividad Petrolera y la actuación del Estado a través de PDVSA), corresponde en esta oportunidad analizar el impacto que puede tener en su labor legislativa, específicamente, en la adopción de determinadas modalidades de participación privada en el ejercicio de las actividades primarias, el carácter de bienes del dominio público de los yacimientos. Al respecto es necesario precisar: (i) a quién pertenecen los yacimientos; (ii) si es factible realizar actos de disposición respecto a la posibilidad

de ejercer la actividad reservada que tiene por objeto la exploración y explotación de los yacimientos y; (iii) a quién corresponde la titularidad del petróleo extraído de los yacimientos.

C.3.1. Yacimientos

Uno de los grandes temores que tradicionalmente ha existido respecto del otorgamiento de concesiones para la explotación de recursos naturales, lo constituye el eventual reconocimiento de derechos reales inmobiliarios respecto de los concesionarios. Tal inquietud debe evaluarse a la luz del Artículo 12 de la CRBV, según el cual, los yacimientos pertenecen a la República y califican de bienes del dominio público, resultando, por tanto, inalienables, inembargables e imprescriptibles, es decir, ajenos al tráfico jurídico. No es posible, sin violentar al Artículo 12, celebrar actos jurídicos que supongan la disposición o afectación de los yacimientos. Cualquier paso en ese sentido estaría viciado de nulidad absoluta. En ese contexto, la pregunta a formular es si la concesión contraviene o no a dicha norma.

De conformidad con el artículo 12 constitucional, todos los yacimientos son bienes del dominio público. Esto implica que son bienes propiedad de la República que no pueden ser enajenados o gravados. Con lo cual, el uso que de ellos se haga por parte de terceros requiere de un acto que traslade ese derecho, lo que puede concretarse a través de un contrato¹⁸.

Según José Ignacio Hernández, la concesión en el ámbito de las actividades económicas solo puede ser empleada, válidamente, como título jurídico que confiere el derecho a explotar actividades reservadas por Ley al Estado, precisamente porque respecto de estas actividades los particulares no son titulares de derecho alguno, no pudiendo ser destinatarios de permisos o licencias.

“... desde el Derecho Administrativo, existe una teoría unitaria de la concesión, que la concibe como el título jurídico a través de la cual la Administración transfiere a un sujeto el derecho a realizar

¹⁸ Cfr.: Héctor Turuhpial, *Teoría general y régimen jurídico del dominio público en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2008, pp. 134 y ss.

determinada actividad. Es ese carácter traslativo el que caracteriza la concesión, y el que la diferencia de otros títulos como la autorización...”

“Bajo estos postulados los derechos que son trasladados por la concesión pueden tener como destinatario tanto a las Administraciones Públicas distintas de aquella ‘titular’ de la actividad como a los particulares. En el primer caso estaremos ante una concesión intradministrativa, en el segundo, ante una concesión administrativa. La principal diferencia es que, en el primer supuesto, la concesión se caracteriza por carecer de las potestades usualmente asociadas a la concesión administrativa, pues, en definitiva, la gestión sigue estando en manos de la Administración”¹⁹.

La posibilidad de que respecto de la exploración y explotación de recursos naturales propiedad de la Nación puedan otorgarse concesiones, lo aclara de manera contundente el Artículo 113 de la CRBV cuando señala que:

“Artículo 113.- (...)

Cuando se trate de la explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público”
(Negrillas nuestras).

Por otra parte, la SC del TSJ al pronunciarse en sentencia N° 1520 del 6 de diciembre de 2000, señaló en materia de minas, lo que es igualmente aplicable a yacimientos de otro tipo, incluidos los de hidrocarburos, que:

*“... no existen derechos de propiedad de los particulares sobre éstas, dado que **todos los yacimientos minerales de cualquier clase son bienes del dominio público, propiedad de la República**, tal como lo prevén los artículos 12 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 2° de la Ley de Minas (...). **De allí***

¹⁹ José Ignacio Hernández, Ob. cit., pp. 637-638.

que su explotación sólo puede hacerse previa la obtención de la respectiva concesión. Al ser del dominio público y, por tanto, inalienables, no son susceptibles de ser propiedad particular” (Negrillas nuestras).

Deja claramente sentado el Máximo Tribunal que es perfectamente posible el otorgamiento de concesiones dirigidas a la exploración y explotación de los yacimientos a que se refiere el Artículo 12 constitucional, incluidos los de hidrocarburos, muestra de lo cual lo representa el caso de los hidrocarburos gaseosos no asociados, respecto de los cuales la participación privada vía licencias está legalmente contemplada.

Si bien el Artículo 113 constitucional no se refiere al caso de explotación de recursos naturales sujetos a reserva, la doctrina nacional citada y la jurisprudencia de la extinta CSJ reconocen claramente a la concesión como el mecanismo de participación del sector privado a tales fines y en ese escenario. No existiendo prohibición expresa al respecto en la CRBV respecto de la actividad Petrolera puede sostenerse que, ni el carácter de bienes del dominio público de los yacimientos Petroleros, ni la reserva que sobre su exploración y explotación exista, son factores que individual o conjuntamente impidan jurídicamente el otorgamiento de concesiones.

La sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fecha 18 de junio de 1998, en el caso de AVENSA, con ponencia de la Magistrada Hildergard Rondón de Sansó, se sostuvo que:

“En el caso presente, emerge que, la actividad aeronáutica es un servicio público, por calificación expresa de la Ley, pero no así una actividad reservada al Estado. Incluso, es posible dentro de un sistema de reserva (siempre y cuando no lo impida en forma expresa una norma, como fuera el caso de la industria de los hidrocarburos) que el Estado otorgue concesiones a varias empresas, lo cual las va a colocar entre sí en condiciones de competencia. En efecto, las nociones de libertad económica y reserva al Estado no resultan excluyentes entre sí, lo que sucede es que, cuando existe una ‘reserva’ en los términos señalados se afecta uno de los atributos de la libertad económica como lo es la posibilidad de libre competencia, es decir, de acceder al ejercicio de la actividad.

Una vez levantada dicha limitación en virtud del otorgamiento de una concesión, nada autoriza a deducir que la libertad económica del sujeto así habilitada, haya sido destruida, y vaciada de contenido en forma general. Ciertamente, no puede negarse que el ejercicio de una actividad reservada al Estado por parte de un concesionario normalmente viene asociada a un conjunto de regulaciones sobre la materia a las cuales debe ajustarse dicho ejercicio, pero, de la misma forma no puede desconocerse que tales limitaciones no son absolutas. En efecto, en cuanto constituye una limitación a derechos constitucionales, es necesario deducir que la reserva sólo afecta a los aspectos por ella regulados”²⁰.

Si bien con la concesión ciertamente nace un derecho real administrativo inmobiliario, no menos cierto es como señala Enrique Silva Cimma, no se trata de un derecho real de uso como al que se refiere el Código Civil, en tanto se trata de un derecho precario, entre otras razones por ser susceptible de ser revocado. Es además un derecho que no supone propiedad sobre el yacimiento sino la posibilidad de su explotación y explotación.

Se trata así de un derecho que tiene como contrapartida una serie de obligaciones (inversiones, realización efectiva de la actividad, etc.), está sujeto a controles y directrices del concedente y es temporal. Tal derecho no es susceptible de libre disposición por parte de su titular²¹.

C.3.2. Acto de disposición de la posibilidad de ejercer la actividad reservada

Dado el carácter de los yacimientos, así como por la reserva de la actividad, no es posible partir de la premisa del derecho a la libertad económica, sino de la necesidad que tienen, incluso las empresas creadas por el Estado, de ser habilitadas para el ejercicio de la actividad.

²⁰ Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 375 del 18 de julio de 1998, Aerovías Venezolanas, S.A. (AVENSA) v. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones). Disponible en: http://estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/221.htm - Consultada en fecha 24 de mayo, 2020.

²¹ Cfr. Juan Cristóbal Carmona, *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela*. Tomo I. Caracas, 2016, Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Asociación Venezolana de Derecho Tributario, p. 85.

Mediando la reserva de la actividad por parte del Estado (República), es necesario, un mecanismo de habilitación o transferencia para que un sujeto de Derecho distinto de aquél, pueda ejercerla, incluso en aquellos casos en que los que pretenda llevarla a cabo un ente descentralizado funcionalmente de la Administración Pública Nacional, como son los casos de las empresas del Estado (PDVSA Petróleo, S.A.) y de los Institutos Autónomos (como lo fue en sus inicios la CVP).

Las habilitaciones pueden adoptar diversas modalidades, dependiendo del grado de severidad, control o alcance que pretenda dárseles y de quien sea su destinatario. Entre esas fórmulas la doctrina reconoce a unas de carácter bilateral y, a otras, de orden unilateral.

Independientemente de la modalidad adoptada por el Estado para ejercer indirectamente la actividad reservada, sean éstas, empresas de su total propiedad (PDVSA), filiales de ésta (PDVSA Petróleo, S.A. – CVP) o Empresas Mixtas, se requiere de un acto mediante el cual la República las habilite a llevarlas a cabo.

La posibilidad de ejercer actividades primarias se concreta bajo la vigente LOH mediante decretos de transferencia. En el contexto de la reserva, esa transferencia, no es susceptible de actos de disposición, al menos, sin la intervención contralora de la AN. Sin embargo, en flagrante violación del ordenamiento jurídico venezolano ello ha venido ocurriendo en el sector aurífero, respecto del cual media una reserva muy parecida a la aquí comentada (Caso de la PDVSA Industrial, S.A. y Empresa Nacional Aurífera, S.A.).

Históricamente, dada la pertenencia de los yacimientos a la República y a su más reciente expresa calificación como bienes del dominio público, el ejercicio de la actividad Petrolera, mediando o no reserva, ha estado sujeta a actos administrativos: la “asignación” prevista en la LH67 y que se consideró ratificada implícitamente en la LOREICH (“atribución - asignación”) y, la “transferencia”, a que alude la LOH desde 2001.

En el Artículo 3 de la LH (1967), coexistían la asignación y la concesión, concretándose aquélla por vez primera a raíz de la creación de la Corporación Venezolana de Petróleo (CVP) en 1960 y la segunda respecto de las empresas privadas nacionales o extranjeras.

*“... la asignación, es definida por uno de nuestros profesores de Derecho Minero como aquella figura de derecho público, en virtud de la cual y mediante la aprobación del Congreso Nacional, se efectúa la **transferencia de derechos reales de exploración y explotación de hidrocarburos a entes públicos en áreas determinadas, pero sin que tales derechos puedan ser luego enajenados, gravados o ejecutados**”²². (Negrillas nuestras).*

La asignación de la LH67 pudiera considerarse el antecedente de lo que bajo la LOREICH se llamó “Atribución” (art. 6. Base Primera) y en la LOH “Decreto de Transferencia” (art. 24), con la diferencia de que la LOREICH sólo aludía explícitamente a la atribución respecto de entidades totalmente propiedad del Estado, en tanto que la LOH alude a la transferencia respecto de las empresas operadoras, noción esta que comprende tanto a empresas total propiedad del Estado como a Empresas Mixtas. En la práctica, sin embargo, en el caso de las Empresas Mixtas, tal transferencia se ha venido concretando en la CVP (socia mayoritaria).

Bajo el régimen previo a la LOREICH era posible el otorgamiento de concesiones, por ende, el ejercicio por parte de particulares de las actividades Petroleras. Conjuntamente a la concesión existió la figura de la asignación de derechos a entes estatales (CVP), a los que se reconocía la transferencia de derechos del dominio privado de la Nación, la exploración y explotación de yacimientos. En el caso de la asignación, no era posible realizar actos de disposición ni ser aquellos objetos de ejecución (art. 3 LH), como si era posible respecto de las concesiones (art. 3 LH).

En cuanto a la LOH, específicamente en su Artículo 24, esta alude al dictado por parte del Ejecutivo Nacional de un decreto de transferencia del ejercicio de las actividades primarias. Es así como de acuerdo con esta norma:

Artículo 24.-El Ejecutivo Nacional mediante Decreto podrá transferir a las empresas operadoras, el derecho al ejercicio de las

²² José Román Duque Sánchez, *Manual de Derecho Minero Venezolano*. UCAB. Tercera Edición. Caracas, Editorial Sucre, 1974, p. 269.

actividades primarias. Asimismo, podrá transferirles la propiedad u otros derechos sobre bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la República, requeridos para el eficiente ejercicio de tales actividades. El Ejecutivo Nacional podrá revocar esos derechos cuando las operadoras no den cumplimiento a sus obligaciones, de tal manera que impida lograr el objeto para el cual dichos derechos fueron transferidos” (Negrillas nuestras).

Insistimos que el derecho que se transfiere con ocasión del decreto al que alude el Artículo 24 *eiusdem* es el del ejercicio de una actividad industrial-comercial que, es cosa distinta a un derecho real sobre los yacimientos, lo que sí está prohibido dado el carácter de bienes del dominio público que a ellos atribuye el Artículo 12 de la CRBV.

Como también señalamos, en el caso de las concesiones se habilita al ente privado al ejercicio de la actividad reservada lo que encierra el nacimiento de un derecho real inmobiliario, que tampoco es susceptible de actos de disposición ni se traduce en propiedad alguna sobre los yacimientos.

C.3.3. Titularidad del crudo extraído

Finalmente, el crudo extraído, excluido el que el Ejecutivo Nacional decida recibir como regalía en especie, pertenece a las operadoras que lo extraen, aunque en algunos casos en condiciones precarias (Ej. obligatoria venta por parte de las empresas mixtas – Art 57 LOH).

Debe tenerse presente que lo que califica como bienes de dominio público conforme al Artículo 12 de la CRBV son los yacimientos que es cosa distinta del crudo extraído.

“... los yacimientos de hidrocarburos no son otra cosa que la concentración que de dicho recurso orgánico se registra en los poros de rocas subyacentes en el suelo, que con el tiempo y otros factores (temperatura y presión) migran a lo largo de dichas rocas permeables hasta quedar atrapados en lugares de confinamiento. De ahí su denominación de yacimientos, porque yacen al quedar confinados entre barreras impermeables. Mientras los hidrocarburos se encuentran formando parte de un yacimiento pertenecen a la República y califican como bienes del dominio público de

la Nación. Una vez extraídos, pierden aquel carácter y su titularidad dependerá del esquema de explotación adoptada por el Estado..."²³.

Partiendo de lo anterior, lo que es realmente relevante desde el punto de vista jurídico a la luz del Artículo 12 de la CRBV es que el ejercicio de actividades que tenga por objeto la exploración y explotación de yacimientos, estén o no reservadas, no contravenga la condición de bienes del dominio público que aquéllos tienen, por ende, su condición de bienes imprescriptibles, inembargables, inalienables, no sujetos a tráfico jurídico.

El destino y tratamiento que se decida conferir al recurso natural extraído obedece más a razones de política económica que jurídicas. Las inquietudes o argumentos en virtud de los cuales tradicionalmente se ha restringido la participación privada en el ejercicio de actividades que tienen por objeto yacimientos mineros o de hidrocarburos, que incluso han llegado a rechazar figuras como la concesión, no tienen hoy día porqué ser motivo de preocupación desde el punto de vista jurídico, en la medida en que se instrumenten adecuadamente.

En otros países en los que también existen reservas a favor del Estado en materia de hidrocarburos, los textos constitucionales han previsto la posibilidad de que el Estado dé cabida al sector privado para el ejercicio de la actividad por diversas vías, entre ellas, la celebración de contratos (concesiones).

En el caso venezolano, si bien es cierto que, el Artículo 302 de la CRBV no abre explícitamente las puertas a ese tipo convenciones, más allá de las asociaciones estratégicas, tampoco les cierra el paso, por lo que pareciera que opciones contractuales o administrativas como las implementadas en aquellos países no tienen por qué considerarse *per se*, contrarias a la esencia de la reserva, ni excluidas del mundo jurídico Petrolero nacional.

Mientras se cumplan los extremos a los que nos hemos referido, no encontramos razones jurídicas que constitucionalmente impidan en el ejercicio de actividades primarias la participación del sector privado, no sólo como socio mayoritario en empresas constituidas con el Estado,

²³ Ob. Cit. Juan Cristóbal Carmona, pp. 54 y 55.

sino también, de manera individual, sin necesidad de que medie asociación con éste, aunque si, ciertos mecanismos de control.

C.4. Esencia de la reserva

Cualquiera sea la modalidad bajo la cual pretenda el Legislador instrumentar la participación privada en el ejercicio de la actividad reservada, esta debe respetar la esencia de la reserva, no siendo posible desnaturalizarla. Es así como no puede implicar el ejercicio de la actividad en condiciones de plena libertad económica. Su ejercicio debe siempre orientarse a lo que convenga a la Nación, para lo que el Estado debe garantizarse ciertos controles previos, concomitantes y posteriores. Adicionalmente, no deben generarse a favor del particular derechos de libre disposición.

III) PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA “ACTIVIDAD PETROLERA”

A) Regulación normativa en la vigente LOH

Como hemos venido señalando, uno de los temas que mayor controversia ha generado el ejercicio de la actividad Petrolera a lo largo de los más de cien años que tiene Venezuela como país productor, es el relativo a los roles que en ella corresponden al Estado y a los particulares.

El régimen jurídico relativo a la titularidad de los hidrocarburos y el ejercicio de todas y cada una de las actividades que supone su explotación han pasado por diversas etapas. Actualmente con fundamento en lo previsto en la CRBV es la LOH la que desarrolla y regula la materia. Es así como su Artículo 22, dispone en cuanto al ejercicio de las actividades primarias lo siguiente:

“Artículo 22.- Las actividades primarias indicadas en el artículo 9 de esta Ley, serán realizadas por el Estado, ya directamente por el Ejecutivo Nacional o mediante empresas de su exclusiva propiedad. **Igualmente podrá hacerlo mediante empresas donde tenga control de sus decisiones, por mantener una participación mayor**

del cincuenta por ciento (50%) de capital social, las cuales, a los efectos de esta Ley, se denominan empresas mixtas. Las empresas que se dediquen a la realización de actividades primarias serán empresas operadoras” (Negrillas nuestras).

En cuanto al ejercicio de “actividades primarias”, las llamadas Empresas Mixtas representan la única vía de participación del sector privado prevista por la LOH. Respecto de ellas fue adoptada como política de Estado por parte del para entonces Presidente de la República Hugo Rafael Chávez Frías²⁴, la participación de PDVSA a través de la CVP en un 60% de las acciones. Existen, sin embargo, aproximadamente nueve (9) entidades en las que el Estado tiene una participación accionarial superior, en tanto que en otras pocas ésta oscila entre el 50,01% y el 59,9%.

No es necesario entrar en detalles en cuanto a cuáles han sido los resultados del modelo adoptado, basta con señalar que si bien son diversos los factores que han conducido al vergonzoso desempeño de la Industria Petrolera Nacional en lo que va del Siglo XXI, parte de ese resultado es producto precisamente del régimen bajo el cual se ha permitido la participación del sector privado en el ejercicio de la actividad Petrolera, razón por la cual, se ha convertido en un clamor nacional su pronta revisión y ajuste, claro está, dentro de las posibilidades que la vigente CRBV permite.

B) Alternativas de participación del sector privado en la industria Petrolera nacional a la luz de la CRBV

B.1. Consideraciones preliminares

La extrema cautela que ha existido en el país respecto a la participación privada en el sector Petrolero pareciera tener su origen en las experiencias registradas desde que la Corona Española se reconoció titular de los yacimientos minerales no metálicos de sus colonias, entre ellas, la Capitanía General de Venezuela (Ordenanza de Minería para la Nueva España de 1783 y Real Orden de 1784), a las que se unieron las generadas durante el período gomecista bajo la llamada “Danza de las

²⁴ No consta en instrumento normativo alguno.

Concesiones” en materia de hidrocarburos y a los conflictos impositivos protagonizados a mediados del Siglo XX por parte de las concesionarias transnacionales, que se tradujeron en un “sentimiento antiimperialista” que aun hoy día es enarbolado como bandera por buena parte de la dirigencia nacional.

Tras aquel cúmulo de vivencias, la política de no más concesiones fue elevada al rango de principio por Juan Pablo Pérez Alfonzo en 1946 y llegó a convertirse en política con el apoyo de un Congreso plural.

A partir de 1958, el Gobierno Nacional postuló como lineamiento general en materia Petrolera la de ‘no más concesiones’ y como justificación se argumentaba que la concesión era una etapa superada y que no resultaba adecuada para el desarrollo de nuestra industria básica²⁵.

Con la reforma parcial de la Ley de Hidrocarburos del 7 de agosto de 1967 se cerró expresamente el paso a nuevas concesiones, entre otros fines para no continuar reconociendo derechos reales sobre los yacimientos explorados y explotados por particulares.

Aquella política, tras la extinción de las concesiones que habían sido otorgadas antes de la referida Ley de Hidrocarburos de 1967, condujo posteriormente a la nacionalización Petrolera en 1975 (LOREICH) que, como cualquier otra, como bien señala Eduardo Novoa Montreal, tuvo “(...) su origen y fundamento en una determinada **concepción política-económica**, fuera de la cual es imposible siquiera imaginarla”.

En esa misma línea reconoce el jurista venezolano, Román José Duque Corredor que la nacionalización:

*“(...) responde a conductas determinadas por pensamientos ideológicos acerca de la actividad económica. Por ello, la nacionalización no podrá estar exenta de un contenido ideológico y, sobre todo, dependerá siempre de definiciones políticas sobre la organización económica de un país concreto, o en relación a los cambios que han de imponerse para alcanzar el desarrollo”*²⁶ (Negrillas nuestras).

En lo jurídico, con la reserva, los modos de aprovechar, explotar e industrializar los recursos naturales estratégicos quedan sometidos a

²⁵ Román José Duque Corredor, *El Derecho de la Nacionalización Petrolera*. Colección Monografías Jurídicas N° 10. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1978, pp. 14 y 15.

²⁶ Román José Duque Corredor, Ob. cit., p. 19.

una regulación especial destinada a respetar el carácter de bienes del dominio público de los yacimientos y a proteger su explotación, dada su importancia estratégica y económica para el Estado. En lo que respecta a las modalidades de instrumentación de la nacionalización, también aplicable a la reserva, como señala Duque Corredor, éstas deben salvaguardar su esencia, esto es, el monopolio del Estado. En ella deberán definirse (...) **las posibilidades de que entes privados participen o no en la actividad y la medida de su participación**²⁷. El régimen regulatorio que a esos fines se establece ha de obedecer a premisas ideológicas compatibles con el régimen jurídico imperante. Cualquiera éstas sean, siempre deben ser dictadas en función de la conveniencia nacional, pudiendo ser tantas como el ordenamiento jurídico lo permita y la figura de la reserva admita.

Reiteramos que el Artículo 302 de la CRBV dio un margen de acción bastante amplio al Legislador a efectos de la instrumentación de la reserva, mucho más que su equivalente en la CN61 (Art. 97) que, podía sostenerse, condicionaba la modalidad de la reserva al aseguramiento del control estatal respecto de la industria básica pesada de ella resultante, lo que no ocurre tan claramente en la CRBV.

Quizá, como hemos señalado, la única orientación finalista que la instrumentación y/o adopción de la reserva de la actividad Petrolera deba perseguir la encontramos en la parte final del Artículo 302 constitucional, según la cual, *“El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo”*.

En aquel contexto, el Legislador Habilitado dicta en 2001 el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH) en cuya Exposición de Motivos señaló:

“La seguridad de la Nación es competencia y responsabilidad del Estado se fundamenta en su desarrollo integral. En Venezuela, en la actualidad, el desarrollo nacional como pilar fundamental de la seguridad, tiene como base principal de sustentación los recursos

²⁷ Cfr. Román José Duque Corredor, Ob. cit., p.19.

de hidrocarburos. El aprovechamiento integral de esos recursos requiere de una ley que le garantice a la Nación venezolana la optimización de su industria Petrolera dentro de los parámetros de explotación racional, garantía de justos ingresos fiscales, conservación del recurso, contribución al desarrollo social y protección del ambiente, acciones todas que coadyuven a fortalecer y garantizar nuestra seguridad”.

Concretamente en lo atinente a la participación privada en el ejercicio de las actividades reservadas, continúa señalando la referida Exposición de Motivos que:

“El Estado podrá realizar las actividades reservadas directamente o por medio de empresas de su exclusiva propiedad, o en determinadas circunstancias por empresas mixtas en las cuales posea una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social. Esta forma de actuar obliga al Estado a intervenir directamente en el negocio, superando el rol de simple recaudador de renta que tuvo hasta el momento de la nacionalización, además, le permite mantener un control real y le otorga poder decisorio en todos los negocios y operaciones de las empresas que actúan en actividades reservadas, más allá de otras fórmulas, como el de la acción privilegiada que solio confiere derecho a voto para ciertas decisiones determinadas”.

En la adopción de aquel esquema de ejercicio de las actividades reservadas pareciera haber pesado más factores ideológicos, políticos y de visión del negocio que uno de carácter jurídico. Al efectuar esta afirmación no estamos pronunciándonos acerca de la pertinencia del proceder del Legislador Habilitado, simplemente queremos poner el énfasis en la naturaleza de las razones a las que obedece el modelo adoptado y destacar que no parecieran ser mandatos jurídicos los que conducen a él o los que pueden impedir sean otros los que puedan instrumentarse.

B.2. Algunas modalidades de participación del sector privado en el ejercicio de actividades primarias

Como hemos señalado, la CRBV es explícita al consagrar la posibilidad del ejercicio de la “actividad Petrolera” a través de “asociaciones estratégicas” y de empresas que se constituyan en el marco del

desarrollo del negocio de PDVSA (Art. 303). La Exposición de Motivos de la Carta Magna ratifica, además, tales opciones al referirse a la celebración por parte del Estado de “convenios de asociación con el sector privado”. Si bien a ellos alude expresamente el texto constitucional, no deben necesariamente asumirse como las únicas opciones con las que cuenta el Legislador al momento de definir el régimen de ejercicio de la actividad Petrolera en Venezuela por parte del sector privado.

En todo caso, comenzaremos por referirnos a las figuras contractuales que suponen asociación con el Estado, a las que alude expresamente la CRBV, para posteriormente hacer referencia a las que escapan de esa modalidad con miras a determinar si encuentran cabida en el modelo de reserva planteado por el Texto Fundamental.

B.2.1. Convenios de Asociación

Como hemos señalado, el Artículo 303 de la CRBV alude al ejercicio de la actividad Petrolera por parte del Estado a través de PDVSA, sus filiales **y las asociaciones estratégicas o demás empresas creadas a esos efectos**. Lo anterior, aunado a lo señalado en la Exposición de Motivos del Texto Fundamental, da claramente a entender la posibilidad que existe de que el Estado, directa o indirectamente, se asocie con entes privados para el ejercicio de la actividad reservada.

A los fines que aquí nos hemos propuesto, resulta pertinente remontarnos a la derogada LOREICH, por a ella parecer remitir la Exposición de Motivos de la CRBV cuando señala que la “celebración de los convenios de asociación con el sector privado será posible, siempre y cuando sean de interés para el país, y no desnaturalicen el espíritu, propósito y razón de la nacionalización Petrolera”.

En cuanto a las modalidades de ejecución de aquellas actividades, el Artículo 5° de la LOREICH disponía que:

“Artículo 5.- El Estado ejercerá las actividades señaladas en el artículo 1° de la presente Ley directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad (...).

*En casos especiales y cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en ejercicio de cualesquiera de las señaladas actividades, **celebrar convenios***

de asociación con entes privados, con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada (...)” (Negrillas nuestras).

La reserva de las actividades establecidas en la LOREICH admitía expresamente la intervención de los particulares, supeditada, eso sí, a que mediara siempre su control por parte del Estado. Tal condición se alineaba con lo dispuesto por el Artículo 97 de la CN61²⁸ en cuanto al ejercicio de esa potestad por parte del Legislador. Se daba cabida así, con fundamento en el Artículo 5° de la LOREICH, a los llamados **convenios de asociación**, cuyo significado suscitó gran polémica en cuanto a las modalidades de su celebración y condiciones dirigidas a garantizar el control estatal.

No obstante que la CRBV utiliza el término “asociaciones estratégicas”, la LOH contempló la participación del sector privado únicamente a través de las Empresas Mixtas que, como de seguidas veremos, es tan sólo una de las varias modalidades bajo las cuales es posible concretar un convenio de asociación. Se confirió así a la materia un tratamiento más rígido que el otorgado por su predecesora (LOREICH).

Se dice que hay “asociación” siempre que varias personas aparecen jurídicamente unidas para un fin común. La asociación tiene por efecto producir, mediante la concentración, el crecimiento de las fuerzas individuales y, por consiguiente, la posibilidad de conseguir un resultado que de otra manera sería irrealizable o, por lo menos, conseguirlo con más eficiencia y facilidad.

El hecho asociativo puede cristalizarse a través de un contrato inominado en cuya virtud las partes convienen en establecer un régimen que regule sus relaciones y permita la utilización y destino de recursos humanos y materiales al fin común que los ha llevado a asociarse. Este contrato tiene similitud con lo que sería la figura de la inversión conjunta, que no implica la creación de una nueva persona jurídica, pero sigue siendo una asociación. La asociación puede, por tanto, suponer

²⁸ Venezuela, *Constitución de la República de Venezuela* del 23 de enero de 1961. Artículo 97.- (...) “El Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional, y propenderá a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control (...)”

la creación de una entidad jurídica distinta de la de los asociados, caso típico de la sociedad mercantil bajo la forma de compañía anónima, como puede no implicar el nacimiento de un nuevo ente dotado de personalidad jurídica.

Las asociaciones sin personería jurídica consisten, así, en contratos innominados, contratos carentes de rasgos precisos, que el legislador o la doctrina haya identificado con plena exactitud y certidumbre, de allí la legítima tendencia a definir esos rasgos con base en los que identifican a dos figuras jurídicas bastante semejantes como lo son las sociedades de hecho y los consorcios.

Las asociaciones no societarias son aquellas en las que las partes no supeditan ni condicionan su intervención en el negocio común a su participación en el capital accionario de una entidad jurídica, sino que aseguran tal participación directamente a través de las estipulaciones de un convenio.

Bajo esta concepción se arribó a la conclusión de que al referirse el artículo 5° de la LOREICH a “convenios de asociación”, ambas opciones eran viables, es decir, las asociaciones societarias (C.A., S.R.L., etc.) y las no societarias (consorcios y sociedades de hecho).

Lo anterior fue ratificado por la extinta Corte Suprema de Justicia (CSJ) en sentencia dictada en pleno el 23 de abril de 1991, con ocasión de un Recurso de Colisión de Normas, relativo a los artículos 3 de la LH de 1967, 5° de la LOREICH y 2 y 5 de la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural (LREIGN) del 26 de agosto de 1971, tomando en cuenta que el artículo 28 de la LOREICH disponía que quedaban sin efecto las normas de la primera que fueran en su contra.

Sin entrar en las particularidades del caso y pasando directamente a la parte de la decisión que aquí interesa, la CSJ, estableció que **las empresas mixtas a que aludía la LH de 1967 eran una especie de asociación, mas no la única**. Adicionalmente se sostuvo que, **de acuerdo con el artículo 5° de la LOREICH lo importante era el control del convenio, que era una noción más jurídica que económica o patrimonial, por lo que se refería a “participación”, sin calificarla de alguna manera específica**.

Fue así reconocido por el Máximo Tribunal de aquel entonces, por una parte, que a la luz del Artículo 5 de la LOREICH las asociaciones

no se agotaban en la figura de la asociación societaria y, por la otra, que el control del Estado en el caso la asociación societaria no se limitaba al que derivaba de una participación mayoría en el capital social.

En virtud de lo anterior, y con la intención de vincularlo sostenido por la extinta CSJ con el escenario que ofrece la CRBV, puede sostenerse que es perfectamente posible el ejercicio de las actividades primarias sometidas a reserva a través de la celebración de convenios de asociación que se traduzcan en la conformación de sociedades mercantiles en las que las que la participación accionarial del Estado sea minoritaria.

En caso de que se considere indispensable que el Estado tenga el control de dichas entidades, a pesar de que expresamente la CRBV a ello no hace referencia, como si parecía ordenarlo el Artículo 97 de la CN61 (salvo que, se dé ese sentido y valor a lo señalado por la Exposición de Motivos de la CRBV en cuanto a la constitucionalización de la nacionalización - Art. 303), ello podría perfectamente lograrse mediante acciones privilegiadas o disposiciones estatutarias orientadas en ese sentido, tal como ocurrió en la llamada “Apertura Petrolera” en los años noventa del Siglo XX y ahora plantea el ARLOH del 20 de febrero de 2020 presentado por la Comisión Permanente de Energía y Petróleo de la AN.

No entraremos en esta oportunidad a abordar en mayores detalles a los convenios de asociación que suponen la creación de entidades jurídicas, entre ellas, las Empresas Mixtas a las que alude la LOH, por tratarse de un tema bastante desarrollado por la doctrina nacional y porque el propósito que aquí nos hemos trazado es el de su flexibilización a nivel de participación accionarial estatal, lo que ya ha quedado demostrado y, a explorar más bien mecanismos u opciones que precisamente no se traduzcan en asociación del Estado con el sector privado, que es a lo que de seguidas nos dedicaremos.

B.2.2. Convenios no asociativos

B.2.2.1. Modalidades de convenios no asociativos

Un importante sector del país sostiene, con razón, que no será suficiente para reactivar la actividad Petrolera, el flexibilizar la

participación privada, permitiendo su asociación con el Estado de manera mayoritaria, aunque sujeta a ciertos poderes exorbitantes por parte de este último en determinadas materias (acciones privilegiadas o medidas estatutarias). De ahí que ese sector clame por la implementación de mecanismos que permitan la participación del sector privado sin necesidad de asociarse con el Estado.

Esta corriente, diametralmente opuesta desde el punto de vista formal y operativo, a la que inspiró la LOH (2001 y 2006), en la que como vimos se consideró necesario que el Estado interviniera directa y activamente en el ejercicio de las actividades primarias al que además debía poder controlar de manera real e integral, pudiera continuar encontrando resistencia en nuestro país, lo que en nuestra opinión obedecería más a razones ideológicas que jurídicas.

Señalado lo anterior, la pregunta que vale hacerse en esta oportunidad es si en el marco de una reserva relativa como la contemplada en la CRBV, es posible que la participación de los particulares se instrumente no sólo a través de convenios de asociación, sino también, por otras vías, que no impliquen asociación con el Estado, como los tradicionalmente englobados en la figura de la “concesión”.

Cuando media reserva, en Derecho Administrativo se sostiene que la intervención del sector privado se canaliza a través de la **concesión**. En el caso venezolano, como ha sido comentado, la concesión ha sido rechazada desde mediados del Siglo XX en lo que respecta a la actividad Petrolera, posición esta, que responde más a razones ideológicas que de otro tipo, aunque en opinión de algunos, por implicar un **derecho real administrativo a favor del concesionario es incompatible con la reserva**.

Con la CRBV, doctrinarios como María Amparo Grau han considerado que en virtud del Artículo 303, quedaron cerradas las puertas a la concesión. Señala Grau que:

“El artículo 303 impone la existencia de una empresa enteramente pública encargada del manejo de la industria Petrolera, lo cual confirma la nacionalización de la misma en cuanto que excluye la participación privada en su constitución y la exclusión de la

concesión, al conferirle a ésta la actividad como una competencia constitucional”²⁹ (Negrillas nuestras).

En nuestra opinión, como hemos venido señalando, si se asume la posición de que el Artículo 303 de la CRBV simplemente consagra la modalidad de intervención del Estado en el ejercicio indirecto de la actividad Petrolera que ha de reconocerse e incluirse forzosamente en la reserva que respecto de ella legalmente se regule, no siendo ella exclusiva ni excluyente, las puertas no habrían quedado cerradas para la concesión.

Al mencionar a la figura de la concesión, es mandatorio ante todo liberarse de prejuicios. Al respecto debe recordarse que, como fue reseñado, no sólo la doctrina, sino también, la Sala Político Administrativa de la CSJ han admitido que reserva y concesión no son excluyentes, salvo que medie disposición expresa en ese sentido a nivel constitucional o legal.

No mediando en nuestra opinión tal exclusión en la CRBV, tratándose la concesión simplemente de una particular modalidad contractual, lo que corresponde es su adecuada consagración y regulación en el texto de la ley que regule a la actividad Petrolera.

La viabilidad de las opciones que se seleccionen a los fines de canalizar la participación privada en el ejercicio de las actividades primarias sin que medie asociación con el Estado, en todo caso, deberían cumplir con los siguientes extremos mínimos: (i) no contrariar lo dispuesto por el Artículo 12 de la CRBV, en cuanto al carácter de bienes de dominio público, por ende, inalienables, inembargables e imprescriptibles; (ii) no generar respecto de los particulares derechos equiparables al de propiedad susceptibles de actos de disposición tanto respecto de los yacimientos como de la posibilidad de ejercer la actividad reservada; (iii) no excluir el ejercicio de la actividad por parte del Estado directamente o indirectamente a través de PDVSA o del ente que aquél cree para reemplazarla; (iv) contemplar mecanismo que aseguren al Estado el desarrollo de la actividad en conveniencia de la Nación y; (v) no desnaturalizar la figura de la reserva.

²⁹ María Amparo Grau, Ob. cit. p. 13.

La concesión como canal de habilitación estatal que es para el ejercicio por parte de los particulares de la actividad reservada debe estar sometida a controles en cuanto a la selección del concesionario, términos de su celebración y cumplimiento de las obligaciones que producto de aquella recaen sobre el contratista. Gracias a la concesión se habilita al particular a ejercer la actividad de la que fue previamente excluido por efecto de la reserva, proviniendo la contraprestación a la que tiene derecho del producido de la actividad ejecutada, en el caso de exploración y explotación de recursos naturales, el recurso extraído, previa entrega de la porción correspondiente al Estado (regalía en especie) o de la entrega de su valor equivalente en efectivo (regalía en dinero). El concesionario debe adicionalmente dar cumplimiento a las demás obligaciones fiscales (tributarias y patrimoniales) que correspondan legal y contractualmente.

La concesión confiere al concesionario el derecho a realizar una actividad económica reservada, que en principio no es susceptible de tráfico jurídico o de libre disposición, salvo que ello sea consentido por las autoridades competentes. Tal derecho es cosa distinta a la pertenencia que en carácter de bienes del dominio público corresponde a la República respecto de los yacimientos cuya exploración y explotación hayan sido reservadas.

Partiendo de lo sostenido por la jurisprudencia patria en cuanto a que, *“Concurrencia y reserva no son, en modo alguno, principios antagónicos, desde que la Administración puede permitir que distintos operadores económicos privados concurren en **actividades reservadas otorgando diversos títulos concesionales.**”*³⁰, pareciera posible afirmar que lejos de estar reñidas la reserva y la concesión, su concurrencia es posible, claro está, dependiendo de los términos en que aquélla haya sido consagrada.

B.2.2.1. Modalidades de convenios no asociados

Dado el amplio alcance que supone el análisis de un tema como el planteado en este epígrafe, con fines pragmáticos nos centraremos

³⁰ Cfr.: Sentencia de la Sala Político-Administrativa de 18 de junio de 1998, caso *AVENSA*.

únicamente en las opciones que plantea el ALOH propuesto por la Comisión Permanente de Energía y Petróleo de la AN. En una próxima entrega, complementaria a este estudio, profundizaremos acerca de las particularidades de cada modalidad contractual. Por lo pronto, nos limitaremos a continuar fundamentando la cabida que ellas pueden encontrar en el marco de la CRBV.

El ALOH prevé en su Artículo 13 la realización de actividades de exploración y producción de hidrocarburos líquidos y gaseosos, asociados y no asociados, mediante la celebración de contratos de licencia, **de producción** o utilidad compartida, de servicios, de asociación y **cualquier otra modalidad contractual**.

Antes de efectuar un juicio crítico al planteamiento contenido en el ALOH en cuanto a la participación del sector privado en el ejercicio de la actividad Petrolera sin necesidad de asociarse con el Estado, vale referirse a algunas experiencias registradas en similar sentido a nivel regional, entre ellas, la mexicana y brasilera.

B.2.2.1.1. Experiencias extranjeras

En legislaciones como las de México y Brasil, según el tipo de área, yacimientos, proyectos, niveles de inversión, tipo de crudo, pueden adoptarse modalidades específicas para el ejercicio de las actividades, de manera de hacerlas más viables para su ejecutor y más rentables y provechosas para el Estado.

No existe así, un régimen único y rígido como el que prevé la LOH, en el que el Estado prácticamente tiene la opción de operar mediante una empresa de su total propiedad (empresa del Estado), a lo que se ha dado por llamar “Esfuerzo Propio”, o asociarse con particulares, pero haciéndose titular de la mayoría accionaria de la sociedad anónima a crear a esos fines (Empresa Mixta). Respecto de esta última opción, su margen de decisión se limita únicamente a adquirir más o menos acciones entre el 50,01% y el 99.9%, quedando el resto al accionista privado minoritario.

La rigidez propia del modelo contenido en la vigente LOH, basado en una absurda e irracional concepción de soberanía nacional (control accionarial), resulta contrario a toda lógica y, por ende, al interés

nacional. Limitar a una sola alternativa la intervención del sector privado en el ejercicio de la actividad Petrolera, sin tener en cuenta la diversidad de factores que la impactan, no puede catalogarse sino de un grave error, cuyos resultados están a la vista.

Un país que se reserve una actividad tan importante como la Petrolera en el que se adopte un mecanismo de operación como el previsto en la LOH, en el que la intervención del Estado debe ocurrir en todos los casos, generándole altas cargas financieras y que se comporta prácticamente igual, cualesquiera sean las características de las áreas, los niveles de inversión demandados, las condiciones del mercado en cuanto a precios y clientes, por tan sólo mencionar algunos, conduce forzosamente al drama que actualmente vive el sector Petrolero en el país. La reserva no puede orientarse hacia otra dirección que a la de la conveniencia nacional. Un Estado como el venezolano carente de recursos para financiar los ambiciosos proyectos que demanda la reactivación de la industria Petrolera, que adoptó un mecanismo de inversión privada nada atractivo en las condiciones actuales del mercado, atenta contra el Artículo 302 de la CRBV, resultando necesario su sustitución por otro más conveniente, lo que puede llegar a lograrse aun en el marco de la vigente CRBV.

Países como México y Brasil se percataron oportunamente de aquel equivoco y con valentía y sin complejos de falsos nacionalismos procedieron a enmendarlo, de ahí que procedamos a referirnos a esas experiencias por representar referentes válidos para un caso como el venezolano.

• Estados Unidos Mexicanos³¹

El Poder Ejecutivo de la Federación presentó el 12 de agosto de 2013 la Iniciativa de Enmienda de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, centrada en la modificación de sus artículos 27 y 28. Esta Iniciativa fue aprobada y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 20 de diciembre de 2013.

³¹ Basado en estudios efectuados por el abogado Humberto Enrique Romero Carrillo.

En lo que aquí interesa, las enmiendas que la Iniciativa de 2013 propuso fueron las siguientes:

- a) Respecto del Artículo 27, suprimir de su redacción la limitación jurídica que le impedía al Estado la utilización de contratos en las actividades de explotación de hidrocarburos, incorporada a través de la reforma constitucional de 20 de enero de 1960. A pesar de aquella flexibilización, **se prohibió el otorgamiento de concesiones a particulares**, ya que éstas, en su alcance jurídico podían conferir derechos a los particulares sobre los hidrocarburos, lo que no era admisible en el contexto constitucional.
- b) En lo que respecta al Artículo 28 constitucional, la reforma que se propuso iba dirigida a que las actividades relacionadas con la exploración y extracción del petróleo y gas natural se realizaran conforme con lo que se aspiraba terminara disponiendo el Artículo 27 constitucional, es decir, que, a pesar de ser actividades monopólicas del Estado, éstas podrían ser realizadas por entes públicos y privados a través de los contratos que para el efecto se celebrasen.

La enmienda constitucional se concretó, modificándose puntualmente los artículos 27 y 28, que quedaron redactados como sigue en sus partes pertinentes:

“Artículo 27.- (...)

Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo a largo plazo de la Nación, esta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción de petróleo e hidrocarburos, mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos, las empresas productivas del estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberán afirmarse en las asignaciones y contratos” (Negrillas y subrayado nuestro).

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, al igual que la CRBV contempla que la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos corresponde a la Nación. Adicionalmente, señala ese Texto Fundamental que los yacimientos de hidrocarburos son inalienables e imprescriptibles (dominio público).

Esa Carta Magna flexibiliza el monopolio absoluto que existía a favor del Estado en cuanto al ejercicio de la actividad, para lo cual remite a la ley reglamentaria correspondiente (Ley de Hidrocarburos), lo que conduce nuevamente a un escenario similar al venezolano (art 302 CRBV – LOH).

La Constitución Mexicana, a diferencia de la venezolana, no alude a una entidad corporativa única y específica para el ejercicio de la actividad, sino que plantea la concurrencia de empresas productivas del Estado (Equivaldría a nuestras empresas del Estado -100% propiedad del estado de manera directa -PDVSA- o indirecta – CVP) o, a través de contratos con éstas o con particulares en los términos de la Ley Reglamentaria, lo que también prevé en cierta forma el Artículo 303 de la CRBV, con la diferencia de que en nuestro caso se alude únicamente a las “asociaciones estratégicas”.

Las disposiciones constitucionales mexicanas relativas a la materia son desarrolladas actualmente por la Ley de Hidrocarburos cuya última reforma es del 15 de noviembre de 2016 (LHM).

La LHM señala que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25, párrafo cuarto, 27, párrafo séptimo y 28, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Nación llevará a cabo la Exploración y Extracción de los Hidrocarburos, en los términos de esa Ley.

Conforme al Artículo 5 de la LHM, las actividades de Exploración y Extracción de Hidrocarburos se consideran estratégicas en los términos del párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En tal virtud, sólo la Nación las llevará a cabo, por conducto de Asignatarios y Contratistas, en términos previstos en esa Ley.

Como fue indicado, la Constitución de México, prohíbe expresamente el otorgamiento de concesiones para el desarrollo de actividades

relacionadas con la cadena productiva de hidrocarburos³². Se prevén, en cambio, diferentes *mecanismos administrativos* a través de los cuáles, tanto las empresas productivas del Estado (“EPEs”), como los particulares, pueden participar en la industria Petrolera. Estos mecanismos variarán según el tipo de actividad.

Las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos son llevadas a cabo por la Nación mediante asignaciones y contratos³³. Por su parte, las actividades de reconocimiento y exploración superficial; las de tratamiento, refinación, enajenación, comercialización y almacenamiento del petróleo, y las de transporte por ducto y almacenamiento vinculadas a ductos de Petroquímicos, requieren de una autorización o permiso³⁴.

Las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos se consideran estratégicas para México. La Nación explota la industria de forma exclusiva, más no excluyente³⁵.

Estas actividades son realizadas por la Nación, a través de asignaciones y contratos. El primero de estos actos es la excepción, y, el segundo, la regla general³⁶.

- a) Asignación: definida como “*el acto jurídico administrativo mediante el cual el Ejecutivo Federal otorga exclusivamente a un Asignatario el derecho para realizar actividades de Exploración*”

³² México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Publicado Decreto de Reforma en Materia de Energía (“Decreto de Reforma Energética”) en Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 2013. Artículo 27, párrafo 7.- “Entiéndase por actividades de la cadena productiva de hidrocarburos, las siguientes: reconocimiento y exploración superficial, y la exploración y extracción de hidrocarburos; tratamiento, refinación, enajenación, comercialización, transporte y almacenamiento del petróleo; procesamiento, comprensión, licuefacción, descomprensión, regasificación, transporte, almacenamiento y distribución por ductos de gas natural; y transporte, almacenamiento y distribución por ductos de gas licuado de petróleo, ductos de petrolíferos y ductos de petroquímicos.”

³³ *Ibid.*; México, *Ley de Hidrocarburos*, Publicada en Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2014

³⁴ *Ídem*. Artículo 5, párrafo 2.

³⁵ México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Publicado Decreto de Reforma en Materia de Energía (“Decreto de Reforma Energética”) en Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 2013. Artículo 25 y 28 de la Constitución de México, Transitorio Octavo del Decreto de Reforma Constitucional en Materia Energética y *Ley de Hidrocarburos*. Publicada en Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2014. Artículo 5.

³⁶ México, *Ley de Hidrocarburos*. Publicada en Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2014. Artículo 6.

y *Extracción de Hidrocarburos en el Área de Asignación, por una duración específica*”³⁷. Sólo las llamadas Empresas de Producción Estatal (EPEs), como lo es ahora PEMEX³⁸, pueden ser asignatarios³⁹. (Equivalentes al Decreto de Transferencia previsto en el Artículo 24 LOH)

De mediar la figura de la asignación, la única forma en que el sector privado puede intervenir es a través de la celebración de contratos de servicios para las actividades relacionadas con la asignación, con la EPE titular de esta asignación. (Equivalente a los contratos de servicios o convenios operativos previstos en el Art. 25 LOH).

- b) Contratos: Las personas jurídicas o morales privadas —entendidas como sociedades mercantiles constituidas de conformidad con la legislación mexicana—⁴⁰ participan en las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos en México a través de contratos. De acuerdo a su definición auténtica, estos contratos consisten en el **“acto jurídico que suscribe el Estado Mexicano, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, por el que se conviene la Exploración y Extracción de Hidrocarburos en un Área Contractual y por una duración específica”**⁴¹.

Los sujetos legitimados para ser contratistas son: (i) las EPEs (Ej. PEMEX) (ii) cualquier persona moral, definida como una sociedad mercantil constituida de conformidad con la legislación mexicana, o (iii) cualquier asociación o consorcio formado por una EPE y una persona moral. Estas alianzas se celebrarán según lo dispuesto en la ley que regule a la EPE en cuestión y se regirán por el derecho común⁴².

³⁷ Ídem. Artículo 4, numeral V.

³⁸ Ob. Cit. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Artículo 25, párrafo 3; Transitorio Tercero del Decreto de Reforma Energética.

³⁹ Ob. Cit. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Transitorio Sexto del Decreto de Reforma y Ob. Cit. *Ley de Hidrocarburos*. Artículo 6.

⁴⁰ Ídem. Artículo 4, numeral XXV.

⁴¹ Ídem. Artículo 4, numeral IX.

⁴² Ob. Cit. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Artículo 27, párrafo 7, Ob. Cit. *Ley de Hidrocarburos*. Artículo 14 de la LH.

Debe destacarse que la Secretaría de Energía (SENER) puede establecer en ciertos casos la participación obligatoria del Estado Mexicano, a través una EPE o un vehículo financiero especializado.

Excepcionalmente, es posible liberar a las EPE del control corporativo y de gestión.

La modalidad de contratación es definida por la SENER según las características del proyecto –área a desarrollar, calidad del crudo, riesgos, productividad del pozo–, bajo el criterio rector de garantizarle al Estado la máxima cantidad de ingresos posible.

Las modalidades, dispuestas en la Constitución de México, son las siguientes: (i) contrato de licencia⁴³, cuya contraprestación a favor de los particulares es la transmisión onerosa de los hidrocarburos extraídos; (ii) contrato de producción compartida, en el que los contratistas entregan un porcentaje de la producción acordada al Estado y conservan el restante; (iii) contrato de utilidad compartida, donde el contratista entrega la totalidad de la producción y recibe un porcentaje de la utilidad; y (iv) contrato de servicio, en el que se entrega la totalidad de lo producido, a cambio de un pago en efectivo⁴⁴.

Todos los contratos, sin excepción, deben dejar constancia expresa de que la titularidad sobre los yacimientos no se transfiere a los contratistas, sino que éstos únicamente realizan las actividades de exploración y extracción por cuenta de la Nación⁴⁵.

⁴³ George Baker, *Concesión “vs” Licencia*, México, 2015. Disponible en: http://www.milenio.com/firmas/george_baker/Concesion-vs-licencia_18_545525470.html; consultado el 25 de mayo, 2020. La diferencia entre el contrato de licencia y la concesión es que el contrato de licencia consiste en una autorización administrativa para explotar, en nombre de la Nación, los yacimientos de hidrocarburos, cuyos frutos son propiedad del contratista con licencia. Éste, incluso, puede registrar en sus libros las reservas probadas para fines contables. Por su parte, las concesiones suponen un acto administrativo que concede el derecho real de uso y goce sobre los yacimientos, que también se explotan en nombre de la Nación. Una importante diferencia práctica es que los contratos de licencia pueden ser rescindidos unilateralmente por el Ejecutivo Nacional, a través de la CNH, siempre que medie algunas de las causales establecidas en la ley. En cambio, en el caso de las concesiones, cualquier disputa relativa a éstas se dirime en sede judicial.

⁴⁴ Ob. Cit. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Artículo 18; Transitorio Cuarto del Decreto de Reforma Energética; México, *Ley de Ingresos Sobre Hidrocarburos*, publicada en Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2014. Artículos 6, 11, 12 y 21.

⁴⁵ Ob. Cit. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Artículo 27, párrafo 7; Ob. Cit. *Ley de Hidrocarburos*. Artículo 11.

• **República Federativa de Brasil**⁴⁶

La Constitución Federativa del Brasil de 1988 en su Artículo 20 calificó como bienes de la Unión a los recursos minerales, incluso los del subsuelo. Con base en esta disposición se ha entendido a la fecha que los hidrocarburos pertenecen a la Unión.

Esa norma prohibía a la Unión la cesión o concesión de cualquier tipo de participación, en especie o en valor, en la explotación de yacimientos de petróleo o gas natural, excepto lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del Artículo 20 constitucional.

El Artículo 177 de aquel texto constitucional disponía que constituía monopolio de la Unión:

1. La búsqueda y extracción de yacimientos de petróleo y gas natural y otros hidrocarburos fluidos;

Ese Artículo 177, fue objeto de la Reforma N° 9/1995 que, si bien mantuvo el monopolio originalmente consagrado, agregó que: 1° La Unión podrá **contratar con empresas estatales o privadas**, la realización de las actividades previstas en los incisos 1 a 4 de este artículo observadas las condiciones establecidas en ley.

Es así como si bien se reserva constitucionalmente a la Unión el ejercicio de las actividades de exploración y producción vinculadas con los hidrocarburos, se permite la contratación con particulares a esos fines, todo ello en los términos previstos en la ley que a esos efectos se dicte.

De acuerdo con el Artículo 5 de la Ley N° 12.351 y que se mantiene con la Ley N° 13.365:

*“Artículo 5.- Las actividades económicas a que se refiere el artículo 4 de la presente Ley deberán ser reguladas y supervisadas por la Unión y pueden ser ejercidas a través de **concesión, autorización o contratación bajo el régimen de producción compartida, por sociedades constituidas conforme a las leyes brasileñas, con sede y gestión en Brasil**”(Negrillas nuestras).*

⁴⁶ Ramón Espinasa, Ramón Medina, y Gustavo Tarre; *La ley y los hidrocarburos: comparación de marcos legales de América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo. 2016.

De esta forma, hoy día, en Brasil la intervención del sector privado en la actividad Petrolera puede llevarse a cabo a través de los siguientes vehículos jurídicos: (i) contratos de concesión y; (ii) contratos de producción compartida⁴⁷. Por su parte, para realizar las actividades de refinación, transporte y comercialización de petróleo, gas natural y sus derivados, los particulares requieren de una autorización de la Agencia Nacional de Petróleo (ANP)⁴⁸.

Visto lo anterior, procederemos de seguidas a ahondar en las particularidades de las opciones existentes respecto de lo que para nosotros califican como actividades primarias.

1.- Contratos de concesión:

Los contratos de concesión son contratos en los que el Estado Brasileño le otorga al otro contratante, denominado concesionario, el derecho para explorar y producir petróleo, gas natural y sus derivados, en territorio brasileño. Estos contratos prevén dos fases: la fase de exploración y la fase de producción. En la fase de exploración, el concesionario está obligado a explorar, asumiendo todos los riesgos e inversiones en las áreas objeto de la concesión.

Una vez identificados los yacimientos de hidrocarburos susceptibles de aprovechamiento y comercialización, el concesionario debe presentarle a la ANP un proyecto que detalle el plan de desarrollo de estos campos Petroleros. Aprobado el plan, se inició a la fase de producción.

Mientras el recurso natural se encuentra formando parte del yacimiento pertenece a la Unión, pero una vez extraído el concesionario se hace dueño del producto, siempre que cumpla con todas las cargas

⁴⁷ Brasil, *Ley N°9.478/97 de Petróleo*. Publicada en Diario Oficial de la Unión, Primera Sesión, del 7 de agosto de 1997. Artículos 5, 21 y 23. Además de los contratos de concesión y de producción compartida, existe un tercer vehículo jurídico para la explotación de los hidrocarburos, *i.e.* la cesión onerosa de derechos. No obstante, esta figura está reservada exclusivamente para Petrobras, como empresa del Estado, por lo que no constituye un mecanismo de participación de los particulares en la industria. Para más información sobre la cesión onerosa de derechos a Petrobras, se recomienda consultar: <http://www.petrobras.com.br/en/our-activities/performance-areas/oil-and-gas-exploration-and-production/regulatory-framework/> (Consultado el 28-02-2018).

⁴⁸ Ídem. Artículos 5, 53, 56 y 60.

económicas que acarrea el desarrollo de estas actividades, entre ellas, el pago de los tributos, regalías y de las demás participaciones, tanto legales como contractuales a favor del Estado brasileiro⁴⁹.

El modelo concesional, es pues, el que se utiliza para realizar actividades de exploración y producción en todas las áreas con potencial de contener hidrocarburos en Brasil, con excepción de las áreas del pre-sal, y las demás áreas designadas como *estratégicas* por ley⁵⁰.

Los contratos de concesión se otorgan por medio de licitaciones públicas, organizadas, promovidas y ejecutadas por la ANP⁵¹. Los sujetos legitimados para participar como licitantes son empresas públicas y privadas –nacionales o extranjeras. Más allá de evaluar sus capacidades técnicas, financieras, y su condición jurídica, los criterios que rigen la determinación de la ANP para adjudicar los contratos de concesión son: (i) el valor de los bonos de asignación, (ii) el programa de exploración mínimo que ofrezcan los licitantes y; iii) el contenido local (consumo de productos nacionales). La empresa vencedora en la licitación, en caso de no estar constituida en Brasil, debe incorporar una entidad u oficina, según las leyes de ese país⁵².

Las concesiones tienen una duración máxima de 34 años, incluyendo la fase de exploración (3-7 años) y la fase de producción (23-27 años). Más allá del petróleo, gas natural y los derivados de éstos, las concesiones no se extienden a ningún otro recurso natural, por lo que todo concesionario que descubra un recurso natural distinto a éstos debe informarle a la ANP de este descubrimiento⁵³.

Las causales de extinción de los contratos de concesión son:

(i) el vencimiento del plazo contractual; (ii) acuerdo entre las partes;

⁴⁹ Ídem. Artículos 23, 24 y 26.

⁵⁰ Ídem. Artículo 23 *eiusdem*. Hasta el descubrimiento de las grandes reservas de petróleo en las áreas del Pre-Sal en el 2006, y la posterior publicación de la normativa que regula su explotación en el 2010, el contrato de concesión era la única figura jurídica prevista en el régimen jurídico brasileiro a través de la cual los particulares podían participar en el desarrollo de los hidrocarburos en Brasil.

⁵¹ Ídem. Artículos 8 (punto IV) y 23.

⁵² Ídem. Artículos 25, 37, 39; Ob. cit. Espinasa, Medina y Tarre, p. 59; Jacqueline Barboza Mariano. *El marco regulatorio para la exploración y producción de petróleo y gas natural en Brasil*. Presentación en la VXI reunión anual de ARIAE. Cartagena de Indias, 2012, p. 7.

⁵³ Ob. Cit. *Ley de Petróleo*. Artículo 30.

(iii) motivos de rescisión previstos en el contrato; (iv) culminación, sin éxito, de la fase exploratoria; y (v), previo a la culminación de la fase exploratoria, por el desistimiento o la devolución de las áreas objeto de la concesión, por considerar el concesionario que el potencial de los yacimientos identificados en estas áreas no justifica la inversión en su desarrollo⁵⁴.

Por último, las concesiones pueden ser objeto de cesión. Su cesión para ser válida requiere de: (i) la previa y expresa autorización por parte de la ANP; (ii) que se conserve el objeto y las condiciones contractuales, y (iii) que el nuevo concesionario cumpla con los requisitos técnicos, económicos y jurídicos establecidos por la ANP, para el otorgamiento de ese particular contrato de concesión⁵⁵.

Encontramos en los casos de México y Brasil una serie de elementos comunes con el de Venezuela, en tanto en aquellos países también se reconoce a los yacimientos pertenecientes a la Unión, la titularidad de los recursos extraídos a quien los explote y la consagración de una reserva. Difieren, sin embargo, las constituciones de esos países con la nuestra en que aquéllas expresamente reconocen la posibilidad de contratar con el sector privado la exploración y explotación de hidrocarburos, mientras que la CRBV no hace mención expresa al respecto, lo que no consideramos implica que queda prohibido.

B.2.2.1.2. Propuesta contenida en el ALOH

Aun cuando no lo señala expresamente el ALOH, tenemos entendido sus redactores y promotores parten de la tesis de que la reserva de la actividad Petrolera no tiene consagración constitucional, postura esta que de ser correcta da amplio margen de acción al Legislador, encontrando indiscutible cabida la propuesta en él contenida. Nuestra evaluación de dicho instrumento lo haremos bajo la tesis contraria, es decir, asumiendo que la reserva si tiene consagración en la CRBV, posición esta que como hemos sostenido conduce en la práctica a un escenario

⁵⁴ Ídem. Artículo 28.

⁵⁵ Ídem. Artículo 29. En los artículos 43 y 44 de la Ley de Petróleo, se enumeran las demás cláusulas y obligaciones en cabeza del concesionario que deben incluirse en los contratos de concesión.

muy similar en cuanto a las posibilidades de participación del sector privado.

De acuerdo con el Artículo 13 del referido anteproyecto:

*“Artículo 13. Las actividades de Exploración y Producción serán realizadas mediante Contratos de Exploración y Producción de Hidrocarburos líquidos y gaseosos, asociados y no asociados. A tales fines, se podrán celebrar **contratos de licencia**, de producción o utilidad compartida, de servicios, de asociación y cualquier otra modalidad contractual que permita el mejor aprovechamiento de los hidrocarburos y el máximo beneficio al Estado, bajo los términos y condiciones definidos en la presente Ley y en las leyes y Reglamentos que se dicten en la materia.*

Las modalidades inherentes a dichos Contratos son facultativas de la Agencia Venezolana de Hidrocarburos las cuales aplicará en cada caso según sea la forma más conveniente para el Estado” (Negrillas nuestras).

Por su parte, el Artículo 14 del ALOH establece que las actividades de exploración y producción podrán ser ejercidas por **sociedades mercantiles privadas**, sociedades mercantiles mixtas en cualquier porcentaje de participación del Estado, o empresas del Estado. A las empresas que se dediquen a la realización de actividades de Exploración y Producción de Hidrocarburos se les denomina **Empresas Asignatarias**.

Respecto de estos contratos y el consiguiente ejercicio de la actividad, el Artículo 20 del ALOH contempla la previa aprobación del Acuerdo de Términos y Condiciones del proceso de selección de las asignatarias por parte del Asamblea Nacional. El Artículo 22 “eiusdem”, contempla las condiciones a las que se sujeta la cesión del contrato y el Artículo 24 indica el contenido mínimo que debe contener este tipo de contrato.

El contrato de exploración y explotación es un **contrato público** regido por el ALOH, y por las condiciones generales y particulares aprobadas por la Superintendencia de Hidrocarburos. Supletoriamente aplicarán las disposiciones sobre el cumplimiento del contrato previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, así como lo establecido en el Código Civil y el Código de Comercio.

Este tipo de contrato que no es más que una especie dentro del género de la concesión, que en la medida en que se instrumente respetando el mínimo de extremos aquí aludidos encuentra en nuestra opinión plena cabida a la luz de la CRBV.

Como fue anunciado, en una próxima oportunidad abordaremos en mayor profundidad las modalidades y extremos que este tipo de contrato debe registrar para alinearse con los extremos constitucionales imperantes en el país.

IV) CONCLUSIONES

- La magnitud de las reservas de hidrocarburos ubicadas en el territorio nacional; la infraestructura instalada con la que cuenta el país en el sector, independientemente de su grado de obsolescencia, estado de mantenimiento y conservación; la experiencia y conocimientos acumulados en el área por más de un siglo; la estratégica ubicación geográfica de nuestro país; las ventanillas comerciales aun existentes respecto de esos *commodities* y; la necesidad de explotar la actividad antes de que decaiga en mayor medida la demanda del petróleo y del gas como fuentes energéticas mundiales, ofrecen el escenario natural en el que Venezuela debe actuar con carácter prioritario para alcanzar su reactivación económica y, con ella, la del resto de los ámbitos del acontecer nacional.
- Ningún esfuerzo dirigido a reactivar al sector energético podrá alcanzar el éxito, si no va acompañado de un ambiente signado por la seguridad jurídica. Quienes tienen a su cargo el ejercicio del Poder Público, deben ceñirse estrictamente al texto de la CRBV. El respeto a la democracia, las instituciones y el derecho en general, son piezas fundamentales para avanzar en la reconstrucción del país. Mientras esas condiciones no estén dadas y, por el contrario, impere la anarquía y el totalitarismo, el crudo que yace en las entrañas más profundas del territorio Nacional, no pasará de ser una estadística que, según se la mire, podría terminar por avergonzarnos por no haberla traducido en bienestar para nuestra población, quien verá perdida la fortuna que la Divina Providencia tuvo a bien prodigar a esta tierra de gracia.

- Un importante sector del país sostiene, con razón, que no será suficiente para reactivar la actividad Petrolera, el flexibilizar la participación privada, permitiendo su asociación con el Estado de manera mayoritaria, aunque sujeta a ciertos poderes exorbitantes por parte de este último en determinadas materias (acciones privilegiadas o medidas estatutarias). De ahí que ese sector clame por la implementación de mecanismos que permitan la participación del sector privado sin necesidad de asociarse con el Estado, lo que estimamos es posible a la luz de la vigente CRBV.
- La sola lectura de la primera parte del Artículo 302 de la CRBV pone en evidencia la pobre labor cumplida por la ANC en una materia tan relevante como la de la reserva al Estado de la actividad Petrolera. La redacción de esta disposición es totalmente confusa, situación que se profundiza al intentar darle sentido junto al Artículo 303 igualmente constitucional y a lo previsto en la Exposición de Motivos del Texto Fundamental, todo lo cual se traduce en altos niveles de inseguridad jurídica, lo que es inaceptable e imperdonable en un país con la tradición Petrolera del nuestro.
- A pesar de la confusión que encierra la CRBV en cuanto al tratamiento por ella conferido a la reserva de la actividad Petrolera, ésta es, si el Artículo 302 simplemente faculta al Estado a consagrarla mediante ley orgánica o, por el contrario, la establece sólo que delegando al Legislador la definición de los términos precisos de su implementación, consideramos a esta última la posición más razonable.
- La afirmación anterior la sostenemos, entre otras, en las siguientes muestras: (i) la mención expresa a la actividad Petrolera en específico, seguida de la mención general hecha respecto del resto de actividades, industrias, bienes y servicios que se estimen en un momento dado de interés general; (ii) el énfasis que hace la Exposición de Motivos en cuanto a la constitucionalización de la nacionalización, que no es otra cosa que una remisión al régimen de reserva implementado con la LOREICH y; (iii) la reafirmación en buena medida de la modalidad de ejercicio de

la actividad por parte del Estado a través del Holding Petrolero conformado bajo aquella ley.

- La polémica y dudas que supone el tratamiento de tan delicada materia por parte de la CRBV justifican una enmienda constitucional que comprenda a los artículos 302 y 303. Tal enmienda se justifica, no sólo, por la inseguridad jurídica que deriva de la pobre técnica empleada por el Constituyente, sino también, porque se trata de una materia que debería simplemente tratarse como lo hacía el Artículo 97 de la CN61, como una posibilidad que instrumente el Estado en la oportunidad y en las condiciones que más convengan a la Nación, sin ataduras injustificadas, que atenten en el tiempo contra la consecución de los fines propios de la reserva.
- El proceder del Legislador al implementar la reserva prevista en el Artículo 302 de la CRBV se encuentra circunscrito a los límites y pautas que derivan de esa institución, así como a lo que deba entenderse por “actividad Petrolera”. El tratamiento que le confiera la AN a la materia debe fomentar adicionalmente el desarrollo de la manufactura nacional que tenga como insumo ese recurso natural y contemplar el ejercicio de la actividad por parte del Estado de manera directa e indirecta conforme lo prevé el Artículo 303 constitucional. Finalmente, debe tenerse presente el carácter de bienes del dominio público que tienen los yacimientos Petroleros conforme al Artículo 12 constitucional.
- La reserva a la “actividad Petrolera” consagrada en el Artículo 302 de la CRBV ha de entenderse como la que tiene por objeto hidrocarburos líquidos en estado natural (incluido el gas asociado) y respecto de las cuales no exista intención de convertirlos en productos por parte de un sujeto distinto al que los extrajo. En tal virtud, la refinación, la industrialización, el comercio de derivados y su distribución, almacenamiento y transporte no están sujetos a reserva de origen constitucional, pudiendo ser objeto de tratamiento distinto a las actividades primarias, entre ellos, el quedar sujetos a medidas de policía administrativa de menor intensidad que las propias de la reserva (licencias y permisos).

- Respecto de la refinación pueden surgir dudas a la luz de aquel razonamiento por cuanto al tener como insumo hidrocarburos en estado natural, pudiera pensarse debe quedar incluida dentro de las actividades primarias. Esta controversia se exagera cuando quien lleva a cabo la refinación es la misma entidad a cuyo cargo estuvo la explotación del recurso (proyectos integrados verticalmente). He aquí un tema que corresponde al Legislador resolver, esto es, precisar lo qué debe entenderse exactamente por “actividad Petrolera”.
- Queda claro a nivel de jurisprudencia y doctrina que la reserva no impide *per se* la concurrencia del Estado y los particulares en el ejercicio de la actividad que constituye su objeto. Muestra clara de lo anterior lo representa la concesión como figura a través de la cual el sector privado tradicionalmente participa en el ejercicio de actividades reservadas sin necesidad de asociarse con el Estado, sujeta, claro está, a las reglas establecidas por la ley con miras a preservar el interés general que justificó la mencionada medida de intervención.
- La reserva de la actividad Petrolera a la luz de la CRBV es relativa (Art. 303), en el sentido que admite la concurrencia del sector privado con el Estado en su ejercicio, concurrencia que no tiene porqué confundirse con asociación, a pesar de referirse de manera expresa únicamente a las “asociaciones estratégicas” (Art. 303).
- Un país que se reserve una actividad tan importante como la Petrolera en el que se adopte un mecanismo de operación como el previsto en el Artículo 22 de la LOH que impone la intervención del Estado en todos los casos, generándole altas cargas financieras y que se comporta prácticamente igual, cualesquiera sean las características de las áreas, los niveles de inversión demandados y las condiciones del mercado en cuanto a precios y clientes, por tan sólo mencionar algunos, conduce forzosamente al drama que actualmente vive el sector Petrolero en el país.
- La rigidez propia del modelo contenido en la vigente LOH, basado en una absurda e irracional concepción de soberanía nacional, resulta contrario a toda lógica y, por ende, al interés

nacional. Limitar a una sola alternativa la intervención del sector privado en el ejercicio de la actividad Petrolera (Empresas Mixtas), sin tener en cuenta la diversidad de factores que en ella influyen, no puede catalogarse sino de un grave error, cuyos resultados están a la vista.

- Una actividad como la Petrolera que, es de largo aliento y amerita enormes inversiones que, además, opera en un mercado caracterizado por la volatilidad y que demanda de una considerable participación de la inversión privada extranjera no puede operar bajo un régimen jurídico carente de flexibilidad, que le impida ajustarse a las circunstancias de cada momento. Resulta un contrasentido asumir que el constituyente intervino la actividad reservada de forma tal, que haya generado un nivel de rigidez contrario a su adecuado desarrollo, atentando contra el fin de la institución de la reserva, la conveniencia nacional (Art. 303 CRBV).
- El Artículo 303 de la CRBV resulta del reconocimiento de un hecho consumado, de una realidad, de una decisión adoptada en el marco de la LOREICH (1975) de llevar a cabo la actividad Petrolera reservada a través de una de las varias opciones en ella previstas, que el Constituyente (1999) no podía ignorar, pero al que además decidió reafirmar. Esta norma no tiene por qué asumirse, sin embargo, como una “camisa de fuerza” en cuanto a la modalidad de organización y desarrollo de la actividad Petrolera, sino, únicamente como una condición que debe ser respetada por el Legislador, en el sentido de siempre reconocer, en el marco de la reserva, la intervención indirecta del Estado a través de una instrumentalidad de su total propiedad, capaz de asociarse con entes privados, así como también de concurrir con ellos sin necesidad de que medien convenios de asociación.
- En virtud de lo dispuesto en el Artículo 303 de la CRBV, la ley reguladora de la reserva de la actividad Petrolera debe contemplar forzosamente la intervención indirecta del Estado en su ejercicio a través de un ente de su total propiedad, sea éste, PDVSA u otro que la sustituya; (ii) admitir una reserva relativa que como mínimo permita asociaciones estratégicas, que no

desnaturalice al régimen al que se somete la actividad y; (iii) su ejercicio a través de empresas y cualquier otro ente que se constituya como consecuencia de negocios de PDVSA, dentro de los cuales quedan incluidas las sociedades mercantiles con participación pública y privada.

- En el caso venezolano, si bien es cierto que el Artículo 303 de la CRBV, más allá de las asociaciones estratégicas, no abre explícitamente las puertas a otro tipo de convenciones a través de las cuales se concrete la participación privada en el ejercicio de las actividades reservadas, tampoco les cierra el paso, por lo que parecieran factibles opciones contractuales o administrativas como las implementadas en países como México y Brasil que no tienen por qué considerarse, contrarias a la esencia de la reserva, ni excluidas del mundo jurídico Petrolero nacional.
- La viabilidad de las opciones que se seleccionen a los fines de canalizar la participación privada en el ejercicio de las actividades primarias sin que medie asociación con el Estado, en todo caso, deberían cumplir con los siguientes extremos mínimos: (i) no contrariar lo dispuesto por el artículo 12 de la CRBV, en cuanto al carácter de bienes de dominio público, por ende, inalienables, inembargables e imprescriptibles; (ii) no generar respecto de los particulares derechos equiparables al de propiedad susceptibles de actos de disposición que tengan por objeto tanto a los yacimientos como a la posibilidad de ejercer la actividad reservada; (iii) no excluir el ejercicio de la actividad por parte del Estado directamente o indirectamente a través de PDVSA o el ente que aquél cree para reemplazarla; (iv) contemplar mecanismos que aseguren al Estado el desarrollo de la actividad en conveniencia de la Nación y; (v) no desnaturalizar la figura de la reserva.
- Mientras se cumplan los extremos antes señalados, no encontramos razones jurídicas que constitucionalmente impidan en el ejercicio de actividades primarias la participación del sector privado, no sólo como socio mayoritario en empresas constituidas en sociedad con el Estado, sino también, de manera individual, sin necesidad de que medie asociación con éste, aunque si, ciertos mecanismos de control y supervisión.

IV) BIBLIOGRAFÍA

- BADELL MADRID, Rafael, “La Constitución Económica” en *Revista BCV XIV 1*. Caracas, Venezuela, 2000.
- BAKER, George, “Concesión ‘vs’ Licencia”, en *Diario Milenio*, **México, 2015. Disponible en:** http://www.milenio.com/firmas/george_baker/Concesion-vs-licencia_18_545525470.html; consultado el 25 de mayo, 2020.
- BOSCÁN DE RUESTA, Isabel, *La Actividad Petrolera y la Nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*. FUNEDA, Caracas, 2002.
- Brasil, *Ley N°9.478/97 de Petróleo*. Publicada en Diario Oficial de la Unión, Primera Sesión, del 7 de agosto de 1997.
- BREWER-CARÍAS, Allan Randolph, *Crónica de una destrucción*. Colección Centro de Estudios de Regulación Económica. Universidad Monteavila **N° 3. Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Monteavila**, Caracas, 2018.
- CARMONA BORJAS, Juan Cristobal, *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera*, Volumen I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016.
- DUQUE CORREDOR, Román José, *El Derecho de la Nacionalización Petrolera*. Colección Monografías Jurídicas N° 10. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1978.
- DUQUE SÁNCHEZ, José Román, *Manual de Derecho Minero Venezolano*. UCAB. Tercera Edición. Caracas, Editorial Sucre, 1974.
- ESPINASA, Ramón; MEDINA, Ramón y TARRE, Gustavo, *La ley y los hidrocarburos: comparación de marcos legales de América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo. 2016.
- GRAU, Maria Amparo, *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela. Análisis Normativo*. Editorial Texto, C.A. Oxford, 2007.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Colección Estudios Jurídicos N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.
- MATA GARCÍA, Cesar, *Manual de Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela*, Editorial Arte, Caracas, 2016.
- México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Publicado Decreto de Reforma en Materia de Energía (“Decreto de Reforma Energética”) en Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 2013.
- México, *Ley de Hidrocarburos*, Publicada en Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2014

- PINTO OLIVEROS, Sheraldine, “Contrato de Servicios Petroleros e Industria Petrolera”, en: *Régimen Legal de los Hidrocarburos* (Coordinador José G. Salaverría), VIII Jornadas Aníbal Dominici/Homenaje al Dr. Carlos Eduardo Padrón Amaré, Ab ediciones, Colección Visión Venezuela, 2018.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *El Régimen Jurídico de los Hidrocarburos. El Impacto del Petróleo en Venezuela*, Epsilon Libros, Caracas, 2008.
- Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 375 del 18 de julio de 1998, Aerovías Venezolanas, S.A. (AVENSA) v. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones). Disponible en: http://estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/221.htm - Consultada en fecha 24 de mayo, 2020
- SANSÓ, Benito, *Aspectos jurídicos de la nacionalización de la industria del hierro en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana (Colección Monografías Jurídicas N° 8), Caracas, 1977.
- TURUHPIAL, Héctor, *Teoría general y régimen jurídico del dominio público en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2008.
- Venezuela, *Constitución de la República de Venezuela*, publicada el 23 de enero de 1961.
- Venezuela, *Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos*, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.793 del 23 de septiembre de 1999.
- Venezuela, *Ley Orgánica de Hidrocarburos*, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.493 del 4 de agosto de 2006.

02-06-2020

ENSAYO COMPARATIVO ENTRE PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS EN ALGUNOS ANTEPROYECTOS DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y EL DERECHO VENEZOLANO GUILLERMO GORRÍN FALCÓN*

SUMARIO

I. Introducción. II. De la falta de un régimen orgánicamente dispuesto sobre interpretación de los contratos en Venezuela. III. De la naturaleza jurídica de las normas sobre interpretación. IV. Breve análisis comparativo entre el derecho venezolano y anteproyectos de derecho comunitario europeo. IV.1. La preminencia del principio voluntarista. IV.2. El criterio del Hombre Razonable. IV.3. De las circunstancias relevantes. IV.4. La regla contra proferentem. IV.5. Preferencia en favor de los términos negociados. IV.6. Referencia al contrato como unidad.

* Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

I. INTRODUCCIÓN

En Venezuela es común invocar para la interpretación de los contratos al artículo 4° el Código civil venezolano (c.c.v.). Esa norma está dirigida a la interpretación de la ley, tiene por objeto un precepto abstracto, general y heterónimo. La norma que regula en nuestro país la interpretación de los contratos es el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil (c.p.c.). Esta disposición aplica para el negocio jurídico bilateral, que es concreto, particular y producto de la autonomía de la voluntad.

Para justificar la invocación del artículo 4 c.c.v. en la interpretación de los contratos se recurre al argumento que lo importante es la determinación de una intención. En la doctrina semejante argumento no es aceptado. Al tratar sobre la interpretación del contrato la norma sobre interpretación de la ley solo es analizada a título de contraposición, apuntando a destacar las notables diferencias entre una y otra materia a interpretar.

En la interpretación de la ley destaca que la indagación histórica de la voluntad del legislador al momento de promulgarla es muy limitada. La premisa es que la ley está dirigida a regular una pluralidad de numerosos casos y más complejos que aquellos en los que pudo haber pensado el legislador¹.

Por el contrario, en la interpretación del contrato se parte de la concreta o efectiva “común intención” de las partes. El objeto es un precepto dirigido precisamente a resolver conforme a lo que “debieron haber pensado y querido” los singulares contratantes del caso en aquella solución, ahora controvertida entre ellos mismos por la pretensión de

¹ José Mélich Orsini. *Doctrina General del Contrato*, quinta edición, segunda reimpresión, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2014, p. 405.

cada parte de atribuirle distintas implicaciones jurídicas. Por esa razón, la indagación histórica en lo contractual no tiene un rol limitado como en la interpretación de la ley, es más amplia e impone atender a las circunstancias psicológicas y sociales que han producido el contrato, no a los puros motivos individuales de cada parte².

Invocar el artículo 4 del c.c.v. para interpretar un contrato es un error que desnaturaliza la comprensión de la común intención de las partes. Semejante pretensión representa un desconocimiento de la materia. Es ese error el que me ha inspirado a estudiar el tema y ofrecer la información contenida en el presente.

A los fines de este artículo compararé el régimen jurídico sobre interpretación de los contratos venezolano con uno de los principales anteproyectos de integración del derecho de las obligaciones en Europa: los *Principles of European Contract Law* (PECL). Esto sin menoscabo a mencionar otros anteproyectos que apuntan en tal dirección.

II. DE LA FALTA DE UN RÉGIMEN ORGÁNICAMENTE DISPUESTO SOBRE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN VENEZUELA

En Venezuela no existen enumeraciones normativas orgánicamente dispuestas como las del Código civil español, artículos 1281 al 1289; Código civil francés de 1804, artículos 1156 al 1164, y hoy, en virtud de su reforma por ordenanza vigente desde 2018, artículos 1188 al 1192; y, Código Civil italiano, artículos 1362 al 1371.

Hubo en Venezuela normas particulares, específicas, hoy derogadas. Fue el caso del artículo 71, último aparte, de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (“Las cláusulas de los contratos de adhesión serán interpretadas del modo más favorable a la consumidora o consumidor y a la usuaria y usuario”); el artículo 581, único aparte, del Código de Comercio (“Toda oscuridad o duda a que dé lugar la póliza se interpretará a favor del asegurado”). También fue así con el artículo 4º de la Ley del Contrato de Seguro, en el cual se estatuyó: “*Cuando sea necesario interpretar el contrato de seguro se utilizarán los siguientes principios: /1. Se presumirá que el*

² José Mélich Orsini, ob. cit., pp. 405-406.

contrato de seguro ha sido celebrado de buena fe. / 2. Las relaciones derivadas del contrato de seguros se rigen por el presente decreto ley y por las disposiciones que convengan las partes a falta de disposición expresa o cuando la ley señale que una determinada disposición no es de carácter imperativa. En caso de duda se aplicará la analogía y cuando no sea posible aplicarla el intérprete recurrirá a la costumbre, a los usos y a la práctica generalmente observada en el mercado asegurador venezolano. Solo se acudirá a las normas de derecho civil, cuando no exista disposición expresa en la ley o en la costumbre mercantil. /3. Los hechos de los contratantes, anteriores, coetáneos y subsiguientes a la celebración del contrato que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrarse la convención. /4. Cuando una cláusula sea ambigua u oscura se interpretará a favor del tomador, del asegurado o del beneficiario. /5. Las cláusulas que imponen la caducidad de derechos del tomador, asegurado o del beneficiario, deben ser de interpretación restrictiva a menos que la interpretación extensiva beneficie al tomador, al asegurado o al beneficiario”.

III. DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS SOBRE INTERPRETACIÓN

No obstante, en ordenamientos como España, Francia e Italia existen disposiciones que regulan la conducta del intérprete en la interpretación de los contratos (a los efectos de esta materia por intérprete se entiende al juez o al árbitro), lo cierto es que ha prevalecido calificarlas como meras admoniciones. Esta calificación es la razón por la que ha prevalecido la tesis de que el incumplimiento de tales normas no goza de sanción y, en materia de interpretación de los contratos se ha negado, especialmente en Francia (lo que ha influido en Venezuela), la casación. En Italia la jurisprudencia admite la casación siempre que en la sentencia no conste que el juez siguió las reglas sobre interpretación³.

³ Contra esa posición, en Venezuela, Ramón Escovar León. “La interpretación de los contratos y la casación en la obra de José Mélich Orsini”, en *Derecho de las obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012, pp. 143-163.

La propuesta es que las reglas que regulan la materia contienen principios generales del derecho. Por principios generales de derecho entendemos aquellos:

“... que abarcan o comprenden todos aquellos conceptos fundamentales y preceptos básicos y elementales que inspiran la conciencia y el sentido jurídico (principios de derecho y equidad naturales), y que informan el sistema de normas que regulan las instituciones (principios sistemáticos del derecho positivo) o la construcción doctrinal o teórica de las mismas (principios de la ciencias del derecho), y que rigen la realización práctica de unas y otras (reglas del arte del derecho o reglas técnicas Jurídicas)”⁴.

En lo que a los principios generales del derecho respecta es necesario tener presente cómo se determinan o precisan. Todo lo que provenga del derecho romano no necesariamente será hoy día un principio general del derecho. Sin embargo, en la interpretación de los contratos no cabe duda que la fuente de todas las disposiciones que en la materia existen provienen del derecho romano, debido a la sistematización hecha por Pothier que obtuvo su carta de pase en el Código de Napoleón⁵. De este pasaron al resto de los códigos en los que aquel tuvo su influencia.

Cabe igualmente destacar aquí que cuando no hay norma expresa, ni tiene lugar la analogía, y entonces se debe recurrir a los principios generales del derecho (artículo 4 c.c.v), el juez está obligado a establecer las normas de decisión para los casos imprevistos, no de manera arbitraria, sino de la misma forma en que el legislador lo habría hecho de haberlos tenido presentes⁶.

⁴ Jaime M. Mans Puigarnau. *Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1979, pp. XXVII-XXVIII; y, Luciano Lupini Bianchi. *La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Comparado Moderno y en Venezuela: tratos preliminares, cartas de intención, minutas, formación progresiva del contrato, precontratos y las patologías de la fase precontractual a la luz del principio de la buena fe* (Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2014, pp. 213-218

⁵ Robert Joseph Pothier. *Tratado de las obligaciones*, versión directa del *Traité des Obligations* según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin., corregida y revisada por M.C. de las Cuevas, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947, pp. 60-65.

⁶ Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*. 30ª ed. revisada, Editorial Porrúa, S.A., Ciudad de México, 1980, p. 372.

Lo expuesto ha encontrado aplicación en la materia aquí tratada. Esto significa que sea en Venezuela, sea en Europa, especialmente en los anteproyectos de integración, los principios sobre interpretación de los contratos han sido establecidos por los legisladores en normas (aunque se les pretenda negar tal cualidad), de manera que ya han obtenido reconocimiento a nivel de derecho positivo.

Para Márquez Añez el artículo 12 c.p.c. debe interpretarse como una disposición que solo se refiere a una cuestión de hecho que escapa del control de la casación. Este autor afirma que en Venezuela no existe un elenco de normas orgánicamente dispuestas en relación al tema de la interpretación de los contratos⁷.

Arminio Borjas, por su parte, es de la opinión que las normas sobre interpretación, que existen en otros ordenamientos jurídicos, están refundidas en los términos sintéticos del equivalente, en el derogado Código de Procedimiento Civil venezolano de 1916, al vigente artículo 12 c.p.c.⁸.

Entonces, podemos hablar de dos opciones conforme la doctrina venezolana que nos conducen a la aplicación de tales reglas. Si adoptamos la propuesta de Borjas, tenemos normas, aunque no dispuestas orgánicamente, bastará con interpretarlas (aquí se trata de interpretación de la ley con base en el artículo 4° c.c.v.) y aplicarlas. Si seguimos a Márquez Añez, será lo contrario. Pero, en este último caso, la falta de existencia de normas, más el hecho de que no hay disposiciones que por analogía tengan aplicación, abre, la posibilidad para invocar los principios generales de derecho que deben ser aplicados en virtud de la función integradora del ordenamiento jurídico venezolano. Esto último por mandato del artículo 4° c.c.v. que ordena como proceder ante la ausencia de disposición jurídica. La jurisprudencia de instancia de Venezuela ha seguido a Borjas⁹.

⁷ Leopoldo Márquez Añez: *El recurso de casación, la cuestión de hecho y el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil*, Fondo de publicaciones UCAB–Fundación Polar, Caracas, 1994, pp. 188-189, y especialmente pp. 188-190.

⁸ Arminio Borjas: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano*, T.I, Editorial Bibloamericana, Buenos Aires, 1947, p. 45.

⁹ Cfr. Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, 21 de febrero de 2007 (Soledad de los Ángeles Sánchez Pimentel contra Sociedad Mercantil Mapfre La

En el caso de los PECL todo lo que vengo de exponer es relevante. Ese anteproyecto recoge a las reglas sobre la interpretación de los contratos, y en definitiva si como ha sido afirmado *“Ningún sistema legal en particular ha servido de punto de partida para su manufactura, sino que se han tratado de establecer aquellos principios que se consideran más adecuados en relación con las condiciones económicas y sociales de Europa”*, es porque las reglas en cuestión tienen el carácter de principios generales de derecho que aplican en ordenamientos jurídicos disímiles, como los adscritos al *common law* y al *civil law*¹⁰. Esto resulta más claro si tomamos en cuenta que en otros anteproyectos también se consagran las mismas normas.

IV. BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL DERECHO VENEZOLANO Y ANTEPROYECTOS DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

IV.1. La preminencia del principio voluntarista

El artículo 5:101.1 de los PECL establece: *“Los contratos se interpretarán conforme a la intención común de las partes, incluso cuando dicha interpretación no coincida con el tenor literal de las palabras empleadas”*; en el Draft Common Frame of Reference (DCFR) artículo 8:101 (1) se dispone: *“Los contratos se interpretarán de conformidad con la intención común de las partes, incluso cuando esta no coincida con el significado literal de las palabras utilizadas”*.

Las normas de los PECL y del DCFR coinciden con el texto del artículo 12 c.p.c. cuando en este se establece que los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes. A su vez, aquellas difieren de esta porque nuestro c.p.c. mantiene la expresión de

Seguridad C.A.) disponible al 27/03/2016 en: <http://guarico.tsj.gob.ve/decisiones/2007/febrero/350-21-6104-06-24.html>; y, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial Del Estado Táchira, 4 de junio de 2007 (Hernésgildo Badillo Gutiérrez contra Miguel Ángel Gaviria Mora), disponible al 27/03/2016 en: <http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/JUNIO/1331-4-6210-.HTML>.

¹⁰ Pedro Alfonso Labariega Villanueva. “Los principios del derecho europeo de los contratos y el favor contractus”, en: *Panorama Internacional de Derecho Mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, T.II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2006, pp. 385-386. Disponible al 04-03-2016 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2348/21.pdf>

que solo serán interpretados los contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia (*in claris not fit interpretatio*). En eso nuestro c.p.c. coincide con parte del supuesto de hecho del artículo 39.1 del proyecto del Código europeo de los contratos de la academia de iusprivatistas de Pavia, que establece: “*Cuando las declaraciones contractuales muestren de modo claro y unívoco la intención de las partes, el contenido del contrato se determinará conforme al tenor literal de éste, considerando el texto contractual en su conjunto y relacionando sus distintas cláusulas las unas con las otras*”.

La eliminación en los PECL y en el DCFR del principio *in claris not fit interpretatio*, proviene, en mi opinión., del hecho que la afirmación de que la claritas del texto contractual torna superfluo el proceso interpretativo contiene una contradicción en los términos, pues a la conclusión de que un acto está claramente formado solo puede llegarse después que se lo ha interpretado¹¹.

En el artículo 5:101.2 se establece una excepción a la hegemonía del principio voluntarista, porque: “*Si se demuestra que una parte buscó dar un sentido particular al contrato y que la otra parte no podía ignorar dicha intención en el momento de celebrarlo, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera*”. La situación es la misma en el artículo 8:101 (2) del DCFR.

IV.2. El criterio del Hombre Razonable

En el artículo 5:101.3 de los PECL se dispone, para el caso que no sea posible determinar la común voluntad de las partes, lo siguiente: “*Si la intención de las partes no pudiera juzgarse conforme a los apartados (1) y (2), el contrato se interpretará en el sentido que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias*”. Previsión similar existe en el Código europeo de Contratos y en el DCFR.

Esa razonabilidad impone “... *tener presentes no solo las circunstancias concretas del negocio, sino también las características del sector del comercio al que pertenece el contrato*...”¹².

¹¹ José Mélich Orsini, ob. cit., p. 399.

¹² María Serrano Fernández. *Las reglas de interpretación de los contratos en el proceso de construcción del derecho privado*, tirant lo blanch, Valencia 2012, p. 152.

En Venezuela, el principio del *reasonable man*, y todo aquello que bajo su amparo haya sido desarrollado, tendrá aplicación cada vez que el intérprete recurra a las exigencias de la buena fe, que se ha entendido en su acepción objetiva alude a la razonabilidad. Sobre el hecho que, en el artículo 12 c.p.c se trata de la buena fe objetiva¹³.

La buena fe en la interpretación de los contratos no es entendida, sin perder su condición de objetiva, como en la fase de ejecución. En interpretación es sinónimo de razonabilidad y plausibilidad partiendo de la premisa de que las declaraciones de voluntad de las partes, en caso de ser dudosas, se han de entender como lo harían las personas correctas¹⁴.

IV.3. De las circunstancias relevantes

En los PCEL y el DCFR no rige la regla de la *parol evidencie rules*, es decir, no es posible pretender que cuando estamos ante contratos otorgados por escrito la literalidad del texto limita la actividad del intérprete, de forma que éste debe indagar la voluntad de los sujetos ateniéndose exclusivamente a las declaraciones escritas, sin posibilidad de acudir a medios de prueba extrínsecos al contrato¹⁵.

En Venezuela, al igual que en Francia, se ha interpretado se puede cuestionar la *parol evidencie rules*¹⁶, puesto que al igual que en Francia aun cuando no existen normas similares a los artículos 1274 del Código Civil Español y 1362 del Italiano, lo cierto es que “... *para que la interpretación pueda alcanzar la finalidad que le es propia, el juez debe acudir a los elementos extrínsecos al contrato, tales como el*

¹³ Luciano Lupini Biachi. “La responsabilidad precontractual en Venezuela”, en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 149, julio-diciembre, 1991, p. 39; y, Gonzalo Rodríguez Mato. “La buena fe en la ejecución del contrato”, en: *Temas de Derecho Civil, Libro homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, vol. II, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, p. 422.

¹⁴ Franco Carres. *Dell' Interpretazione del contratto, art. 1362-1371 (Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca)* dirigido por Francesco Galgano), Zanichelli Editore, Bologna, 1992, p. 107; María Serrano Fernández, ob. cit., p. 151; y, Reinhard Zimmerman. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo –La tradición del derecho civil en la actualidad–*, traducción de Javier M. Rodríguez Olmos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 204-209 quien trata el tema en el derecho inglés.

¹⁵ María Serrano Fernández, ob. cit., p. 49-57.

¹⁶ José Mélich Orsini, ob. cit., p. 379.

comportamiento de las partes, atendiendo principalmente a la actuación posterior de ellos...”¹⁷.

Cabe observar que si esa fue la evolución que ha tenido la materia en los países que tomamos como referencia para nuestra ley, por qué no seguir el mismo criterio cuando el supuesto de hecho y el interés al que se atienden son exactamente los mismos en Venezuela. Por otro lado, el artículo 12 c.p.c., norma de orden público, ordena tener en cuenta elementos externos al contrato, como la buena fe, la verdad, la equidad y las exigencias de la ley. Esto refuerza la tesis de la improcedencia de la *parol evidence rules* en Venezuela.

Lo que viene de ser expuesto también aplicaría para lo que se denomina la *merger clauses*, propias del *common law*. La *merger clauses* tiene por objeto limitar “... la interpretación del contrato ateniéndose, exclusivamente, a las estipulaciones contenidas en el texto escrito...” “... su finalidad es pues circunscribir los datos usados por el intérprete, en su búsqueda de la intención común de las partes, a los solos materiales indicados por estas, excluyendo la posibilidad de tener en cuenta actos anteriores o posteriores al contrato, aun cuando estos ayudaran a averiguar esa voluntad común...”¹⁸. Rige la misma situación en materia de los DCFR¹⁹.

Las circunstancias relevantes a ser tomadas en cuenta se clasifican en subjetivas y objetivas. Las subjetivas son las conductas, comportamientos y/o las prácticas llevadas a cabo por las partes. Esto comprende las circunstancias de la conclusión del contrato, sean las previas a su celebración, como es el caso de las negociaciones preliminares, o los comportamientos llevados a cabo con posterioridad a la celebración, particularmente los efectuados con ocasión de la concreción material o ejecución de los contratos. Para determinar que la situación es la misma con ocasión de los DCFR²⁰.

¹⁷ María Serrano Fernández, ob. cit., pp. 52-53, nota 68.

¹⁸ María Serrano Fernández, ob. cit., p. 58.

¹⁹ Neus Cortada Cortijo. “Interpretación”, en: *Derecho Europeo de los Contratos, libros II y IV del Marco Común de Referencia*, T.I, coordinadores Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila y María Paz Sánchez Gonzalez, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2012, p. 555.

²⁰ Neus Cortada Cortijo, ob. cit., pp. 554-555.

Por otra parte están las circunstancias relevantes de carácter objetivo, como la naturaleza y el propósito del contrato; la forma en que se han entendido general o comúnmente los términos y/o expresiones en el área o sector a la que pertenece el contrato celebrado, incluso las interpretaciones que a cláusulas similares ya se les haya dado o puedan haber tenido; los usos, entendiendo por estos *aquellos que cualquier persona en la misma situación consideraría generalmente aplicables, salvo aquellos casos en que su aplicación no fuera razonable*; y, finalmente a las exigencias de la buena fe.

IV.4. La regla contra proferentem

Está definida en los PECL como aquella que “En la duda, las cláusulas del contrato que no hayan sido objeto de una negociación individual se interpretaran preferentemente contra aquel que la haya propuesto”. Al comentar la norma equivalente en el Código europeo de los contratos (40.3) se afirma que “... *la norma aplica a todos los contratos negociados, al margen de que se sometan o no a condiciones generales de la contratación, así como que se excluyen, por consiguiente, los contratos de adhesión...*”²¹.

La situación es similar en el **DCFR** que al comentarlo se afirma que el *contra proferentem* solo aplica, entre otros requisitos, ante la “... *imposibilidad de concretar el sentido de las mismas [se refiere a las cláusulas no negociadas] por la aplicación de las reglas generales de la interpretación y siempre que la duda sea imputable a la parte predisponente...*”²².

En Venezuela esta regla estuvo prevista en el ámbito que se considera su campo de aplicación natural, en materia de protección al consumidor. También estuvo consagrada en la Ley del Contrato de Seguros. Ambas derogadas hoy día. Nuestra jurisprudencia la acoge, según consta del elenco de principios enunciados en las decisiones arriba citadas.

²¹ Carlos Vattier Fuenzaliza. “Interpretación del contrato”, en: *Código europeo de contratos. Academia de iusprivatistas europeos (Pavia). Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, (dirigido por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), T.I., Editorial Dykinson / Universidad de Burgos, 2003, Madrid, p. 261.

²² Cfr. Neus Cortada Cortijo, ob. cit., pp. 559-560.

IV.5. Preferencia en favor de los términos negociados

Está prevista en los PECL (Art. 5:104) y DCFR (art. 8:104). Implica que ante una cláusula pactada de forma individual frente a una estandarizada, el significado de aquella será preferido antes que el de esta.

En Venezuela por varias vías tendría aplicación. La jurisprudencia la ha entendido comprendida en la máxima *“Lo especial priva sobre lo general, y en virtud de este principio, debe siempre estarse por lo que ha sido especialmente pactado por las partes”* y a esa máxima se le ha considerado comprendida en el artículo 12 c.p.c. Como principio general de derecho aplica ante ausencia de norma expresa y análoga; otra vía es a través del propósito o intención de las partes mediante circunstancias relevantes.

IV.6. Referencia al contrato como unidad

Esto significa según los PECL (art. 5:105) y DCFR (art. 8:105) que las cláusulas y los términos de un contrato deben interpretarse a la luz del contrato en su conjunto. Su justificación está en que el contrato es un conjunto orgánico y sistemático que persigue una finalidad, la común intención de los contratantes, por lo que la contradicción o ambigüedad de alguna de sus cláusulas deberá ser resuelta a la luz de dicha finalidad²³.

Una interesante aplicación de esa regla ocurre cuando, por ejemplo, en un documento están contenidos dos contratos enlazados. Hoy día esa es la situación en el Código Civil francés vigente, artículo 1189, que establece *“Cuando, en la intención común de las partes, concurren varios contratos para una misma operación, se interpretarán con arreglo a esta”*, y como es propuesto por parte de la doctrina al comentar anteproyectos de instrumentos integradores del derecho de las obligaciones en Europa²⁴.

En Venezuela la jurisprudencia la entiende comprendida en el artículo 12 c.p.c.; también se podría aplicar como principio general del derecho.

²³ Neus Cortada Cortijo, ob. cit., p. 566.

²⁴ *Ibidem*.

COVID-19 Y FUERZA MAYOR EN LOS CONTRATOS SHERALDINE PINTO OLIVEROS*

SUMARIO

Introducción. 1. La fuerza mayor y las demás causas extrañas no imputables. 2. La fuerza mayor: Elementos. 3. La fuerza mayor: Efectos. 4. La cláusula de fuerza mayor: Generalidades. 5. La cláusula de fuerza mayor: Finalidades. • Bibliografía.

* Profesora de “Derecho Civil III (Obligaciones)”, Universidad Central de Venezuela. Doctora en Derecho Privado, mención *Summa Cum Laude*, por la *Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant’Anna*. Magíster en Derecho Privado por la *Università degli Studi di Roma II “Tor Vergata”*. Especialista en Derecho del Consumidor y en Responsabilidad Civil por la *Università degli Studi di Roma I “La Sapienza”*. Abogado, mención *Cum Laude*, por la Universidad Católica “Andrés Bello”.

INTRODUCCIÓN

En general, la fuerza mayor es una causa eximente de responsabilidad. Por lo que produce efectos en todo el régimen jurídico de la responsabilidad, es decir, tanto en la denominada responsabilidad contractual como en la responsabilidad aquiliana o extracontractual. En el presente artículo, únicamente, se examinará la fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad por incumplimiento del contrato o, de forma más precisa, de la(s) obligación(es) contractual(es). Asimismo, se analizará la cláusula de fuerza mayor; la cual es usualmente prevista en los contratos de media y/o larga duración, incluyendo, aquellos de suministro, transporte, construcción, ingeniería, comercio internacional, entre otros.

1. LA FUERZA MAYOR Y LAS DEMÁS CAUSAS EXTRAÑAS NO IMPUTABLES

En atención a la fuerza obligatoria del contrato¹, los contratos son de obligatorio cumplimiento para las partes. De allí que, en caso de incumplimiento², el deudor de la obligación puede ser constreñido al cumplimiento de la prestación, si ello es posible³; y, además, queda

¹ La fuerza obligatoria del contrato, reconocida en el artículo 1159 del Código civil venezolano, es el fundamento de la responsabilidad contractual. Para mayores detalles, véase, Sheraldine PINTO OLIVEROS, “A propósito de la responsabilidad contractual”, en *De las obligaciones en general. Coloquio de Iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo*, MORALES HERVIAS, R., y PRIORI POSADA, G. (ed), Fondo editorial PUCP, 2012, p. 291.

² De acuerdo con el artículo 50 (numeración provisional) del Código Marco de las Obligaciones para América Latina, “el incumplimiento es la inejecución o la ejecución imperfecta de la prestación, imputable o no al deudor”.

³ El principal límite a la ejecución (forzosa) *in natura* de las obligaciones (de hacer) deriva de la máxima *nemo potest praecise cogi ad factum*.

obligado a reparar los daños ocasionados por el incumplimiento de la obligación contractual. Sin embargo, el deudor se exonera de responsabilidad cuando el incumplimiento no le es imputable, porque es ocasionado por “causa extraña no imputable”⁴; entre las cuales, se incluye la fuerza mayor⁵.

En presencia de la fuerza mayor y de las demás causas extrañas no imputables, no se reúnen todos los requisitos de la responsabilidad por incumplimiento de la obligación contractual o, lo que es lo mismo, de la “responsabilidad contractual”, a saber:

1. Incumplimiento de la obligación contractual (que, entre sus diversas tipologías, incluye también el retardo en el cumplimiento),
2. Imputabilidad del incumplimiento al deudor,
3. Daños, producidos por el incumplimiento, y
4. Relación de causalidad entre el incumplimiento imputable al deudor y los daños.

De hecho, la fuerza mayor y las demás causas extrañas no imputables interrumpen o eliminan la relación de causalidad, así como vuelven el incumplimiento inimputable al deudor. Por lo que, al no reunirse todas las condiciones de procedencia de la responsabilidad contractual, el deudor de la obligación incumplida se exonera de responsabilidad por dicho incumplimiento. En todo caso, el deudor de la obligación debe alegar y probar⁶ la fuerza mayor y/o las demás causas extrañas no imputables⁷ – aplicables al caso concreto – a los fines de exonerarse de responsabilidad.

⁴ Cfr., artículo 1271 del Código civil.

⁵ De conformidad con el artículo 1272 del Código civil, “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”.

⁶ En este sentido, María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN (“La causa extraña no imputable”, en *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación (1915-2015)*, Tomo IV, ACPS, Caracas, 2015, p. 2807) afirma que “La prueba de la causa extraña no imputable obviamente corresponde al deudor, pues la presunción de culpa en materia contractual ante su incumplimiento sólo puede ser desvirtuada mediante una causa extraña no imputable”.

⁷ En opinión de Mauricio RODRÍGUEZ FERRARA (*Obligaciones*, 3era edición, Livrosca, Caracas, 2007, p. 126), “el deudor no sólo debe probar la existencia de la causa extraña no

En nuestro ordenamiento jurídico, la fuerza mayor no es la única causa extraña no imputable también lo son: el caso fortuito, el hecho del tercero, el hecho del príncipe⁸ o, según la expresión más contemporánea, los actos de autoridad, y el hecho del acreedor⁹. De allí que la “causa extraña no imputable” constituya el género; en el que se incluyen, entre sus distintas especies, a todos aquellos hechos o circunstancias ajenas al deudor que le impiden el cumplimiento de la obligación¹⁰.

Entre las especies de la causa extraña no imputable, ha perdido relevancia práctica la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor; que, adicionalmente al criterio de la irresistibilidad¹¹, se fundamentaba en el ámbito interno en que se desenvuelve el caso fortuito, y en el

imputable, sino que además debe probar que la causa extraña no imputable ha sido determinante del incumplimiento. Esto es, debe probar que la causa extraña no imputable ha sido la causa de su incumplimiento”.

⁸ José MELICH-ORSINI (*Doctrina General del Contrato*, 3º edición, EJV, Caracas, y Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 501) y Oscar PALACIOS HERRERA (*Apuntes de obligaciones. Versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela*, Ediciones Nuevo Mundo, Caracas, 2000, p. 232) no aluden al hecho del príncipe entre las especies de la causa extraña no imputable; aunque, el último incluye la pérdida de la cosa debida.

⁹ Entre los casos de causa extraña no imputable, Eloy MADURO LUYANDO (*Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*, Cuarta Edición, UCAB, Caracas, 1979, p. 188) incluye: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero, el hecho del príncipe, el hecho del acreedor, la pérdida de la cosa debida y la culpa de la víctima; aunque, respecto a esta última, subraya que opera como causal de exoneración en la responsabilidad civil delictual.

¹⁰ Para Mauricio RODRÍGUEZ FERRARA (Ob. cit., p. 129), la causa extraña no imputable “implica cualquier hecho que impide al deudor la ejecución de su obligación”. En opinión de Eloy MADURO LUYANDO (Ob. cit., p. 186), “los hechos, obstáculos o causas que impiden al deudor el cumplimiento de la obligación, reciben en doctrina la denominación genérica de “Causa Extraña no Imputable” y configuran el incumplimiento involuntario por parte del deudor, quien queda exonerado del deber de cumplir la prestación (deber de prestación) y de la responsabilidad civil que el incumplimiento de la prestación pueda acarrearle”. A juicio de Carlos Eduardo ACEDO SUCRE (“Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, p. 3, disponible en <https://www.menpa.com/publicaciones>, consultado en fecha 30 de junio de 2020), “la causa extraña no imputable es un hecho que escapa al control del deudor y que le impide satisfacer a su acreedor”. Para María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN (Ob. cit., p. 2788), la “causa extraña no imputable supone aquellas circunstancias ajenas a la voluntad del deudor que le hace imposible el cumplimiento de la prestación debida y por tal lo exonera de responsabilidad a aquel”.

¹¹ Como se observará, el derecho romano quiso diferenciar el caso fortuito (*casus*) de la fuerza mayor (*vis*) con base a las características de la imprevisibilidad y de la irresistibilidad, según resulta de las fuentes y, en particular, de D. 50, 8, 2, 7 (que constituye una definición de caso fortuito) y D. 19, 2, 15, 2 (que contiene una noción de *vis* calificada). Así, el *casus* sería aquel evento que *provideri non potest*, y la *vis* sería el evento *cui resisti non potest*.

externo en el que se desarrolla la fuerza mayor¹². Por lo que, para la doctrina francesa que elaboró dicho criterio distintivo a los fines de negarle poder exoneratorio al primero, el caso fortuito “*solo tendría poder exoneratorio si el deudor aporta la prueba de que su origen es externo a la actividad que desarrolla o a los instrumentos que emplea, con lo que, a la postre, terminaría reuniendo las características de la fuerza mayor*”¹³.

Además, el caso fortuito y la fuerza mayor comparten los mismos efectos. De allí que sean considerados sinónimos en numerosos ordenamientos jurídicos, incluyendo el venezolano¹⁴, o que el caso fortuito haya sido absorbido por la fuerza mayor, como ocurre en el (nuevo) artículo 1218 del Código civil francés, en los Principios de *Unidroit* sobre los Contratos Comerciales Internacionales¹⁵, y en el Código Marco de las Obligaciones para América Latina¹⁶, predispuesto por el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL).

Igualmente, debería perder relevancia práctica la diferenciación entre la fuerza mayor y el hecho del tercero, o este último debería ser subsumido en la fuerza mayor; ya que, para producir sus efectos, el hecho del tercero debe reunir los (mismos) elementos de la fuerza mayor y, además, ambos comparten los mismos efectos.

En general, las causas extrañas no imputables deben cumplir con los elementos de la fuerza mayor¹⁷ – es decir, imprevisibilidad, irresistibilidad, exterioridad, e impedir el cumplimiento – para surtir sus

¹² Cfr., François TERRÉ, Philippe SIMLER, et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les Obligations*, 9e edition, Dalloz, Paris, 2005, p. 568.

¹³ Milagros KOTEICH KHATIB, “El límite de la responsabilidad del deudor: Del casus romano a la ‘imposibilidad’ de la pandectística, en *Sistema jurídico romanista y sub-sistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el Profesor Sandro Schipani*, CORTÉS, E., ESBORRAZ, D.F., MORALES, R., PINTO OLIVEROS, S., y PRIORI, G. (coord), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 721.

¹⁴ En este sentido, José MELICH-ORSINI, Ob. cit., p. 501; Oscar PALACIOS HERRERA, Ob. cit., p. 234; María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN, Ob. cit., p. 2792, entre otros.

¹⁵ Cfr., art. 7.1.7 de los Principios de *Unidroit* sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016).

¹⁶ Cfr., art. 56 (numeración provisional) del Código Marco de las Obligaciones para América Latina.

¹⁷ En el caso del hecho del príncipe o de los actos de autoridad, además de los elementos de la fuerza mayor, se requiere que la actuación de la autoridad sea regular.

efectos y, en particular, para eximir de responsabilidad por incumplimiento del contrato.

2. LA FUERZA MAYOR: ELEMENTOS

El Código Marco de Obligaciones para América Latina¹⁸ define la fuerza mayor como “un hecho imprevisible, irresistible, que está fuera del control del deudor y que le impide el cumplimiento de la obligación”. En efecto, para que un hecho, evento, o circunstancia constituya fuerza mayor – o, en general, “causa extraña no imputable” – y produzca sus efectos jurídicos, debe reunir los elementos de imprevisibilidad, irresistibilidad, exterioridad, e imposibilidad de cumplimiento.

La imprevisibilidad significa que la sobreveniencia del hecho no podía haber sido prevista, por un sujeto diligente, en el momento de la celebración del contrato. Si el hecho hubiese podido preverse, conforme a la diligencia aplicable al contrato (que, en principio, es la del buen padre de familia¹⁹), las partes debían haberlo previsto. De allí que, cuando el hecho es previsible, no puede excluirse la culpa del deudor – y, por lo tanto, su responsabilidad – en el incumplimiento, ya que éste no habría observado la diligencia que le es exigible.

Para determinar si un hecho es o no previsible, el juez o el árbitro deben atender a parámetros objetivos, como el carácter normal, anormal o excepcional del evento, la frecuencia de su acaecimiento, etc.

La irresistibilidad o, según la terminología de algunos ordenamientos jurídicos, la inevitabilidad se refiere a que el hecho y, específicamente, sus efectos no pueden ser superados o contrarrestados por el deudor.

Históricamente, la irresistibilidad es el elemento (más) característico de la fuerza mayor, desde que el “*derecho romano quiso diferenciar el caso fortuito (casus) de la fuerza mayor (vis), definiendo el*

¹⁸ Cfr., art. 56 (numeración provisional) del Código Marco de las Obligaciones para América Latina. Para mayores sobre la regulación de la fuerza mayor en este Código, se permita el reenvío a Sheraldine PINTO OLIVEROS, “L’inadempimento delle obbligazioni nel Codice Marco delle Obbligazioni per l’America Latina”, (en imprenta) en *Europa-America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano* a cura di A. SACCOCCIO e S. CACACE, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020, pp. 346-347.

¹⁹ Sin embargo, las partes pueden establecer otro estándar de diligencia en el contrato.

primero como el acontecimiento que no puede evitarse ni preverse (...), y la segunda, como aquel acontecimiento que aun siendo previsto, no puede ser evitado, por externo e irresistible, ni por el más diligente pater familias”²⁰.

Efectivamente, si el hecho y, más específicamente, sus efectos pueden de alguna manera ser superados por el deudor, el hecho no constituirá fuerza mayor (o, en general, causa extraña no imputable). De allí que la irresistibilidad supone que el hecho, circunstancia, o evento ocasione la imposibilidad de cumplimiento de la prestación²¹.

En general, la sobreveniencia de un hecho, evento, o circunstancia imprevisible puede producir distintos efectos respecto al cumplimiento del contrato; entre los cuales, se incluyen: la imposibilidad de cumplimiento, la excesiva dificultad u onerosidad en el cumplimiento, y la dificultad en el cumplimiento²².

La imposibilidad de cumplimiento es el efecto de un hecho no sólo imprevisible sino también irresistible²³. Por ello, la imposibilidad de cumplimiento – cual elemento de la fuerza mayor – debe ser objetiva y absoluta. Es objetiva, cuando nadie puede cumplir la prestación²⁴; y es absoluta, cuando no puede ser superada con ningún esfuerzo del deudor. En todo caso, la valoración del carácter objetivo y absoluto de la imposibilidad de cumplimiento depende de lo que, conforme a la buena fe, pueda razonablemente exigirse al deudor.

De lo anterior resulta que la imposibilidad de cumplimiento es jurídicamente relevante en el ámbito de la fuerza mayor (y/o de las demás causas extrañas no imputable). De hecho, la imposibilidad de

²⁰ Milagros KOTEICH KHATIB, Ob. cit., p. 721.

²¹ Cfr., *Project de Cadre Commun de Référence Terminologie Contractuelle Commune*, sous la coordination de FAUVARQUE-COSSON, B., et MAZEAUD, D., Société de Législation Comparée, Paris, 2008, p. 306.

²² A pesar de que no se le atribuye relevancia jurídica, la sobreveniencia de un hecho, evento, o circunstancia imprevisible también podría facilitar el cumplimiento.

²³ Entre el hecho, evento o circunstancia y la imposibilidad de cumplimiento debe existir relación de causalidad. De hecho, la prestación debe volverse de imposible cumplimiento por el hecho, evento o circunstancia (de fuerza mayor). Si la prestación hubiese sido de imposible cumplimiento *ab initio*, el contrato sería nulo por imposibilidad del objeto.

²⁴ De allí que a la imposibilidad objetiva se oponga la subjetiva; la cual, únicamente, afecta al deudor. Por lo tanto, la imposibilidad subjetiva no lo exime del cumplimiento, ni lo exonera de responsabilidad por los daños en caso de incumplimiento.

cumplimiento es el elemento que determina y justifica los efectos de la fuerza mayor o, en general, de la causa extraña no imputable.

Por su parte, la excesiva dificultad u onerosidad en el cumplimiento es el efecto de un hecho imprevisible más no irresistible; por lo que éste puede ser superado, y la prestación es de posible cumplimiento, aunque con un extremo esfuerzo o sacrificio del deudor. De allí que la excesiva dificultad en el cumplimiento asuma relevancia jurídica en el ámbito de la (teoría de la) imprevisión²⁵ o, conforme a la nomenclatura de otros ordenamientos jurídicos, de la excesiva onerosidad en el cumplimiento de prestación²⁶, conjuntamente a los demás requisitos exigidos por tales categorías jurídicas. En cambio, la dificultad en el cumplimiento queda en el ámbito de la obligación de emplear el supremo esfuerzo para

²⁵ Sobre la teoría de la imprevisión en el derecho privado venezolano, véase, entre otros, Luis Felipe URBANEJA, *Conceptos sobre la teoría de la imprevisión en los contratos privados*, discurso de incorporación del Dr. L. F. URBANEJA como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ACPS, Caracas, 1972; Eloy MADURO LUYANDO, Ob. cit., pp. 200-202; James-Otis, RODNER, *El contrato y la inflación. El uso de las cláusulas de valor en Venezuela*, Editorial Sucre, Caracas, 1983, pp. 80-95, y “La teoría de la imprevisión, dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad” en *El Código civil venezolano en los inicios del siglo XXI, en conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, ACPS, Embajada de Francia en Venezuela, y Asociación Franco Venezolana de Juristas, Caracas, 2005, pp. 401-450; José MELICH-ORSINI, Ob. cit., pp. 443-454, y “La revisión del contrato por onerosidad excesiva”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XX, 1999, pp. 163-194; Luciano LUPINI BIANCHI, “Notas sobre la teoría en derecho civil”, en *Homenaje a Aníbal Dominici*, DE VALERA, I., y SALAVERRÍA, J.G. (coord.), Liber, Caracas, 2008, pp. 265-322; Alfredo MORLES HERNÁNDEZ, “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, Caracas, 2015, pp. 2337-2438; Carlos Eduardo ACEDO SUCRE, Ob. cit., pp. 7-15; y, Sheradine PINTO OLIVEROS, “Contratos petroleros y cláusula *rebus sic stantibus* en el derecho venezolano”, en *Pacta Sunt Servanda y Rebus Sic Stantibus. Desarrollos actuales y perspectivas históricas*, SORIANO CIENFUEGOS, C., Universidad Panamericana y Editorial Novum, México, D.F., 2014, pp. 381-403. En América Latina, a nivel legislativo, la teoría de imprevisión es reconocida por el art. 1091 del Código civil y comercial argentino.

²⁶ La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación fue originariamente consagrada en el art. 1467 del Código civil italiano. Con la reforma del 2016, fue también reconocida por el art. 1195 del Código civil francés. En América Latina, la excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación está contemplado en el art. 581 del Código civil boliviano, el art. 478 del Código civil brasileño, y el art. 1440 del Código civil peruano, entre otras codificaciones latinoamericanas.

cumplir con lo prometido que impone al deudor la diligencia del buen padre de familia²⁷.

El último elemento de la fuerza mayor – o, en general, de la causa extraña no imputable – es la exterioridad; conforme a la cual, el hecho debe estar fuera, o escapar, de la esfera de control del deudor. Esta última abarca tanto las personas como los bienes por los cuales responde el deudor.

Para establecer si el COVID-19 constituye o no fuerza mayor, debe verificarse –en el caso concreto– si se cumplen (o no) con los precitados elementos de imprevisibilidad²⁸, irresistibilidad, exterioridad e imposibilidad de cumplimiento; pero, preliminarmente, debe identificarse la causa de la imposibilidad de cumplimiento. En otras palabras, debe determinarse ¿qué es lo que ocasiona la imposibilidad de cumplimiento en el caso concreto? ¿El COVID-19 o las medidas adoptadas por el Gobierno para prevenir, contener o combatir el COVID-19?

Si la causa de la imposibilidad de cumplimiento fuera el COVID-19, ésta constituirá fuerza mayor siempre que reúna los citados elementos de imprevisibilidad, irresistibilidad, exterioridad e imposibilidad de cumplimiento en el caso concreto. Si, en cambio, fueran las medidas adoptadas por el Gobierno para prevenir, contener o combatir la COVID-19²⁹, éstas constituirán hecho del príncipe siempre que, en el caso concreto, reúnan los precitados elementos de la fuerza mayor y, además, la actuación de la autoridad sea regular.

²⁷ Según José MELICH-ORSINI (Ob. cit., p. 506), el concepto de buen padre de familia “supone precisamente la obligación a cargo del deudor de emplear ese supremo esfuerzo para cumplir con lo prometido, sin que le sea permitido excusarse por dificultades que no signifiquen realmente una imposibilidad de cumplimiento”.

²⁸ Para Carlos Eduardo ACEDO SUCRE (Ob. cit., p. 5), “los problemas creados por el coronavirus, que afectan a un contrato, son eventos sobrevenidos e imprevisibles, salvo que este contrato sea posterior a la pandemia”.

²⁹ En el caso venezolano, se trata de las medidas adoptadas en el Decreto N° 4160, “mediante el cual se declara el estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del coronavirus (Covid-19)” (publicado en G.O. N° 6519 Extraordinario del 13 de marzo del 2020; y, sucesivamente, prorrogado por el Decreto N° 4186, publicado en G.O. N° 6528 Extraordinario del 12 de abril de 2020), o con base a dicho Decreto; así como, de las medidas adoptadas en el Decreto N° 4198, “mediante el cual se declara el estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del coronavirus (Covid-19)” (publicado en G.O. N° 6535 Extraordinario del 12 de mayo de 2020; y, posteriormente, prorrogado por el Decreto N° 4.230, publicado en Gaceta Oficial N° 6.542 Extraordinario del 11 de junio de 2020), o con base a este último Decreto.

3. LA FUERZA MAYOR: EFECTOS

Si, en el caso concreto, el hecho, evento, o circunstancia reúne todos los elementos de la fuerza mayor, ésta producirá efectos exoneratorios y, eventualmente, podría tener efectos liberatorios.

Respecto a los primeros, cuando el incumplimiento es causado por fuerza mayor, el deudor se exonera de responsabilidad contractual, salvo que haya incurrido en mora³⁰, o que haya asumido convencionalmente el riesgo de (incumplimiento por) la fuerza mayor³¹.

En general, las partes pueden asignar convencionalmente el riesgo del incumplimiento ocasionado por fuerza mayor a cualquiera de ellas. Cuando el riesgo de la fuerza mayor es asignado al deudor, este último podría agravar su responsabilidad asumiendo el riesgo de toda la fuerza mayor – lo que constituiría una obligación de garantía³² – o de algunos hechos que, conforme a sus elementos, constituirían fuerza mayor.

Si el deudor asume convencionalmente el riesgo de algún(os) hecho(s), no se exonerará de responsabilidad en caso de que el incumplimiento sea ocasionado por dicho(s) hecho(s); aunque podría exonerarse, si el incumplimiento se debe a otros hechos que reúnan los elementos de la fuerza mayor. Si el deudor asume el riesgo de toda la fuerza mayor, no se exonerará de responsabilidad en caso de que el incumplimiento se produzca por cualquier hecho que reúna los elementos de la fuerza mayor.

Este tipo de estipulaciones contractuales que modifican el régimen de la responsabilidad contractual son válidas; debido a que, las normas relativas a dicha responsabilidad en el Código civil son de carácter dispositivo³³. En consecuencia, las partes pueden extender, limitar o incluso exonerar de responsabilidad; aunque, en el caso de las cláusulas

³⁰ La mora produce la transferencia del riesgo; determinando, como enseña Emilio BETTI (“‘Periculum’. Problema del rischio contrattuale”, en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. I, Milano, 1956, p. 136), una extensión automática de la responsabilidad contractual.

³¹ Según Emilio BETTI (Ídem), en esta hipótesis, se produce una extensión pactada de la responsabilidad contractual.

³² Las obligaciones de garantía son aquellas en las que el deudor asegura el cumplimiento de la obligación a todo evento, es decir, incluso si sobreviene una causa extraña no imputable.

³³ De hecho, las normas de la responsabilidad contractual no son ni de orden público, ni de buenas costumbres.

exonerativas y limitativas de la responsabilidad, deben respetarse los límites³⁴ impuestos por el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la fuerza mayor podría producir efectos liberatorios. Sin embargo, la liberación del deudor de la obligación no se produce en todos los casos; ya que, depende del tipo de imposibilidad de cumplimiento ocasionado por la fuerza mayor.

Si la imposibilidad de cumplimiento es definitiva, la fuerza mayor produce la liberación del deudor³⁵ de la obligación³⁶. Si, en cambio, la imposibilidad de cumplimiento es temporal³⁷, el deudor no se libera de la obligación, sino que se suspende el cumplimiento de la obligación hasta que se supere la imposibilidad de cumplimiento, a menos que el acreedor pierda el interés en el cumplimiento de la prestación³⁸.

Además de definitiva o temporal, la imposibilidad de cumplimiento podría ser total o parcial. En caso de que sea parcial, el deudor se libera definitiva o temporalmente –según la imposibilidad sea definitiva o temporal– de la obligación en la medida de la imposibilidad de cumplimiento.

Dado que la eventual liberación de la obligación depende del tipo de imposibilidad, ocasionada por la fuerza mayor; será necesario

³⁴ En general, no son válidas las cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad por incumplimiento: a) ocasionado por dolo o culpa grave del deudor; b) de obligaciones que constituyen mínimo contractual; y, c) de la obligación de seguridad. En otros ordenamientos jurídicos, adicionalmente, las cláusulas que exoneren o limiten de responsabilidad son (o se presumen) cláusulas abusivas en el ámbito de los contratos con el consumidor.

³⁵ Como enseña Emilio BETTI (Ob. cit., p. 136), en este punto, es que la cuestión del riesgo contractual adquiere relevancia.

³⁶ Esta solución ha sido expresamente acogida en el Código Marco de las Obligaciones para América Latina, en el art. 955 del Código civil y comercial argentino, y en el art. 379 del Código civil boliviano. Por su parte, el (nuevo) artículo 1218 del Código civil francés prevé la resolución de pleno derecho y la liberación de las obligaciones si el impedimento es definitivo. Sobre el tema en doctrina venezolana, véase, Eloy MADURO LUYANDO, Ob. cit., pp. 195-196; y, Mauricio RODRÍGUEZ FERRARA, Ob. cit., p. 132.

³⁷ Carlos Eduardo ACEDO SUCRE (Ob. cit., p. 5) estima que “las consecuencias del coronavirus que afecten a un contrato normalmente lo impactan de manera temporal, pues se trata de una crisis que se agota en el tiempo”.

³⁸ Esta solución ha sido expresamente acogida en el Código Marco de las Obligaciones para América Latina, y, *mutatis mutandis*, en el art. 956 del Código civil y comercial argentino, en el art. 380 del Código civil boliviano y en el art. 1218 del Código civil francés. Sobre estos aspectos en doctrina venezolana, véase, especialmente, Eloy MADURO LUYANDO, Ob. cit., p. 197; y, María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN, Ob. cit., pp. 2802-2804.

determinar, en el caso concreto, el tipo imposibilidad causado por el COVID-19 o por las medidas adoptadas para prevenir, contener o combatir el COVID-19, según la causa de la imposibilidad, a los fines de establecer si se produce o no la liberación de la obligación.

4. LA CLÁUSULA DE FUERZA MAYOR: GENERALIDADES

En el contrato, las partes pueden asignar convencionalmente los riesgos y/o las responsabilidades del contrato, incluyendo el riesgo de incumplimiento por fuerza mayor o, en general, por alguna(s) o todas las causas extrañas no imputables.

En la práctica, se suele prestar gran atención a la predisposición de las cláusulas relativas a los riesgos y/o a las responsabilidades, especialmente en los contratos de mediano y largo plazo; ya que, en este tipo de contratos, existe mayor probabilidad de que, durante su vigencia, sobrevengan hechos, eventos o circunstancias que afecten el cumplimiento del contrato. En este contexto, la inclusión de cláusulas relativas a la imposibilidad de cumplimiento – como la de fuerza mayor – y/o a la excesiva dificultad u onerosidad en el cumplimiento – como la de *hardship* – en los contratos, se debió principalmente a la ausencia de regulación de dichos supuestos en los ordenamientos jurídicos angloamericanos.

De hecho, los orígenes de la cláusula de fuerza mayor³⁹ se encuentran en los ordenamientos jurídicos pertenecientes al *Common Law*; en los cuales, a diferencia de aquellos de la tradición romano-germánico, no existía una causa eximente de responsabilidad como la fuerza mayor o la imposibilidad de cumplimiento, previstas en los Códigos civiles de los ordenamientos del *Civil Law*⁴⁰. De allí que, en los ordenamientos

³⁹ Para mayores detalles sobre la cláusula de fuerza mayor, se permita el reenvío a Sheraldine PINTO OLIVEROS, “Contrato plurilateral, *Joint Venture*, contratos enlazados y cláusula de fuerza Mayor: Breves notas sobre varias problemáticas del derecho contractual en homenaje a un gran jurista”, en *Revista venezolana de legislación y jurisprudencia*, n°13 Edición en Homenaje al Prof. Dr. James-Otis Rodner S., 2020, pp. 715-727.

⁴⁰ En el sistema romano-germánico, y en el sub-sistema latinoamericano, es posible identificar dos vertientes: de un lado, ordenamientos jurídicos que, fieles a las fuentes romanas e inspirados por el *Code Napoléon*, identifican el límite de la responsabilidad en el caso fortuito y la fuerza mayor; y, del otro lado, ordenamientos jurídicos que, siguiendo a la

angloamericanos, las partes debían estipular (“cláusulas” de) excusas al incumplimiento en el contrato⁴¹ para ser eximidas de los daños por incumplimiento.

Este tipo de estipulación contractual fue paulatinamente reconocido como excusa al incumplimiento del contrato, a medida que el *Common Law* admitía la doctrina de la imposibilidad de cumplimiento (*impossibility of performance*)⁴² y, posteriormente, la doctrina de la inviabilidad comercial (*commercial impracticability*)⁴³ como excepciones a la regla del cumplimiento (absoluto) del contrato.

Sucesivamente, la circulación y el éxito de los modelos contractuales angloamericanos en el comercio internacional contribuyeron a la difusión de la cláusula de fuerza mayor a nivel global.

Pese a su origen anglosajón, la denominación de la cláusula se inspira a la *force majeure* del Código civil francés⁴⁴. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico francés y en (buena parte de) la tradición de

pandectística alemana e inspirados por el BGB o por el *Codice civile* de 1942, lo identifican en la imposibilidad.

⁴¹ De esta forma, las partes asignaban el riesgo de incumplimiento en caso de este último se verificase por los eventos (excusas) identificados en la cláusula.

⁴² Jay. D. KELLEY (“So What’s your excuse? An Analysis of Force Majeure Claims”, en *Texas Journal of Oil, Gas, and Energy Law*, vol. 2, n° 91, 2007, p. 93) afirma que “*The doctrine of impossibility of performance was first recognized as an excuse for a party’s failure to perform in the late nineteenth century*”. (Trad. Libre) “La doctrina de la imposibilidad de cumplimiento fue por primera vez reconocida como una excusa al incumplimiento de una de las partes a finales del siglo XIX”.

⁴³ Jennifer CAMERO (“Mission Impracticable: The impossibility of Commercial Impracticability”, en 13 *The University of New Hampshire Law Review*, n° 1 (2015), p. 3) recuerda que “*contractual excuse made an about-face in Mineral Park Land Co. v. Howard in 1916, when the court broadened the legal definition of impossibility to include not only those actions which a party literally could not perform, but also those actions which were impracticable for a party to perform due to an unreasonable and excessive cost. Thus, the excuse of commercial impracticability was born*”. (Trad. Libre) “la excusa contractual tuvo un cambio radical en *Mineral Park Land Co. v. Howard* en 1916, cuando la corte amplió la definición legal de imposibilidad para incluir no solo aquellas acciones que una parte no podía literalmente ejecutar sino también aquellas acciones que eran inviables de ejecutar (por una parte) debido al costo irrazonable y excesivo. De esta manera, nació la excusa de la impracticabilidad (o inviabilidad) comercial”.

⁴⁴ Cfr., Muriel MARMURSZTEJN, “Force majeure clauses of and oil company’s upstream agreements: A review”, en *International Business Law Journal*, 1998, 7, pp. 787; y, Stephen G. ALLEN, “Force Majeure Under Coal Supply Contracts”, en 26 *Energy & Min. L. Inst.*, ch 6 (2005), p. 197.

romano-germánica, la fuerza mayor es una causa de exoneración de responsabilidad por incumplimiento prevista en el Código civil, como una cláusula general en la que puede subsumirse todo hecho imprevisible, irresistible, que está fuera del control del deudor (o, lo que es lo mismo, exterior) y que impide el cumplimiento de la prestación. En cambio, en el *Common Law*, solo los eventos que las partes especifiquen en la cláusula contractual constituyen fuerza mayor.

Por ello, se presta gran atención a la redacción de la cláusula de fuerza mayor y, en particular, a la identificación de los eventos que, conforme a la misma, constituyen fuerza mayor; ya que, en dicha cláusula, las partes pueden limitar o ampliar tanto los eventos que excusan el incumplimiento como los efectos de dichos eventos. Sin embargo, la mayor inclusión de hechos, circunstancias, o eventos en la cláusula no necesariamente conduce a extender los supuestos que podrían exonerar de responsabilidad por incumplimiento; en cuanto, ello depende del derecho aplicable al contrato.

Cuando el derecho aplicable al contrato pertenece a la tradición romano-germánica, la cláusula contractual (de fuerza mayor) puede limitar el ámbito de la (cláusula general de) fuerza mayor prevista en el Código civil a los supuestos contemplados en la cláusula contractual. No obstante, este efecto podría ser evitado reenviando o reproduciendo la definición de fuerza mayor del propio ordenamiento jurídico de la tradición romano-germánica en la cláusula de fuerza mayor o en la cláusula de las definiciones del contrato, incluso si dicha definición es seguida por una lista enunciativa y no taxativa de eventos de fuerza mayor; pero, en esta última hipótesis, las partes deben ser cuidadosas con la redacción de la cláusula para no restringir el ámbito de la fuerza mayor de su ordenamiento del *Civil Law*, a menos que esa sea la intención de las partes.

5. LA CLÁUSULA DE FUERZA MAYOR: FINALIDADES

Las principales finalidades de la cláusula de fuerza mayor son: de un lado, definir la fuerza mayor y/o los hechos, eventos o circunstancias que constituyen fuerza mayor en el específico contrato; y, del otro lado, determinar los efectos de la fuerza mayor en el contrato. Con relación a

estos últimos, las partes suelen regular la exoneración de responsabilidad, la vigencia del contrato, y el deber de mitigación.

En la cláusula de fuerza mayor, se exonera expresamente de responsabilidad por incumplimiento o retardo en el cumplimiento de la(s) obligación(es) contractual(es) debido a la fuerza mayor. De allí que, normalmente, la cláusula de fuerza mayor establezca los requisitos de procedencia y la extensión de dicha exoneración de responsabilidad.

Respecto a los primeros, la cláusula debería contemplar tanto los requisitos sustantivos como los adjetivos de la exoneración de responsabilidad o, en general, de los efectos de la fuerza mayor en el contrato. Sin embargo, buena parte de las cláusulas de fuerza mayor regulan implícitamente los requisitos sustantivos – es decir, el incumplimiento o retardo en el cumplimiento, el evento de fuerza mayor, y la relación de causalidad entre dicho evento y el incumplimiento o retardo en el cumplimiento – y se concentran en los requisitos adjetivos para que la parte cuyo cumplimiento es afectado por la fuerza mayor pueda exonerarse de responsabilidad o, en general, pueda valerse de los efectos previstos en la cláusula.

En este sentido, la cláusula de fuerza mayor usualmente establece que la parte cuya ejecución es afectada por la fuerza mayor avise o notifique al (o a los) cocontratante(s) de la ocurrencia del evento, cumpliendo las formalidades previstas en dicha cláusula; o, en caso de que esta última no contemple (todas) las formalidades que deben cumplirse, la cláusula de fuerza mayor debe ser interpretada en concordancia con la cláusula de los avisos y/o notificaciones.

Con relación a la extensión de la exoneración de responsabilidad, la cláusula de fuerza mayor especifica las obligaciones cuyo incumplimiento o retardo es exonerado de responsabilidad. Normalmente, la exoneración de responsabilidad abarca cualquier obligación contractual, salvo aquellas excluidas de dicha exoneración conforme a la cláusula de fuerza mayor.

En la cláusula de fuerza mayor también se suele regular la suspensión de (los efectos) de las obligaciones contractuales. Sin embargo, el contenido de las cláusulas de fuerza mayor varía notablemente respecto a dicha suspensión. Por lo que, cuando la suspensión de las obligaciones es prevista en la cláusula de fuerza mayor, podría referirse a la(s)

obligación(es) de una⁴⁵, ambas o, si el contrato fuera plurilateral, todas las partes, según la redacción de la cláusula de fuerza mayor.

En todo caso, las estipulaciones que suspenden (los efectos de) las obligaciones en la cláusula de fuerza mayor se dirigen a mantener la vigencia del contrato o, en otros términos, a evitar su (inmediata) terminación. Esta finalidad de la cláusula de fuerza mayor es especialmente importante en los contratos de largo y/o mediano plazo, en cuanto reduce el riesgo de terminación anticipada del contrato.

En este sentido, la cláusula de fuerza mayor frecuentemente faculta a cualquiera de las partes a resolver el contrato sólo al vencimiento de un determinado plazo de duración de la fuerza mayor o, en algunas cláusulas, de la suspensión de las obligaciones. Sin embargo, ciertas cláusulas de fuerza mayor se limitan a prever que las obligaciones contractuales (afectadas o no por la fuerza mayor, según la redacción de la cláusula) se suspenden hasta que se supere la imposibilidad de cumplimiento por fuerza mayor o el evento de fuerza mayor; y, en ciertos casos, también contemplan la obligación de la parte cuyo cumplimiento es afectado por la fuerza mayor de avisar o notificar a su(s) cocontratante(s) de la cesación o desaparición del evento de fuerza mayor.

Otro efecto normalmente previsto en la cláusula de fuerza mayor es el deber de mitigación. En los contratos anglosajones, la cláusula de fuerza mayor generalmente prevé el deber de la parte afectada por la fuerza mayor de adoptar (todos los) razonables esfuerzos para superar⁴⁶ la fuerza mayor y mitigar sus efectos. Con dicha estipulación, estos contratos entienden que la parte cuyo cumplimiento es afectado por la fuerza mayor tome medidas o alternativas para cumplir el contrato; y, de esa manera, supere la fuerza mayor.

El deber (de adoptar acciones o medidas para) superar la fuerza mayor se dirige: de un lado, a desincentivar la inacción o negligencia que la exoneración de responsabilidad podría incentivar en la parte cuyo cumplimiento es afectado por la fuerza mayor; y, del otro lado, a crear incentivos para que el cocontratante (de la parte afectada por la

⁴⁵ En otros términos, la parte cuyo cumplimiento es afectado por la fuerza mayor.

⁴⁶ Los términos “remediar” o “eliminar” son también empleados en las cláusulas de fuerza mayor.

fuerza mayor) no resuelva el contrato⁴⁷ al vencimiento del plazo establecido en la cláusula a tal fin. A falta de dichos incentivos, el (o los) cocontratante(s) (de la parte cuyo cumplimiento es afectado por la fuerza mayor) podría razonablemente resolver el contrato; debido a que, el riesgo de incumplimiento por fuerza mayor grava sobre él (/ellos), en virtud de la exoneración de responsabilidad de la otra parte por la (cláusula de) fuerza mayor.

A pesar de que algunas cláusulas de fuerza mayor contemplan el deber de superar la fuerza mayor y mitigar sus efectos; en nuestra tradición jurídica, es más común que la cláusula se limite a regular el deber de mitigar los efectos de la fuerza mayor. En otros términos, prevé que la parte cuyo cumplimiento es afectado por la fuerza mayor adoptará las acciones o medidas necesarias al fin de minimizar su impacto en costos, pérdidas y tiempo. No obstante, ciertas cláusulas ni siquiera contemplan el deber de mitigación de los efectos de la fuerza mayor. Sin embargo, dicho deber igualmente derivaría de la buena fe y, en particular, del deber de lealtad de cada contratante frente a su(s) cocontratante(s) que resulta de la buena fe.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Project de Cadre Commun de Référence Terminologie Contractuelle Commune*, sous la coordination de FAUVARQUE-COSSON, B., et MAZEAUD, D., Société de Législation Comparée, Paris, 2008.
- ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, “COVID-19-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, disponible en <https://www.menpa.com/publicaciones>
- ALLEN, Stephen G., “Force Majeure Under Coal Supply Contracts”, en *26 Energy & Min. L. Inst.*, ch 6 (2005), pp. 195-241.
- BETTI, Emilio, “‘Periculum’. Problema del rischio contrattuale”, en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. I, Milano, 1956, pp. 133-197.

⁴⁷ En este sentido, Stephen G. ALLEN (Ob. cit., p. 211) sostiene “*The party whose performance is affected by an event of force majeure must normally correct the event as soon as possible. Otherwise, there would be little ability of the other party to force a continuation of the contract*”. (Trad. Libre) “La parte cuyo cumplimiento es afectado por un evento de fuerza mayor debe normalmente corregir el evento lo antes posible. De lo contrario, habría poca posibilidad de que la otra parte fuerce la continuación del contrato”.

- CAMERO, Jennifer, “Mission Impracticable: The impossibility of Commercial Impracticability”, en 13 *The University of New Hampshire Law Review*, n° 1 (2015), pp. 1-34.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, “La causa extraña no imputable”, en *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación (1915-2015)*, Tomo IV, ACPS, Caracas, 2015, pp. 2785-2812.
- KELLEY, Jay D., “So What’s your excuse? An Analysis of Force Majeure Claims”, en *Texas Journal of Oil, Gas, and Energy Law*, vol. 2, n° 91, 2007, pp. 91-124.
- KOTEICH KHATIB, Milagros, “El límite de la responsabilidad del deudor: Del casus romano a la ‘imposibilidad’ de la pandectística”, en *Sistema jurídico romanista y sub-sistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el Profesor Sandro Schipani*, CORTÉS, E., ESBORRAZ, D.F., MORALES, R., PINTO OLIVEROS, S., y PRIORI, G. (coord), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 713-736.
- LUPINI BIANCHI, Luciano, “Notas sobre la teoría en derecho civil”, en *Homenaje a Aníbal Dominici*, DE VALERA, I., y SALAVERRÍA, J.G. (coord.), Liber, Caracas, 2008, pp. 265-322.
- MADURO LUYANDO, Eloy, *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*, Cuarta Edición, UCAB, Caracas, 1979.
- MARMURSZTEJN, Muriel, “Force majeure clauses of and oil company’s upstream agreements: A review”, en *International Business Law Journal*, 1998, 7, pp. 781-806.
- MELICH-ORSINI, José, *Doctrina General del Contrato*, 3° edición, EJV, Caracas, y Marcial Pons, Madrid, 1997.
- MELICH-ORSINI, José, “La revisión del contrato por onerosidad excesiva”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XX, 1999, pp. 163-194.
- 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, Caracas, 2015, pp. 2337-2438.
- PALACIOS HERRERA, Oscar, *Apuntes de obligaciones. Versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela*, Ediciones Nuevo Mundo, Caracas, 2000.

- PINTO OLIVEROS, Sheraldine, “A propósito de la responsabilidad contractual”, en *De las obligaciones en general. Coloquio de Iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo*, MORALES HERVIAS, R., y PRIORI POSADA, G. (ed.), Fondo editorial PUCP, 2012, pp. 283-305.
- PINTO OLIVEROS, Sheraldine, “Contratos Petroleros y cláusula *rebus sic stantibus* en el derecho venezolano”, en *Pacta Sunt Servanda y Rebus Sic Stantibus. Desarrollos actuales y perspectivas históricas*, SORIANO CIENFUEGOS, C., Universidad Panamericana y Editorial Novum, México, D.F., 2014, pp. 381-403.
- PINTO OLIVEROS, Sheraldine, “Contrato plurilateral, *Joint Venture*, contratos enlazados y cláusula de fuerza Mayor: Breves notas sobre varias problemáticas del derecho contractual en homenaje a un gran jurista”, en *Revista venezolana de legislación y jurisprudencia*, n°13 Edición en Homenaje al Prof. Dr. James-Otis Rodner S., 2020, pp. 701-727.
- PINTO OLIVEROS, Sheraldine, “L’inadempimento delle obbligazioni nel Codice Marco delle Obbligazioni per l’America Latina”, (en imprenta) en *Europa-America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano* a cura di A. SACCOCCIO e S. CACACE, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020, pp. 341-351.
- RODNER, James-Otis, *El contrato y la inflación. El uso de las cláusulas de valor en Venezuela*, Editorial Sucre, Caracas, 1983.
- RODNER, James-Otis, “La teoría de la imprevisión, dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad” en *El Código civil venezolano en los inicios del siglo XXI, en conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, ACPS, Embajada de Francia en Venezuela, y Asociación Franco Venezolana de Juristas, Caracas, 2005, pp. 401-450.
- RODRÍGUEZ FERRARA, Mauricio, *Obligaciones*, Livrosca, Caracas, 2007.
- TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, et LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les Obligations*, 9e edition, Dalloz, Paris, 2005.
- URBANEJA, Luis Felipe, *Conceptos sobre la teoría de la imprevisión en los contratos privados*, discurso de incorporación del Dr. L. F. URBANEJA como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ACPS, Caracas, 1972.

FUNDACIONES. BREVE RESEÑA DE SU REGULACIÓN EN VENEZUELA Y ESTUDIO COMPARADO CON OTRAS LEGISLACIONES EN AMÉRICA LATINA SAMANTHA SÁNCHEZ MIRALLES*

SUMARIO

Introducción. I. Origen. II. Definición. III. Características generales. IV. Regulación de las fundaciones en Venezuela. 1. Persona jurídica. 2. Objeto. 3. Domicilio. 4. Dirección y administración. 5. Extinción. V. Regulación de otros países de Latinoamérica. 1. Bolivia. 1.1. Persona jurídica. 1.2. Domicilio. 1.3. Dirección y administración. 1.4. Extinción. 2. Chile. 2.1. Persona jurídica. 2.2. Dirección y administración. 2.3. Extinción. 3. Colombia. 3.1. Persona jurídica. 3.2. Dirección y administración. 3.3. Extinción. 4. Ecuador. 4.1. Persona jurídica. 4.2. Dirección y administración. 4.3. Extinción. 5. Perú. 5.1. Persona jurídica. 5.2. Domicilio. 5.3. Dirección y administración. 5.4. El Consejo de Supervigilancia. 5.5. Extinción. VI. Cuadro comparativo. • Conclusiones.

* Abogado *Magna Cum Laude*, UCV, 1991, LL.M. University of Michigan 1994, Doctora en Ciencias, UCV 2010.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto reseñar la regulación vigente en materia de fundaciones en Venezuela, así como en los países andinos, es decir: Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile.

Partiendo de la normativa venezolana, pasaremos a estudiar las reglas de los países citados *supra* y presentaremos un cuadro comparativo, para luego presentar las conclusiones de dicha comparación.

A pesar de que las fundaciones constituyen una institución jurídica harto conocida, en muchos casos veremos cómo sus normas son pocas y escuetas, y remiten, en muchos casos, a las disposiciones legales en materia de asociaciones o corporaciones.

I. ORIGEN

Aunque ya en Roma, se contaba con algunas disposiciones para bienes entregados en testamentos o en virtud de donaciones a obras de beneficencia o pías, no había fundaciones como tales, sino que los bienes entregados para este tipo de obras no constituían un ente con existencia jurídica propia, sino una masa patrimonial destinada a algún fin altruista (hospitales, orfanatos, fondos para viudas, etc.)¹; así, las fundaciones son realmente de origen medieval.

En la Alta Edad Media, por influencia germánica, se inició un proceso de asignación de un ente como beneficiario o titular de los bienes destinados para obras pías, este titular, sin embargo, no tenía la capacidad de gestionar dicho patrimonio, sino que esa función quedaba en

¹ Oscar Riquezes Contreras, *La fundación en Venezuela. Su inclusión en el Código Civil. Su régimen jurídico. Problemas actuales*, UCV, 2016.

manos de los administradores. Por lo tanto, las fundaciones en la Edad Media eran entes destinados, por la voluntad de un fundador, a la administración de los bienes asignados a un fin determinado².

A partir del siglo XII, con el extendido poder de la Iglesia Católica, se produjo un monopolio de las obras pías por parte de ésta. Así, el patrimonio de la Iglesia se incrementaba con legados y donaciones, pero, ese patrimonio no podía enajenarse porque se ponía en peligro el funcionamiento de la obra, de allí se deriva el nombre de los institutos de manos muertas.

Manos muertas eran pues los poseedores de bienes, en quienes se perpetuaba el dominio por no poderlos enajenar ni transmitir³, y su denominación proviene del hecho que los bienes poseídos en estas condiciones se consideraban como muertos a efectos del comercio jurídico, en manos que no pueden darle circulación.

Este esquema se reprodujo en América, luego del descubrimiento y la conquista, hasta que con la Revolución Francesa, comenzaron a aparecer leyes que ordenaban la desafectación de los bienes, en algunos casos de manera fluida y sin mayores contratiempos; en otros de forma más litigiosa, produciéndose incluso confiscaciones⁴.

En el caso de Venezuela, esta desafectación podríamos ubicarla en la Ley del 5 de marzo de 1874, en el gobierno de Guzmán Blanco, en virtud de la cual se ordenó la extinción de los conventos, colegios y demás instituciones religiosas y los institutos de manos muertas se transformaron entonces en ilícitos.

A partir de ese momento, las organizaciones religiosas se volcaron a la figura de la asociación. Esto se mantuvo en las Constituciones de 1914 y 1922, para luego incluirse las fundaciones, tal y como las conocemos hoy día en el Código Civil.

² Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 34 Edición, CEDAM, Milán 1993, p. 101.

³ En este caso están las comunidades religiosas. Véase Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, 1981, Tomo V, p. 299.

⁴ Para una historia más detallada, véase Oscar Riquezes Contreras, op. cit.

II. DEFINICIÓN

Al referirnos a la definición de fundación, iniciamos con el diccionario jurídico de Cabanellas, el cual señala en la última acepción del vocablo fundación, que se trata de: *“Institución de un mayorazgo, universidad u obra piadosa o benéfica, con designación de un fin, determinación de sus estatutos y dotación de rentas”*.

Luego elabora *“Con pensamiento o idea benéfica, científica o de instrucción determinada por la voluntad de una o más personas, por fundación se entiende cierto patrimonio ligado a un fin lícito... y a favor de personas ciertas o determinables por cualidades o condiciones, bienes que se destinan como capital o como renta, o con ambos caracteres a la vez, a realizar lo establecido o deseado en el acto constitutivo de la fundación”*⁵.

En el derecho anglosajón se define fundación como el fondo establecido y mantenido por contribuciones con fines benéficos, educativos, religiosos o de investigación⁶.

Ahora bien, en líneas generales, en derecho civil, al lado de las personas físicas, que son sujetos de derecho y obligaciones, encontramos a las personas jurídicas o morales, también susceptibles de derechos y obligaciones, pero con más poder patrimonial⁷. En este último grupo, tradicionalmente se distingue entre asociaciones y corporaciones por una parte; y fundaciones por la otra.

Esta distinción viene determinada por la prevalencia del elemento personal en las asociaciones o corporaciones, *versus* la prevalencia del capital en las fundaciones. Debemos aclarar que este predominio no implica la inexistencia del otro elemento, porque el elemento personal no está excluido en las fundaciones ni el patrimonial está excluido de las asociaciones o corporaciones.

La distinción también se basa en el objeto de las asociaciones y corporaciones que es siempre interno y propio de la persona y que su finalidad es siempre en beneficio de sus socios, mientras que en el caso

⁵ Cabanellas, op. cit.

⁶ Black's Law Dictionary, Sixth Edition, St Paul, Minnessota, West Publishing Co, 1990, p. 656.

⁷ Oscar Pierre Tapia, *Mementos de Derecho*, Editorial Pierre Tapia, Caracas, 1991, p. 45 y ss.

de la fundación, el objeto es externo, la finalidad es siempre en beneficio de otros.

III. CARACTERÍSTICAS GENERALES

1. La fundación presupone la atribución permanente y exclusiva de un conjunto de bienes a una finalidad, por eso se llama *universitas rerum* o *universitas bonorum*⁸, y no necesita un elemento constitutivo personal. Es decir, que la fundación siempre parte de un patrimonio, sin patrimonio, la fundación carece de sentido. Consecuentemente, para que haya fundación, el fundador debe desprenderse de la propiedad de los bienes destinados a la misma y éstos se deben afectar al fin perseguido. Este acto del fundador (o fundadores) es unilateral ya que exige sólo el consentimiento del mismo.
2. Como consecuencia de esa primera característica, las obligaciones que asuma la fundación no podrán ser accionadas contra el fundador o sus dirigentes, sino contra la fundación misma.
3. Su aporte inicial es también externo, proviene del fundador o fundadores, pero éstos no forman parte de ella. Además, del aporte inicial, como son gobernadas por la voluntad de personas que no las integran, las fundaciones son heterónomas.
4. La fundación, siendo una persona jurídica determinada y distinta del fundador, tiene su propia identidad.
5. El fin u objeto de la fundación debe ser posible, determinado o determinable y lícito, y debe ser de utilidad general⁹.
6. Las fundaciones actúan siempre en interés de personas que no forman parte de ella, es decir, que su finalidad es necesariamente externa. No tiene realmente miembros, sino destinatarios, aunque existan personas que las dirijan y las representen.
7. Pueden ser constituidas por actos entre vivos o por testamento.

⁸ Locación latina que significa universalidad de bienes, conjunto de cosas que sin estar unidas materialmente entre sí, constituyen una unidad jurídica regulada por normas distintas a la de sus elementos aislados. Cabanellas, op. cit. Tomo VIII, p. 259.

⁹ Utilidad, jurídicamente hablando, es un concepto indeterminado que puede comprender todo lo que se estime ventajoso para el interés general o social. Véase Samantha Sánchez Miralles, *Expropiación de marca en Venezuela. Particular enfoque desde el punto de vista del análisis económico del derecho*, FUNEDA, Caracas 2011

IV. REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN VENEZUELA

La regulación de las fundaciones en Venezuela está contenida en el Código Civil¹⁰ (CC).

1. Persona jurídica

En el artículo 19 del CC encontramos la siguiente disposición:

“Son personas jurídicas y por lo tanto capaces de derechos y obligaciones:

...

3. Las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado. La personalidad la adquirirán con la protocolización de su acta constitutiva en la Ofician Subalterna de Registro del Departamento o Distrito en que hayan sido creadas, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos.

El acta constitutiva expresará: el nombre, domicilio, objeto de la asociación, corporación y fundación, y la forma en que será administrada y dirigida.

...

Las fundaciones pueden establecerse también por testamento, caso en el cual se considerarán con existencia jurídica desde el otorgamiento de este acto, siempre que después de la apertura de la sucesión se cumpla con el requisito de respectiva protocolización.

...

La fundación, siendo una persona jurídica determinada y distinta del fundador, tiene su propia identidad, la cual conserva aun cuando los bienes que la conformen cambien. Como consecuencia de la identidad, tienen nombre, que debe atribuírsele en el acta constitutiva o testamento respectivo”¹¹.

La personalidad jurídica de las fundaciones, al igual que las demás personas morales, asimila el ente abstracto a una persona física, y la

¹⁰ G.O. Extraordinaria N° 2.990 de 26-07-1982.

¹¹ Usualmente el nombre incluye la palabra “fundación”, pero esto no es requerido por la ley. José Luis Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil*, Manuales de Derecho, UCAB, Editorial Arte, Caracas 1984, p. 392.

hace titular de deberes y derechos, distinto al de los individuos o patrimonios que la conforman.

En cuanto a la forma, ésta está contemplada en las propias disposiciones del CC sobre sus requisitos de protocolización.

2. Objeto

El artículo 20 *ejusdem* reza: “*Las fundaciones sólo podrán crearse con un objeto de utilidad general: artístico, científico, literario, benéfico o social*”.

3. Domicilio

El domicilio de la fundación normalmente se encuentra en el lugar del domicilio del fundador, pero en todo caso, es el que señale el acta constitutiva o el respectivo testamento: si el domicilio no se encontrara señalado en allí, se reputará como tal el lugar donde esté situada la dirección o administración de la fundación, independientemente del objeto de la fundación y del lugar donde tenga en realidad el asiento principal de sus negocios e intereses (artículo 29 CC). Las fundaciones pueden tener también domicilio general y domicilios especiales, así como domicilios de elección para ciertos asuntos o actos.

4. Dirección y administración

Todo lo relativo a la dirección y administración de las fundaciones debe estar determinado en su acta constitutiva o estatutos. Sin embargo, como las fundaciones carecen de substrato personal y persiguen un objeto de utilidad general, la ley prevé cierta intervención del estado en su dirección y administración.

En virtud de este principio, encontramos el artículo 21 del CC que indica lo siguiente: “*Las fundaciones quedarán sometidas a la supervigilancia del Estado, quien la ejercerá por intermedio de sus respectivos Jueces de Primera Instancia, ante los cuales rendirán cuentas los administradores*”.

Y también contamos con el artículo 22 del mismo texto, que establece: “*En todo caso, en que por ausencia, incapacidad o muerte del fundador, o por cualquier otra circunstancia, no pudiera ser*

administrada la fundación de acuerdo con sus Estatutos, el respectivo Juez de Primera Instancia organizará la administración o suplirá las deficiencias que en ella ocurran, siempre con el propósito de mantener en lo posible el objeto de la fundación”.

Finalmente, El artículo 23 de seguidas nos explica: *“El respectivo Juez de Primera Instancia, oída la administración de la fundación, si fuere posible, podrá disponer la disolución de ésta y pasar sus bienes a otra fundación o institución, siempre que se haya hecho imposible o ilícito su objeto”.*

5. Extinción

El acta constitutiva o los estatutos de la fundación pueden prever las causas de su extinción, pero adicionalmente, la fundación se extingue por imposibilidad sobrevenida de alcanzar su objeto, ya sea una imposibilidad de hecho o legal (cuando el objeto de la fundación se ha tornado ilícito).

En caso de extinción, la suerte de los bienes de la misma, se regulará de acuerdo a lo contemplado en el acta constitutiva o en sus estatutos. Si nada está previsto, los bienes revertirán al fundador o fundadores, o en según el caso, a los herederos del fundador o fundadores. EL Estado también puede decidir, en este supuesto, pasar los bienes a otra fundación (artículo 22 y 23 CC).

V. REGULACIÓN DE OTROS PAÍSES DE LATINOAMÉRICA

1. Bolivia

En Bolivia debemos remitirnos a las disposiciones del Código Civil¹², previo un par de menciones constitucionales¹³.

¹² Decreto Ley 12.760 de 1975 (Código Civil) https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_Bolivia.pdf

¹³ La Constitución boliviana prevé: Artículo 298. “II. Son competencias exclusivas del nivel central del Estado: 15. Otorgación y registro de personalidad jurídica a Organizaciones No Gubernamentales, Fundaciones y entidades civiles sin fines de lucro que desarrollen actividades en más de un Departamento”. Artículo 300. “I. Son competencias exclusivas de los gobiernos departamentales autónomos, en su jurisdicción: 13. Otorgar personalidad jurídica a Organizaciones No Gubernamentales, fundaciones y entidades civiles sin fines de lucro que desarrollen actividades en el departamento”.

1.1. Persona jurídica

Entonces en el Código Civil boliviano encontramos:

“Artículo 52: Son personas colectivas: ... 2) Las asociaciones mutualistas, gremiales, corporativas, asistenciales, benéficas, culturales en general, educativas, religiosas, deportivas o cualesquiera otras con propósitos lícitos, así como las fundaciones. Ellas se regulan por las normas genéricas del Capítulo presente, sin perjuicio de las leyes y disposiciones especiales que les conciernen. Las órdenes, congregaciones y otros institutos dependientes de la Iglesia Católica se rigen internamente por las disposiciones que les son relativas”.

Del reconocimiento de las fundaciones como personas jurídicas, se deriva su personalidad.

El sustrato patrimonial característico de las fundaciones se encuentra en el artículo 67 *ejusdem*: *“La fundación tiene por objetivo afectar bienes, por la voluntad de una o más personas, a un fin especial no lucrativo”.*

Y con respecto a la forma, el artículo 68 contempla:

“I. La fundación se constituye por escritura pública o por testamento.

II. El Prefecto del Departamento dispondrá, previo dictamen fiscal y mediante auto motivado, la protocolización de la escritura o testamento en el respectivo registro de la Notaría de Gobierno. En lo demás, se estará a lo dispuesto por los artículos 58 y 59.

III. Cuando la fundación se constituye por testamento corresponde la gestión a los herederos, al albacea o al Ministerio Público”.

De nuevo tenemos aquí las dos opciones tradicionales de origen de una fundación, es decir, por acto entre vivos y por disposición testamentaria.

1.2. Domicilio

En cuanto al domicilio, el mismo Código señala que su domicilio será el lugar fijado en el acto constitutivo, y a falta de éste, el lugar de su administración (artículo 54).

1.3. Dirección y administración

Los estatutos de la fundación deben contener las normas sobre su régimen y administración. Por falta o insuficiencia de normas, los personeros de la entidad aprobarán las reglas necesarias y las harán protocolizar (artículo 69).

Las fundaciones quedan sometidas a la vigilancia del Ministerio Público (artículo 70).

La responsabilidad de los representantes de la asociación ante la entidad se rige por los estatutos y en su defecto se aplican las normas del mandato. No es responsable el representante que no participó en un acto que ha causado daño (artículo 63).

1.4. Extinción

Por mandato expreso del Código se aplican las causales de disolución de las asociaciones, las cuales están contenidas en el artículo 64 del mismo y son las siguientes: i) por las causas previstas en sus estatutos, ii) por haberse cumplido o resultar imposible la finalidad para la que fue constituida, iii) por no poder funcionar conforme a sus estatutos, y iv) por decisión judicial, a demanda del Ministerio Público, cuando desarrolla actividades contrarias al orden público o a las buenas costumbres.

Se aplica, asimismo, lo dispuesto en el artículo siguiente en lo relativo a la liquidación y destino de los bienes: i) extinguida la asociación, se procederá a la liquidación del patrimonio y ii) los bienes sobrantes se adjudicarán de conformidad a los estatutos y cuando estos no dispongan nada al respecto, se atribuirán a la Universidad nacional del distrito.

2. Chile

La Constitución chilena establece en su artículo 118:

“Las municipalidades podrán asociarse entre ellas en conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva, pudiendo dichas asociaciones gozar de personalidad jurídica de derecho privado. Asimismo, podrán constituir o integrar corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro cuyo objeto sea la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte, o el fomento de obras

de desarrollo comunal y productivo. La participación municipal en ellas se regirá por la citada ley orgánica constitucional”¹⁴.

De seguidas, es menester referimos al Código Civil para la regulación de las fundaciones¹⁵.

2.1. Persona jurídica

Citamos primeramente la norma contenida en el artículo 545 del Código Civil de Chile:

“Artículo 545. Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Las corporaciones de derecho privado se llaman también asociaciones.

Una asociación se forma por una reunión de personas en torno a objetivos de interés común a los asociados. Una fundación, mediante la afectación de bienes a un fin determinado de interés general.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter”.

Así, la característica determinante de las fundaciones, en cuanto a su patrimonio, se encuentra aquí claramente expresada.

El artículo 547 aclara que las disposiciones de este Código no se aplicarán a fundaciones de derecho público, ya que las mismas se rigen por leyes y reglamentos especiales.

Con respecto a la forma, el mismo texto prevé que el acto por el cual se constituyan las asociaciones o fundaciones constará en escritura pública o privada suscrita ante notario, oficial del Registro Civil o funcionario municipal autorizado por el alcalde¹⁶.

¹⁴ <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Chile/vigente.html>

¹⁵ <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

¹⁶ “Copia del acto constitutivo, autorizada por el ministro de fe o funcionario ante el cual fue otorgado, deberá depositarse en la secretaría municipal del domicilio de la persona jurídica en formación, dentro del plazo de treinta días contado desde su otorgamiento. Este plazo no regirá para las fundaciones que se constituyan conforme a disposiciones testamentarias. // Dentro de los treinta días siguientes a la fecha del depósito, el secretario municipal podrá objetar fundadamente la constitución de la asociación o fundación, si no se hubiere cumpli-

En el acto constitutivo, además de individualizarse a quienes comparezcan otorgándolo, se expresará la voluntad de constituir una persona jurídica, se aprobarán sus estatutos y se designarán las autoridades inicialmente encargadas de dirigirla (artículo 548.1). Y la siguiente norma prevé qué elementos deben contener los estatutos¹⁷.

En lo que se refiere al nombre, la disposición 548.3 explica que *“El nombre de las personas jurídicas a que se refiere este Título deberá hacer referencia a su naturaleza, objeto o finalidad”* y *“El nombre no podrá coincidir o tener similitud susceptible de provocar confusión con ninguna otra persona jurídica u organización vigente, sea pública o privada, ni con personas naturales, salvo con el consentimiento expreso del interesado o sus sucesores, o hubieren transcurrido veinte años desde su muerte”*.

do los requisitos que la ley o el reglamento señalen. No se podrán objetar las cláusulas de los estatutos que reproduzcan los modelos aprobados por el Ministerio de Justicia. La objeción se notificará al solicitante por carta certificada. Si al vencimiento de este plazo el secretario municipal no hubiere notificado observación alguna, se entenderá por el solo ministerio de la ley que no objeta la constitución de la organización, y se procederá de conformidad al inciso quinto. // Sin perjuicio de las reclamaciones administrativas y judiciales procedentes, la persona jurídica en formación deberá subsanar las observaciones formuladas, dentro del plazo de treinta días, contado desde su notificación. Los nuevos antecedentes se depositarán en la secretaría municipal, procediéndose conforme al inciso anterior. El órgano directivo de la persona jurídica en formación se entenderá facultado para introducir en los estatutos las modificaciones que se requieran para estos efectos. // Si el secretario municipal no tuviere objeciones a la constitución, o vencido el plazo para formularlas, de oficio y dentro de quinto día, el secretario municipal archivará copia de los antecedentes de la persona jurídica y los remitirá al Servicio de Registro Civil e Identificación para su inscripción en el Registro Nacional de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro, a menos que el interesado solicitare formalmente hacer la inscripción de manera directa. La asociación o fundación gozará de personalidad jurídica a partir de esta inscripción” (artículo 548).

¹⁷ “a) El nombre y domicilio de la persona jurídica; b) La duración, cuando no se la constituya por tiempo indefinido; c) La indicación de los fines a que está destinada; d) Los bienes que forman su patrimonio inicial, si los hubiere, y la forma en que se aporten; e) Las disposiciones que establezcan sus órganos de administración, cómo serán integrados y las atribuciones que les correspondan, y f) Las disposiciones relativas a la reforma de estatutos y a la extinción de la persona jurídica, indicándose la institución sin fines de lucro a la cual pasarán sus bienes en este último evento. // Los estatutos de toda asociación deberán determinar los derechos y obligaciones de los asociados, las condiciones de incorporación y la forma y motivos de exclusión. // Los estatutos de toda fundación deberán precisar, además, los bienes o derechos que aporte el fundador a su patrimonio, así como las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios” (artículo 548.2).

2.2. Dirección y administración

Lo dispuesto en el Código Civil en cuanto a las corporaciones en los artículos 549 hasta 561, se aplican a las fundaciones, según lo dispuesto en el artículo 563 *ejusdem*.

Así pues, encontramos que la mayoría de los miembros de una corporación, que tengan según sus estatutos voto deliberativo, será considerada como una asamblea o reunión legal de la corporación entera.

La asamblea se reunirá ordinariamente una vez al año, y extraordinariamente cuando lo exijan las necesidades de la asociación.

La voluntad de la mayoría de la asamblea es la voluntad de la corporación.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las modificaciones que los estatutos de la corporación prescribieren a este respecto.

La dirección y administración de una asociación recaerá en un directorio de al menos tres miembros, cuyo mandato podrá extenderse hasta por cinco años.

No podrán integrar el directorio personas que hayan sido condenadas a pena aflictiva.

El director que durante el desempeño del cargo fuere condenado por crimen o simple delito, o incurriere en cualquier otro impedimento o causa de inhabilidad o incompatibilidad establecida por la ley o los estatutos, cesará en sus funciones, debiendo el directorio nombrar a un reemplazante que durará en sus funciones el tiempo que reste para completar el período del director reemplazado.

El presidente del directorio lo será también de la asociación, la representará judicial y extrajudicialmente y tendrá las demás atribuciones que los estatutos señalen.

El directorio sesionará con la mayoría absoluta de sus miembros y sus acuerdos se adoptarán por la mayoría absoluta de los asistentes, decidiendo en caso de empate el voto del que presida.

El directorio rendirá cuenta ante la asamblea de la inversión de los fondos y de la marcha de la asociación durante el período en que ejerza sus funciones. Cualquiera de los asociados podrá pedir información acerca de las cuentas de la asociación, así como de sus actividades y programas (artículo 551).

Los directores ejercerán su cargo gratuitamente, pero tendrán derecho a ser reembolsados de los gastos, autorizados por el directorio, que justificaren haber efectuado en el ejercicio de su función.

Sin embargo, y salvo que los estatutos dispusieren lo contrario, el directorio podrá fijar una retribución adecuada a aquellos directores que presten a la organización servicios distintos de sus funciones como directores. De toda remuneración o retribución que reciban los directores, o las personas naturales o jurídicas que les son relacionadas por parentesco o convivencia, o por interés o propiedad, deberá darse cuenta detallada a la asamblea o, tratándose de fundaciones, al directorio.

La regla anterior se aplicará respecto de todo asociado a quien la asociación encomiende alguna función remunerada (artículo 551.1).

Los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria sobre toda ella, y sus miembros están obligados a obedecerlos bajo las sanciones que los mismos estatutos impongan.

La potestad disciplinaria que le corresponde a una asociación sobre sus asociados se ejercerá a través de una comisión de ética, tribunal de honor u otro organismo de similar naturaleza, que tendrá facultades disciplinarias respecto de los integrantes de la respectiva asociación, las que ejercerá mediante un procedimiento racional y justo, con respeto de los derechos que la Constitución, las leyes y los estatutos confieran a sus asociados. En todo caso, el cargo en el órgano de administración es incompatible con el cargo en el órgano disciplinario (artículo 553).

Corresponderá al Ministerio de Justicia la fiscalización de las asociaciones y fundaciones. En ejercicio de esta potestad podrá requerir a sus representantes que presenten para su examen las actas de las asambleas y de las sesiones de directorio, las cuentas y memorias aprobadas, libros de contabilidad, de inventarios y de remuneraciones, así como cualquier otra información respecto del desarrollo de sus actividades.

El Ministerio de Justicia podrá ordenar a las corporaciones y fundaciones que subsanen las irregularidades que comprobare o que se persigan las responsabilidades pertinentes, sin perjuicio de requerir del juez las medidas que fueren necesarias para proteger de manera urgente y provisional los intereses de la persona jurídica o de terceros.

El incumplimiento de las instrucciones impartidas por el Ministerio de Justicia se mirará como infracción grave a los estatutos (artículo 557).

Las fundaciones también estarán obligadas a llevar contabilidad de conformidad con los principios de contabilidad de aceptación general. Deberán además confeccionar anualmente una memoria explicativa de sus actividades y un balance aprobado por la asamblea o, en las fundaciones, por el directorio.

Las personas jurídicas cuyo patrimonio o cuyos ingresos totales anuales superen los límites definidos por resolución del Ministro de Justicia, deberán someter su contabilidad, balance general y estados financieros al examen de auditores externos independientes designados por la asamblea de asociados o por el directorio de la fundación de entre aquellos inscritos en el Registro de Auditores Externos de la Superintendencia de Valores y Seguros (artículo 557.1).

Las asociaciones y fundaciones podrán realizar actividades económicas que se relacionen con sus fines. Asimismo, podrán invertir sus recursos de la manera que decidan sus órganos de administración. Las rentas que se perciban de esas actividades sólo deberán destinarse a los fines de la asociación o fundación o a incrementar su patrimonio (artículo 557.2).

La modificación de los estatutos de una asociación deberá ser acordada por la asamblea citada especialmente con ese propósito. La disolución o fusión con otra asociación deberán ser aprobadas por dos tercios de los asociados que asistan a la respectiva asamblea.

Los estatutos de una fundación sólo podrán modificarse por acuerdo del directorio, previo informe favorable del Ministerio, siempre que la modificación resulte conveniente al interés fundacional. No cabrá modificación si el fundador lo hubiera prohibido.

El Ministerio de Justicia emitirá un informe respecto del objeto de la fundación, como asimismo, del órgano de administración y de dirección, en cuanto a su generación, integración y atribuciones.

En todo caso deberá cumplirse con las formalidades establecidas en el artículo 548 (artículo 558).

2.3. Extinción

Las causas de disolución de las fundaciones contempladas en el Código Civil, son: i) vencimiento del plazo de su duración, si lo hubiera; ii) acuerdo de la asamblea general extraordinaria, cumpliendo los requisitos formales establecidos en el artículo 558; iii) sentencia judicial ejecutoriada, en caso de estar prohibida por la Constitución o la ley o infringir gravemente sus estatutos, o haberse realizado íntegramente su fin o hacerse imposible su realización; iv) por las demás causas previstas en los estatutos y en las leyes; y v) por destrucción de los bienes destinados a su manutención.

La sentencia a que se refiere el punto iii) precedente sólo podrá dictarse en juicio incoado a requerimiento del Consejo de Defensa del Estado, en procedimiento breve y sumario, el que ejercerá la acción previa petición fundada del Ministerio de Justicia. En el caso de referirse al supuesto de *“haberse realizado íntegramente su fin o hacerse imposible su realización”*, podrá también dictarse en juicio promovido por la institución llamada a recibir los bienes de la asociación o fundación en caso de extinguirse.

Disuelta la fundación, se dispondrá de sus propiedades en la forma que para este caso hubieren prescrito sus estatutos; y si en ellos no se hubiere previsto este caso, pertenecerán dichas propiedades al Estado, con la obligación de emplearlas en objetos análogos a los de la institución. Tocaré al Presidente de la República señalarlos (artículo 561).

Las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este respecto, o sólo la hubiere manifestado incompletamente, se procederá en la forma indicada en el inciso segundo del artículo 558 (artículo 562).

3. Colombia

En Colombia, al igual que en los casos anteriormente reseñados, la regulación en materia de fundaciones está contenida en su Código Civil de 1873, cuya última reforma se produjo en 2019¹⁸.

¹⁸ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr019.html#633

3.1. Persona jurídica

El artículo 633 del Código Civil colombiano establece:

“Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.”.

Vemos por lo tanto, que Colombia sigue la división tradicional entre corporaciones (sustrato personal) y fundaciones por la otra (sustrato patrimonial).

Ahora bien, agrega el artículo 634 del mismo texto, que no se reputarán como personas jurídicas aquellas fundaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley. Esto confirma la relevancia del cumplimiento de las formalidades para la existencia de la fundación.

3.2. Dirección y administración

Las fundaciones se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este respecto, o sólo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el presidente de la Unión.

3.3. Extinción

El artículo 652 contempla que las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención.

4. Ecuador

La regulación de las fundaciones en Ecuador también se encuentra en el Código Civil de 2005, con su última reforma en 2016¹⁹.

4.1. Persona jurídica

Aquí de nuevo tenemos la división de las personas jurídicas entre corporaciones y fundaciones de beneficencia pública (artículo 564) y se

¹⁹ <https://www.hgdc.gob.ec/images/BaseLegal/Cdigo%20Civil.pdf>

contempla además la formalidad de la creación por ley o la aprobación por parte de Presidente de la República, como requisito necesario para la existencia de la fundación (artículo 565).

La regulación del Código Civil no se aplica a las fundaciones de derecho público, como la Nación, el Fisco, las Municipalidades y los establecimientos que se costean con fondos del erario, ya que éstas se rigen por leyes y reglamentos especiales (artículo 566).

4.2. Dirección y administración

Las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una agrupación de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este respecto, o sólo la hubiere manifestado incompletamente, se suplirá esta falta por el Presidente de la República (artículo 580).

Lo que pertenece a una fundación, no pertenece, ni en todo ni en parte, a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente las deudas de una fundación no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen la fundación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la fundación²⁰.

Los estatutos de una fundación tienen fuerza obligatoria sobre toda ella; y sus miembros están obligados a obedecerlos, bajo las penas que los mismos estatutos impongan. (Artículo 572)

4.3. Extinción

Las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención (artículo 582).

5. Perú

En Perú, comenzaremos con el marco constitucional, concretamente con la disposición contenida en el artículo 2 de la Constitución

²⁰ Sin embargo, los miembros pueden, expresándolo, obligarse en particular, al mismo tiempo que la fundación se obliga colectivamente; y la responsabilidad de los miembros será entonces solidaria, si se estipula expresamente la solidaridad. Pero la responsabilidad no se extiende a los herederos, sino cuando los miembros de la fundación los hayan obligado expresamente (artículo 568).

Peruana, la cual reza: “*Artículo 2. Toda persona tiene derecho: 13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa*”²¹.

Luego, nos remitiremos al Código Civil, que es el cuerpo normativo que regula a las fundaciones en este país²².

5.1. Persona jurídica

La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social (artículo 99 del Código Civil).

En cuanto a la forma, el artículo 100 de este texto normativo indica que “*La fundación se constituye mediante escritura pública, por una o varias personas naturales o jurídicas, indistintamente, o por testamento*”. Y el artículo 101, complementa diciendo que “El acto constitutivo de la fundación debe expresar necesariamente su finalidad y el bien o bienes que se afectan”.

5.2. Domicilio

El fundador puede también indicar el nombre y domicilio de la fundación.

5.3 Dirección y administración

El fundador también podrá designar al administrador o a los administradores y señalar normas para su régimen económico, funcionamiento y extinción así como el destino final del patrimonio.

Puede nombrarse como administradores de la fundación a personas jurídicas o a quien o quienes desempeñen funciones específicas en ellas. En el primer caso, debe designarse a la persona natural que la represente.

²¹ <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Peru/per93reforms05.html>

²² Decreto legislativo N° 295 (Código Civil) <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>

Al igual que en el caso venezolano, en Perú se contempla el control y vigilancia por parte del estado a través de un Consejo de Supervigilancia de Fundaciones al cual el registrador de la fundación debe enviar el título de constitución que careciere de alguno de los requisitos señalados en el Código Civil. El Consejo procederá en un plazo no mayor de diez días, con arreglo a lo previsto en este mismo texto.

El acto de constitución de la fundación, una vez inscrito, es irrevocable (artículo 102).

5.4. El Consejo de Supervigilancia

El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones nos merece, en el caso peruano, un aparte, ya que está regulado detalladamente en los artículos 103 y siguientes del Código Civil. Se define legalmente como la organización administrativa encargada del control y vigilancia de las fundaciones.

Su integración y estructura se determinan en la ley de la materia.

Este Consejo tiene las siguientes funciones básicas:

1. Indicar la denominación y domicilio de la fundación, cuando no consten del acto constitutivo.
2. Designar a los administradores cuando se hubiese omitido su nombramiento por el fundador o sustituirlos al cesar por cualquier causa en sus actividades, siempre que no se hubiese previsto, para ambos casos, en el acto constitutivo la forma o modo de reemplazarlos.

En el caso previsto en el párrafo anterior, están impedidos de ser nombrados como administradores de las fundaciones, los beneficiarios o los representantes de las instituciones beneficiarias. Asimismo, en dicho supuesto, el cargo de administrador es indelegable.

3. Determinar, de oficio y con audiencia de los administradores o a propuesta de éstos, el régimen económico y administrativo, si hubiere sido omitido por el fundador, o modificarlo cuando impidiese el normal funcionamiento o conviniere a los fines de la fundación.

4. Tomar conocimiento de los planes y del correspondiente presupuesto anual de las fundaciones, para lo cual éstas elevan copia de los mismos al Consejo al menos treinta días antes de la fecha de iniciación del año económico.
5. Autorizar los actos de disposición y gravamen de los bienes que no sean objeto de las operaciones ordinarias de la fundación y establecer el procedimiento a seguir, en cada caso.
6. Promover la coordinación de las fundaciones de fines análogos cuando los bienes de éstas resulten insuficientes para el cumplimiento del fin fundacional, o cuando tal coordinación determinase una acción más eficiente.
7. Vigilar que los bienes y rentas se empleen conforme a la finalidad propuesta.
8. Disponer las auditorías necesarias.
9. Impugnar judicialmente los acuerdos de los administradores que sean contrarios a ley o al acto constitutivo o demandar la nulidad o anulación de los actos o contratos que celebren, en los casos previstos por la ley. La impugnación se tramita como proceso abreviado; la demanda de nulidad o de anulación como proceso de conocimiento.
10. Intervenir como parte en los juicios en que se impugne la validez del acto constitutivo de la fundación.
11. Designar al liquidador o a los liquidadores de la fundación a falta de disposición en el acto constitutivo.
12. Llevar un registro administrativo de fundaciones.
Los administradores de la fundación están obligados a presentar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, para su aprobación, las cuentas y el balance de la fundación, dentro de los cuatro primeros meses del año.

El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones puede iniciar acción judicial contra los administradores que no cumplan con presentar anualmente las cuentas y el balance de la fundación o si éstos fueron desaprobados y en otros casos de incumplimiento de sus deberes.

A pedido de parte, el juez de primera instancia puede, por causa justificada, suspender a los administradores.

Declarada la responsabilidad, los administradores cesan automáticamente en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.

Los administradores suspendidos son reemplazados de acuerdo a lo dispuesto en el acto constitutivo o, en su defecto, por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.

La demanda de presentación de cuentas y balances y la de suspensión de los administradores en su cargo, se tramitan como proceso abreviado. La demanda de desaprobación de cuentas o balances y la de responsabilidad por incumplimiento de deberes, como proceso de conocimiento.

El Código también regula los conflictos de interés, al contemplar que los administradores de la fundación, así como sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, no podrán celebrar contratos con la fundación, salvo autorización expresa del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.

La prohibición se hace extensiva a las personas jurídicas de las cuales sean socios los administradores de la fundación, como sus parientes en los grados señalados en el párrafo anterior.

El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, respetando en lo posible la voluntad del fundador, puede solicitar al Juez Civil: I) la ampliación de los fines de la fundación a otros análogos, cuando el patrimonio resulta notoriamente excesivo para la finalidad instituida por el fundador, y ii) la modificación de los fines, cuando haya cesado el interés social a que se refiere el artículo 99.

La pretensión se tramita como proceso abreviado, con citación del Ministerio Público, considerando como emplazados a los administradores de la fundación.

5.5. Extinción

El Consejo de Supervigilancia puede solicitar la disolución de la fundación cuya finalidad resulte de imposible cumplimiento.

La demanda se tramita como proceso abreviado ante el Juez Civil de la sede de la fundación, emplazando a los administradores. La demanda será publicada por tres veces en el diario encargado de los avisos

judiciales y en otro de circulación nacional, mediando cinco días entre cada publicación.

La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.

El haber neto resultante de la liquidación de la fundación se aplica a la finalidad prevista en el acto constitutivo. Si ello no fuera posible, se destina, a propuesta del Consejo, a incrementar el patrimonio de otra u otras fundaciones de finalidad análoga o, en su defecto, a la Beneficencia Pública para obras de similares propósitos a los que tenía la fundación en la localidad donde tuvo su sede.

VI. CUADRO COMPARATIVO

	VENEZUELA	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	ECUADOR	PERÚ
Persona Jurídica	Art. 19 CC La fundación, siendo una persona jurídica determinada y distinta del fundador, tiene su propia identidad, la cual conserva aun cuando los bienes que la conformen cambien. También tienen nombre.	Art. 52 CC La fundación se reconoce como persona jurídica, titular de derechos y obligaciones.	Art. 545 CC La fundación es una persona jurídica, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.	Art. 633 CC La fundación es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.	Art. 564 CC Reconoce a la fundación como persona jurídica.	Art. 99 CC Es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de un objeto de interés social.
Domicilio	Art. 29 CC El establecido en sus estatutos, en su defecto tendrán el domicilio de su fundador.	El lugar fijado en su documento constitutivo, en su defecto, el lugar de su administración.	El establecido en los estatutos.			El fundador puede también indicar el nombre y domicilio de la fundación.
Administración	Art. 21 CC Lo que digan sus estatutos, en su defecto el Estado establecerá las reglas de la administración	Art. 69CC Se establecerá en su documento constitutivo, en su defecto, o en caso de insuficiencia de normas, los personeros de la entidad aprobarán las reglas necesarias y las harán protocolizar.	Lo previsto en los estatutos, en su defecto, la dirección y administración de una asociación recaerá en un directorio de al menos tres miembros, cuyo mandato podrá extenderse hasta por cinco años.	Lo previsto en los estatutos, en su defecto por lo que disponga el presidente de la Unión.	Art. 580 CC Se registrarán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y en su defecto, se suplirá esta falta por el Presidente de la República.	Estatutos.
Supervigilancia	Art. 21 CC Sí a través de los Jueces de Primera Instancia	Sí a través del Ministerio Público	Art. 557 CC Sí, a través del Ministerio de Justicia.		Presidente de la República.	Art. 103 y ss. Sí, a través de un Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.

Continuación cuadro...

	VENEZUELA	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	ECUADOR	PERÚ
Extinción	Art. 22 y 23 CC Causales contempladas en los estatutos y la imposibilidad sobrevinida (de hecho o legal) de alcanzar su objeto.	Art. 64 CC 1) Causas previstas en sus estatutos. 2) Por haberse cumplido o resultar imposible la finalidad para la que fue constituida. 3) Por no poder funcionar conforme a sus estatutos. 4) Por decisión judicial, a demanda del Ministerio Público, cuando desarrolla actividades contrarias al orden público o a las buenas costumbres.	a) Vencimiento del plazo de su duración, si lo hubiera; b) Acuerdo de la asamblea general c) Sentencia judicial ejecutoriada, en caso de: 1) estar prohibida por la Constitución o la ley o infringir gravemente sus estatutos, o 2) haberse realizado íntegramente su fin o hacerse imposible su realización, y d) Por las demás causas previstas en los estatutos y en las leyes. e) Destrucción de los bienes destinados a su manutención.	Art. 652 CC Destrucción de los bienes destinados a su manutención.	Art. 582 CC Destrucción de los bienes destinados a su manutención.	Cuando la finalidad de la fundación resulte de imposible cumplimiento.

CONCLUSIONES

1. La regulación de las fundaciones en Venezuela, así como en los países andinos estudiados está contenida en el Código Civil²³. Esa normativa específica en los distintos Códigos Civiles, está encuadrada dentro de los artículos que tratan personas jurídicas.
2. Una característica constante de las fundaciones es su carácter o prevalencia del substrato patrimonial, es decir, la afectación de unos bienes específicos y determinados para un fin, versus el sustrato personal que caracteriza a las sociedades o asociaciones.
3. La fundación siempre tiene un patrimonio distinto al del fundador o fundadores, afectado a un fin. Simplificando la definición casi podemos decir que la fundación es un patrimonio destinado a un fin de interés social, sujeto a control.

²³ Esto se repite casi que en toda América Latina, con algunas excepciones como Uruguay y Costa Rica, donde existe una ley especial en materia de fundaciones.

4. El objeto de las fundaciones es de utilidad general y en muchos de los casos estudiados encontramos referencias de esa utilidad general en los ámbitos artístico, científico, literario, deportivo, benéfico o social.
5. La fundación, por lo que hemos podido estudiar, no ofrece el régimen jurídico idóneo para el desarrollo de una actividad mercantil, ya que no tiene propietarios sino beneficiarios o destinatarios.
6. En virtud de ese objeto de utilidad general de las fundaciones, en la mayoría de las regulaciones estudiadas se contempla la facultad del Estado de suplir la voluntad del fundador, controlar así como de vigilar a los fundadores y/o a los representantes de la fundación.
7. En la mayoría de los casos estudiados, los estatutos de la fundación constituyen el documento rector y, por ende, podemos decir que nos encontramos frente a la aplicación preferente de la autonomía de la voluntad de los particulares en el ámbito de la dirección y administración de la fundación, aunque, como ya hemos señalado anteriormente, con la intervención del Estado para suplir los vacíos o silencios de los estatutos, y en aras de la protección de la utilidad general, que constituye el objeto de las fundaciones.
8. En cuanto al asunto de las formalidades quizá sea el punto en donde encontramos mayor divergencia en las legislaciones reseñadas, también por estar este tema más detallado en las normas estudiadas. Lo que sí es coincidente es que una fundación que no ha cumplido con las formalidades que prescriba la normativa relevante, no se considerará como tal y por lo tanto, no estará protegida jurídicamente.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Gorrondona, José Luis. *Derecho Civil*, Manuales de Derecho, UCAB, Editorial Arte, Caracas 1984.
- Black's Law Dictionary, Sixth Edition, St Paul, Minnessota, West Publishing Co, 1990.

- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, 1981.
- Domínguez Guillén, María Candelaria. *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*, Colección Estudios No 2. CENLAE y CIDEP, Caracas 2019.
- Gómez Liguere, Carlos. *El renacimiento de los tipos societarios contractuales y asociativos, en Simplificar el derecho de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Itriago, Miguel Angel e Itriago, Antonio. *El lucro en las fundaciones privadas*, Caracas, Fundación Elvira Parilli de Senior, 1984.
- Leza Betz, Daniel. *Beneficios fiscales de las Instituciones sin fines de lucro en Venezuela*, Edición Oportunitas/Sinergia, 1999.
- Ochoa, Oscar. “Personas jurídicas con sustrato real: las fundaciones.” *Estudios de Derecho. Estudios de Derecho Privado. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario*, Caracas UCAB, T I, páginas 1-48.
- Pierre Tapia, Oscar. *Mementos de Derecho*, Editorial Pierre Tapia, Caracas, 1991.
- Riquezes Contreras, Oscar. *La fundación en Venezuela. Su inclusión en el Código Civil. Su régimen jurídico. Problemas actuales*, UCV, 2016.
- Sánchez Miralles, Samantha. *Expropiación de marca en Venezuela. Particular enfoque desde el punto de vista del análisis económico del derecho*, FUNEDA, Caracas 2011.
- Trabucchi, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*, 34 edición, CEDAM, Milán 1993.
- <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Peru/per93reforms05.html>
- <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>
- <https://www.hgdc.gob.ec/images/BaseLegal/Cdigo%20Civil.pdf>
- http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr019.html#633
- <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Chile/vigente.html>
- https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_Bolivia.pdf
- <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

RESUMEN

El artículo repasa el régimen jurídico de las fundaciones en Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, destacando la normativa sobre su personalidad jurídica, objeto, domicilio, dirección administración y extinción.

PALABRAS CLAVE

Fundaciones,
Derecho Comparado,
Personalidad jurídica.

ABSTRACT

The article reviews how the foundations are regulated in Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Peru and Venezuela, highlighting the provisions about their legal personality, purpose, legal address or domicile, administration and termination.

KEY WORDS

Foundations,
Comparative law,
Personality.

LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y EL DIFERENDO DEL ESEQUIBO HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA *

SUMARIO

1. Introducción. 2. Los antecedentes del caso ante la CIJ. a) La incursión en el arbitraje. b) El Laudo de París. c) El memorándum de Mallet-Prevost. d) El resurgimiento de la reclamación del Esequibo. 3. El Acuerdo de Ginebra. a) La Comisión Mixta. b) Los buenos oficios. c) El agotamiento del Acuerdo de Ginebra. 4. El requisito de la aceptación de la jurisdicción de la Corte. 5. Los instrumentos jurídicos aplicables. 6. Las posiciones de las partes. 7. El objeto de la controversia. 8. A modo de conclusión.

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor Titular en la Universidad Central de Venezuela. Abogado Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, con ‘distinción máxima’, de la Universidad de Chile. Diplomado en Derecho Internacional y Comparado de los Derechos Humanos, Estrasburgo, Francia; Master en Leyes (LL.M.), Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard; Doctor of Philosophy (Ph.D.), King’s College, Universidad de Londres.

1. INTRODUCCIÓN

El martes 30 de junio pasado, se celebró una audiencia de la Corte Internacional de Justicia sobre la demanda interpuesta por Guyana en contra de Venezuela, pidiendo que se confirme la validez del laudo de París, del 3 de octubre de 1899, en relación con la controversia del Esequibo. Aunque no ha comparecido en el procedimiento ante la Corte, en el anexo de un memorándum enviado a la misma¹, Venezuela ha rechazado la competencia de la CIJ para conocer de este asunto y, de su planteamiento, se infieren, igualmente, objeciones a la admisibilidad de la demanda²; en consecuencia, antes de entrar a examinar el fondo de la demanda, la Corte tendrá que pronunciarse sobre las referidas objeciones preliminares³. Además, de acuerdo con el artículo 53, párrafos

¹ Memorándum de la República Bolivariana de Venezuela sobre la demanda interpuesta ante la Corte Internacional de Justicia por la República Cooperativa de Guyana, enviado el 29 de noviembre de 2019, con un anexo.

² Venezuela no presentó una contramemoria, pero envió sendas notas al Secretario de la Corte, la primera de ellas entregada el 18 de junio de 2018, y, de nuevo, el 29 de noviembre de 2019, desconociendo la competencia de esta y, en el anexo del memorándum del 29 de noviembre de 2019, sugiere que la demanda no sería admisible, ya sea porque -según la interpretación que Venezuela hace del artículo IV del Acuerdo de Ginebra- no se han agotado todos los mecanismos de solución pacífica de controversias previstos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, en el orden indicado por dicha disposición, porque el recurso a la CIJ tenía que ser previamente convenido por las partes, o porque el Secretario General de la ONU no estaba autorizado para escoger el recurso a la CIJ sin el mutuo consentimiento de las partes, o porque una “recomendación” del Secretario General de remitir el caso a la Corte rebasaría los límites del Acuerdo de Ginebra en el desempeño de sus funciones.

³ De acuerdo con el artículo 79, párrafo 1, del Reglamento de la Corte, cualquier excepción a la competencia de la Corte o a la admisibilidad de la solicitud, o cualquier otra excepción sobre la cual el demandado pide que la Corte se pronuncie antes de continuar el procedimiento sobre el fondo, deberá ser presentada por escrito dentro del plazo fijado para el depósito de la contramemoria. Desde luego, la Corte también tendrá que examinar si el objeto de la objeción preliminar corresponde con el objeto de la controversia planteada por la demanda. En tal sentido, en el caso de Bolivia c. Chile, el Tribunal observó que el objeto que, en virtud

1 y 2, del Estatuto de la Corte, está establecido que, cuando una de las partes no comparezca ante la Corte, o se abstenga de defender su caso, la Corte deberá asegurarse de que tiene competencia para conocer de dicho asunto.

Cumplido el trámite de la audiencia pública, en un caso en el que una de las partes no ha comparecido, la Corte podría dictar su sentencia sobre jurisdicción dentro de un breve plazo. En uno de los casos más recientes, el de *Bolivia vs. Chile* sobre la obligación de este último de negociar un acceso al océano Pacífico, luego de concluida la audiencia, la Corte dictó su sentencia 4 meses y medio después⁴. En el caso del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, en que el Estado demandado no compareció y no objetó formalmente la competencia de la Corte, ésta dictó una sola sentencia, sobre el fondo, en la que, *proprio motu*, examinó cualquier cuestión relativa a su jurisdicción y a la admisibilidad de la demanda; entre el momento en que esta última fue introducida y la sentencia (con una audiencia pública de por medio), transcurrieron menos de seis meses⁵. En los casos de las pruebas nucleares francesas en el Pacífico sur, en los que el Estado demandado tampoco compareció, pero objetó formalmente la competencia de la Corte, ésta consideró que era necesario resolver la cuestión de su competencia y de la admisibilidad de la demanda en el menor tiempo posible, tarea que le tomó un año y siete meses⁶. En cambio, en la disputa territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras, desde la presentación de la demanda, la decisión sobre las excepciones preliminares tardó seis años⁷: en un punto intermedio, en unos casos de las

del artículo VI del Pacto de Bogotá, Chile consideraba estar excluido de la jurisdicción de la Corte no correspondía con el objeto de la controversia planteada por Bolivia. Cfr. International Court of Justice, *Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean*, Bolivia vs. Chile, Preliminary Objection, 24 September 2015, párrafo 24.

⁴ Cfr. International Court of Justice, *Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean*, Bolivia vs. Chile, Preliminary Objection, 24 September 2015.

⁵ Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, United States of America v. Iran, Judgment of 24 May 1980.

⁶ Cfr. International Court of Justice, *Nuclear Tests Case*, Australia v. France, Judgment of 20 December 1974, y *Nuclear Tests Case*, New Zealand v. France, Judgment of 20 December 1974.

⁷ La demanda fue introducida por Nicaragua el 6 de diciembre de 2001, y la sentencia sobre excepciones preliminares fue dictada el 13 de diciembre de 2007. Cfr. International Court of

Islas Marshall en contra de India, Pakistán y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, se tardó casi dos años y medio⁸.

Si la CIJ decide acoger la objeción preliminar de incompetencia planteada por Venezuela, ese sería el fin del procedimiento ante ella, dejando sin resolver el objeto de la controversia. Por el contrario, si la Corte desestima la objeción de incompetencia, se pasaría a la fase de fondo, para escuchar alegatos en relación con los méritos de la demanda interpuesta por Guyana. Una tercera opción, prevista en el Reglamento de la Corte⁹ y que tiene precedentes en la jurisprudencia de la misma, permitiría al tribunal posponer su pronunciamiento sobre la objeción preliminar, uniendo el examen de la misma con los méritos de la demanda, por tratarse de asuntos estrechamente relacionados entre sí, y porque el objeto de la demanda puede ayudar a la Corte a decidir sobre su jurisdicción en este caso; pero es a la Corte a la Corte a quien le corresponde decidir si una objeción preliminar carece de carácter exclusivamente preliminar¹⁰. De cualquier forma, la decisión sobre la competencia del tribunal debe ser previa a cualquier pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

2. LOS ANTECEDENTES DEL CASO ANTE LA CIJ

Puesto que, en esta fase del procedimiento, lo que está planteado es una cuestión estrictamente jurisdiccional, en este breve comentario, me permito omitir los antecedentes más lejanos de esta disputa territorial, que se remontan a la conquista de América, a la ocupación de

Justice, *Case Concerning Territorial and Maritime Dispute Between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea*, Nicaragua v. Honduras, Judgment of 8 October 2007.

⁸ Las demandas fueron introducidas el 24 de abril de 2014, y las sentencias se dictaron el 5 de octubre de 2016. Cfr. International Court of Justice, *Obligations concerning negotiations relating to cessation of the nuclear arms race and to nuclear disarmament*, Marshall Islands v. Pakistan, Marshall Islands v. India, and Marshall Islands v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Jurisdiction and admissibility, Judgments of 5 October 2016.

⁹ Cfr. el artículo 79, párrafo 7, del Reglamento de la Corte, según el cual ésta “decidirá por medio de un fallo, en el que aceptará o rechazará la excepción o *declarará que la excepción no tiene, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar*. Si la Corte rechazara la excepción o declarara que no tiene un carácter exclusivamente preliminar, fijará los plazos para la continuación del procedimiento.”

¹⁰ Cfr. el artículo 79, párrafo 9, del Reglamento de la Corte.

las tierras en disputa por parte de los españoles o los holandeses, a la porción de esos territorios efectivamente ocupados por los holandeses, a los territorios que los holandeses habrían cedido, o estaban en capacidad de ceder, a los ingleses, y a los territorios que, una vez obtenida su independencia, Venezuela podía reclamar como legítima sucesora de los antiguos derechos de la colonia española en las tierras en disputa. Es innecesario señalar que, para emitir cualquier juicio sobre el fondo de la controversia, éste es un asunto de crucial importancia. Pero, para entender lo que se está debatiendo en este momento, en torno a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para conocer de este caso, es suficiente que nos remitamos a la historia más reciente.

a) La incursión en el arbitraje

A fines del siglo XIX, todavía estaba fresca, en la memoria de los estadounidenses, el apoyo que, a pesar de haberse declarado neutral, Inglaterra había brindado a los estados del sur durante la guerra de secesión; el Tratado de Washington, celebrado entre Estados Unidos y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte¹¹, quiso poner fin a esas diferencias, instituyendo un tribunal arbitral, encargado de resolver las reclamaciones causadas por el apoyo y suministro de armas brindado a los sudistas por barcos ingleses, incluyendo al cañonero *Alabama*, y conocidas genéricamente como las “*Reclamaciones del Alabama*”. Para este efecto, se designó como árbitros a cinco juristas, de los Estados Unidos de América, Inglaterra, Italia, Suiza y Brasil. El tribunal arbitral así establecido era enteramente distinto a las antiguas comisiones mixtas y, acordando las reglas de Derecho a que debería recurrirse para decidir, se abrió el camino al arbitraje internacional moderno, como una decisión definitiva e irrevocable aceptada por las partes en la disputa; dicho proceso arbitral atrajo la atención del mundo y, sobre las bases sentadas en el Tratado de Washington, el 14 de septiembre de 1872, se emitió, por cuatro votos a uno, un laudo en favor de Estados Unidos, quedando Inglaterra obligada a pagar, a título de indemnización, la suma de US \$ 15.500.000, a lo cual se dio cumplimiento pleno

¹¹ Suscrito el 8 de mayo de 1871.

el 9 de septiembre de 1873. En 1896, las relaciones entre Estados Unidos e Inglaterra no eran precisamente cordiales; una década antes, Venezuela había roto relaciones diplomáticas con Inglaterra, por considerar que, desde 1875, sobre la base de la línea marcada por el naturalista alemán Robert Herman Schomburgk (comisionado por Inglaterra para explorar Guyana), los mapas oficiales de Inglaterra se internaban considerablemente hacia el oeste, en perjuicio de los derechos territoriales de Venezuela; en tales circunstancias, invocando la Doctrina Monroe, Estados Unidos se involucró en la disputa territorial de ambas naciones por el territorio Esequibo, entonces bajo el dominio colonial inglés, y propició negociaciones para la celebración de un tratado de arbitraje que dirimiera dicha controversia; ese fue un nuevo Tratado de Washington, esta vez suscrito entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el 2 de febrero de 1897.

Mediante el Tratado de Washington, Venezuela e Inglaterra acordaron crear un tribunal arbitral, a la manera del que decidió el caso del Alabama, para que determinara la línea fronteriza entre la colonia de la Guyana Británica y Venezuela, poniendo fin de manera definitiva a esa controversia. El tribunal estaría integrado por cinco juristas, dos designados por la parte británica, dos por parte de Venezuela, y uno elegido por esos cuatro, que actuaría como presidente del tribunal¹². El nombramiento de este último recayó en el jurista ruso Federico de Martens. En el mismo Tratado, se estableció las reglas que deberían observar los árbitros para decidir la controversia. Las decisiones se adoptarían por mayoría de votos, y el resultado del procedimiento se consideraría definitivo (“*arreglo completo, perfecto y final*”), en cuanto a las cuestiones referidas a los árbitros.

b) El Laudo de París

El 3 de octubre de 1899, en la ciudad de París, el tribunal arbitral hizo conocer su laudo, adoptado por unanimidad. En la ceremonia en

¹² El tribunal quedó integrado por el Barón Herschell y Sir Richard Henn Collins, por la parte británica, Melville Westin Fuller y David Josiah Brewer por la parte venezolana, y el ruso Federico de Martens como presidente. Debido al fallecimiento del Barón Herschell, éste fue sustituido por el Barón Russell of Killowen.

que se hizo público el laudo, el presidente del tribunal arbitral observó que ésta era la primera vez en que el procedimiento arbitral se había ceñido a reglas pre establecidas, que instituían un Código de Arbitraje¹³.

El mismo día en que se anunció el laudo, dos de los abogados de Venezuela, Benjamin Harrison y Severo Mallet-Prevost, ofrecieron una declaración al corresponsal de Reuter, en la que afirmaron que la línea fronteriza trazada por el tribunal había sido una línea de compromiso y no una línea que correspondiera a los derechos de las partes¹⁴; un compromiso diplomático, y no una decisión basada estrictamente en el Derecho, aunque admitían que esa decisión pudiera haber ido en cualquier dirección. No hay ninguna referencia al grado de evolución que, en este punto, había alcanzado el procedimiento arbitral en esa época; sin embargo, en 1831, comentando sobre el laudo arbitral del rey de Holanda en el caso de la frontera nororiental entre Estados Unidos y Gran Bretaña, Albert Gallatin, que había sido el agente de los Estados Unidos en ese caso, decía que un árbitro, ya sea rey o granjero, raramente decide estrictamente sobre la base de principios de Derecho pues, si eso es posible, siempre tiene la inclinación a repartir la diferencia¹⁵.

¹³ Cfr. el discurso de Federico de Martens, pronunciado el martes 3 de octubre de 1899, en la sesión final del Tribunal, reproducido en J. Gillis Wetter, *The International Arbitral Process: Public and Private*, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 1979, vol. III, pp. 78 y ss.

¹⁴ "The line drawn was a line of compromise and not a line of right... So long as arbitration was to be conducted on such principles it could not be regarded as a success, at least by those who believed that arbitration would result in an admission of legal rights and not in compromises really diplomatic in their character. Venezuela had gained much, but she was entitled to much more, and if the arbitrators were unanimous it must be because their failure to agree would have confirmed Great Britain in the possession of even more territory." *The Times*, London, 4 de octubre de 1899, p. 6, citado por Clifton J. Child, en *The Venezuela-British Guiana boundary arbitration of 1899*, American Journal of International Law, vol. 44, 1950, pp. 682 a 693, reproducido por J. Gillis Wetter, *The International Arbitral Process: Public and Private*, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 1979, vol. III, pp. 90 a 101. La cita de la declaración de prensa de Harrison y Mallet-Prevost está en las pp. 90 y s.

¹⁵ "An arbitrator, whether he be king or farmer, rarely decides on strict principle of law. He has always a bias to try, if possible, to split the difference." Citado por William Cullen Dennis, en *Compromise – The great defect of Arbitration*, Columbia Law Review, vol. II, 1911, pp. 493 a 513, reproducido por J. Gillis Wetter, *The International Arbitral Process: Public and Private*, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 1979, vol. III, pp. 110 a 125. Cita en la p. 111.

c) El memorándum de Mallet-Prevost

Con posterioridad a la adopción del Laudo de París, entre los elementos de mayor relevancia en que se sustenta esta reclamación internacional, en julio de 1949, apareció publicado, en el *American Journal of International Law*¹⁶, un comentario firmado por Otto Schoenrich, al final del cual se agregó un memorándum de dos páginas que, según Schoenrich, le habría dictado su socio de bufete Severo Mallet-Prevost¹⁷, el 8 de febrero de 1944, con el mandato expreso de que no se publicara hasta después de su muerte, y a discreción de Schoenrich. Según Schoenrich, el referido memorándum fue encontrado entre los papeles de Mallet-Prevost¹⁸, después del fallecimiento de este último, ocurrido el 10 de diciembre de 1948.

Uno de los puntos fundamentales del memorándum relata que, a) mientras esperaban por que se anunciara el laudo, una tarde, Mallet-Prevost recibió un mensaje del juez Brewer (uno de los árbitros designados por la parte venezolana), indicándole que él y el juez Fuller (el otro árbitro designado por la parte venezolana) deseaban reunirse con él; en dicha reunión, Brewer y Fuller le informaron, confidencialmente, de una reunión que habían sostenido con de Martens (el presidente del Tribunal), en la que éste les había indicado que los árbitros Russell y Collins (designados por la parte británica) estaban preparados para aprobar la Línea Schomburgk como frontera, pero que él, Martens, se inclinaba por alcanzar una decisión unánime, sobre la base de una línea diferente propuesta por él, fórmula para la que, de ser aceptada por Brewer y Fuller, él se encargaría de obtener el asentimiento de Russell y Collins. La propuesta de Martens era una línea que habría dado a Venezuela el control de la boca del río Orinoco, para luego conectarse con la Línea Schomburgk, dejando a Venezuela alrededor de 5.000 millas

¹⁶ “The Venezuela-British Guiana Boundary dispute”, *American Journal of International Law*, Volumen 43, número 3, July 1949, pp. 523 a 530.

¹⁷ Uno de los abogados de Venezuela en el arbitraje del Esequibo. Severo Mallet-Prevost había nacido en Zacatecas, México, el 8 de octubre de 1860, y falleció el 10 de diciembre de 1948. Era hijo de madre mexicana, y hablaba perfectamente el castellano. Al momento de dictarse el laudo arbitral, tenía 30 años de edad.

¹⁸ El memorándum no tiene la firma de Severo Mallet-Prevost, sino la de Schoenrich.

cuadradas de territorio en torno a esa boca. Brewer y Fuller le consultaron a Mallet-Prevost si debían aceptar la propuesta de Martens o si debían emitir votos disidentes; Mallet-Prevost pidió tiempo para consultar con el ex presidente Harrison (el abogado principal de Venezuela), para lo cual se dirigió inmediatamente a su apartamento; luego de celebrado este encuentro, ambos informaron a Fuller y Brewer su decisión de aceptar la propuesta de Martens.

En segundo lugar, otra nota destacada del memorándum de Mallet-Prevost indica que éste quedó con la sensación de que, durante una visita que de Martens había realizado a Inglaterra en las vacaciones del verano de 1899, se habría llegado a algún acuerdo entre Rusia y Gran Bretaña, y que se habría ejercido presión sobre Collins (uno de los árbitros británicos) para que se sumara a esta iniciativa. Por su parte, Otto Schoenrich afirma que Mallet-Prevost estaba seguro que la postura de los árbitros británicos y del presidente del tribunal era el resultado de algún acuerdo entre Gran Bretaña y Rusia, por el cual las dos potencias habrían inducido a “sus representantes en el Tribunal” a votar en la forma que lo hicieron, y que, probablemente, Gran Bretaña compensaría a Rusia en alguna otra parte del globo.

d) El resurgimiento de la reclamación del Esequibo

En 1951, en la IV Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA¹⁹, el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Luis Emilio Gómez Ruiz, sostuvo la nulidad del laudo arbitral dictado en París, en octubre de 1899.

A petición de Venezuela, en la décimo séptima sesión de la Asamblea General de la ONU, se incluyó en la agenda el tema de “La frontera entre Venezuela y el territorio de la Guyana Británica.” Al llegar a ese punto de la agenda, el 1 de octubre de 1962, el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Marcos Falcón Briceño, reabrió la controversia sobre este asunto, y manifestó que las reglas a ser seguidas por el tribunal arbitral habían sido previamente acordadas en el

¹⁹ Organización de Estados Americanos, IV Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Washington, D. C., del 26 de marzo al 7 de abril de 1951.

Tratado de Washington pero que, cuando llegó la hora de anunciar una decisión, esas reglas, que eran la única fuente a la que los árbitros tenían que ceñirse, no habían sido tomadas en consideración. Según Falcón Briceño, el laudo arbitral no se basó en ningún razonamiento; seguidamente, hizo referencia al memorándum de Mallet-Prevost, según el cual el laudo era el producto de un compromiso político y no de la aplicación de los principios jurídicos a que las partes habían acordado someterse. Luego de afirmar que el gobierno de Venezuela disponía de testimonios que confirmaban lo aseverado por Mallet-Prevost, el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela indicó que dicha documentación sería revelada a su debido tiempo, y concluyó su intervención invitando a Gran Bretaña y la Guyana Británica a sentarse en una mesa, como buenos amigos, y conversar francamente acerca de la rectificación de la injusticia de que Venezuela era víctima, y llegar a una solución que tomara en consideración los legítimos intereses de Venezuela y de la Guyana Británica²⁰.

En 1965, de nuevo en la Asamblea General de la ONU, el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Ignacio Iribarren Borges, citando al presidente de Venezuela Raúl Leoni, manifestó la irrevocable decisión de Venezuela de trabajar activamente por la restauración de los derechos que le fueron negados, en una forma irracional y brutal, sin ningún fundamento, en una decisión contraria a Derecho. En consecuencia, declaró que el laudo de París era nulo e írrito, y que no tenía existencia legal²¹.

3. EL ACUERDO DE GINEBRA

Una vez desconocido el laudo, el instrumento clave para intentar resolver este entuerto, y que también ha servido para activar el ejercicio de la jurisdicción de la CIJ, ha sido el Acuerdo de Ginebra, suscrito, el

²⁰ Cfr. el discurso de Marcos Falcón Briceño, Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, en la 17° sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, pronunciado el 1 de octubre de 1962, ante el Comité Político Especial de la Asamblea general.

²¹ Cf. el discurso de Ignacio Iribarren Borges, Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, en la 20° sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, pronunciado el 6 de octubre de 1965, en la sesión plenaria.

17 de febrero de 1966, por Inglaterra, Venezuela, y Guyana, aunque ésta aún no era un Estado independiente²².

a) La Comisión Mixta

Según el artículo I de dicho tratado, se estableció una Comisión Mixta con el propósito de buscar “*soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia*” sobre el Esequibo. El artículo IV, párrafo 1, fijó a la Comisión Mixta un plazo de cuatro años, contados a partir de la fecha de suscripción del Acuerdo de Ginebra, para que, de no haberse llegado a un acuerdo completo para la solución de la controversia, se presentara a los gobiernos de Venezuela y Guyana un informe final, indicando las cuestiones pendientes. Para resolver tales asuntos, dichos gobiernos debían escoger, sin demora, uno de los medios de solución pacífica previstos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas; de no llegarse a un acuerdo sobre este punto, dentro de los tres meses siguientes a la recepción del informe final de la Comisión Mixta, el artículo IV, párrafo 2, preveía que ambas partes refirieran la decisión sobre el medio de solución pacífica a “*un órgano internacional apropiado*”, acordado por ambas partes en la disputa, o de no llegarse a un acuerdo sobre este punto, al Secretario General de las Naciones Unidas, a fin de que fuera éste quien escogiera el medio de solución pacífica, de entre aquellos referidos en el artículo 33 de la Carta de la ONU, hasta que la controversia fuera resuelta.

Transcurridos cuatro años desde su instalación, la Comisión Mixta prevista en el Acuerdo de Ginebra no había logrado llegar a una solución satisfactoria, por lo que dicha Comisión cesó en sus funciones, dejando vía libre a la aplicación del artículo IV del Acuerdo de Ginebra. Sin embargo, con el afán de dar a las partes un compás de espera antes de recurrir a las fórmulas previstas en el artículo IV del Acuerdo de Ginebra, “*convencidos de que la promoción de la confianza mutua y de un intercambio positivo y amistoso entre Guyana y Venezuela [llevaría] a un mejoramiento de sus relaciones*” recíprocas, en junio de 1970, se

²² La independencia de Guyana se produjo el 26 de mayo de 1966, tres meses después de la suscripción del Acuerdo de Ginebra.

celebró el Protocolo de Puerto España²³, que permanecería en vigor por un período “inicial” de doce años, contados a partir de la fecha de su firma, durante cuya vigencia se explorarían todas las posibilidades de mejorar el entendimiento entre ambas naciones. De acuerdo con el Protocolo, mientras éste permaneciera en vigor, no se haría ninguna reclamación que surgiera de la contención a que se refiere el artículo I del Acuerdo de Ginebra, y se suspendería, por ese mismo lapso, la aplicación del artículo IV de dicho Acuerdo²⁴. Al vencimiento del plazo inicial, en junio de 1982, el gobierno de Venezuela descartó una prórroga del Protocolo de Puerto España, dándolo por terminado y activando los mecanismos previstos en el artículo IV del Acuerdo de Ginebra.

b) Los buenos oficios

No lográndose un compromiso en cuanto a un medio de solución pacífica aceptable para las partes, y no existiendo acuerdo en cuanto al “*organismo internacional apropiado*” al que referir esta disputa para la elección de ese medio de solución pacífica, por aplicación del artículo IV, párrafo 2, del Acuerdo de Ginebra, después de algunas medidas dilatorias por parte de Guyana, dicha decisión, finalmente, quedó en manos del Secretario General de las Naciones Unidas²⁵.

Luego de una misión exploratoria de Diego Cordovez, enviado especial del Secretario General de la ONU, y de un procedimiento

²³ Suscrito el 18 de junio de 1970, en Puerto España, Trinidad y Tobago, por los representantes de los gobiernos de Guyana, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y Venezuela.

²⁴ Cfr. los artículos I, II, y III del Protocolo de Puerto España.

²⁵ En ausencia de un acuerdo sobre el organismo internacional encargado de elegir el medio de solución de esta controversia, el 19 de septiembre de 1982, el gobierno de Venezuela notificó al gobierno de Guyana, con copia al gobierno británico y al Secretario General de las Naciones Unidas, que había llegado al convencimiento de que “el órgano internacional más apropiado para señalar un medio de solución [era] el Secretario General de las Naciones Unidas.” El 6 de octubre de 1982, en los términos del artículo IV, párrafo 2, del Acuerdo de Ginebra, Venezuela refirió formalmente este asunto al Secretario General de la ONU; finalmente, el 28 de marzo de 1983, el gobierno de Guyana aceptó dejar la determinación del medio de solución pacífica de esta controversia en manos del Secretario General de la ONU. Aunque no era una condición operativa del artículo IV, párrafo 2, recibido el acuerdo de ambas partes, el 31 de mayo de 1983 el Secretario General de la ONU asumió este compromiso y así lo comunicó a las partes.

oficioso desarrollado paralelamente entre las partes, en 1985 se propusieron, por parte del enviado especial del Secretario General de la ONU, una comisión de conciliación o un “*grupo de contacto*”, las cuales fueron desestimadas por Venezuela, que prefería el mecanismo de los buenos oficios, con un buen oficiante que contara con la aprobación de ambos gobiernos, y que fue lo que, en abril de 1987, ambas partes pidieron al Secretario General. En noviembre de 1989, las partes convinieron en el nombre de Alistér McIntyre, que fue designado por el Secretario General como su representante personal y buen oficiante, con la tarea de definir, de la manera más flexible y oficiosa posible, las hipótesis de solución práctica. Su labor siempre se realizó en el entendido de que ésta era una controversia territorial. El 20 de septiembre de 1999, Alistér McIntyre renunció a su condición de buen oficiante y fue sustituido, el 1 de noviembre del mismo año, por Oliver Jackman, hasta su fallecimiento, el 24 de enero de 2007. Hubo que esperar hasta el 9 de octubre de 2009, para el Secretario General de la ONU designara a como nuevo buen oficiante a Norman Girvan, quien falleció el 9 de abril de 2014, paralizando la operación del mecanismo de los buenos oficios. Guyana no estaba interesada en seguir adelante con el procedimiento de buenos oficios, y Venezuela no consideraba aceptables los nombres propuestos para esa función por parte del Secretario General de la ONU. En estas circunstancias, el 31 de octubre de 2016, el Secretario General, Ban Ki-Moon, informó a las partes que no le sería posible nombrar un representante personal para el procedimiento de buenos oficios, y que en el mes siguiente -antes del término de su mandato- haría una evaluación de los avances logrados, a fin de tomar una decisión sobre cómo proceder.

Para romper el bloqueo, el 15 de diciembre de 2016, el Secretario General propuso a las partes incorporar un elemento de mediación a los buenos oficios, mandato que debía concluir a finales de 2017; si para esa fecha no se había alcanzado un progreso significativo, el Secretario General advertía que escogería a la Corte Internacional de Justicia como el próximo medio de solución, a menos que ambas partes le solicitaran que no lo hiciera.

El 23 de febrero de 2017, el nuevo Secretario General de la ONU, Antonio Guterres, se dirigió a las partes en esta controversia,

informándoles de la designación de Dag Nylander como su representante personal, e indicando que los términos de referencia de su misión eran los señalados previamente por su antecesor, con una fecha perentoria (30 de noviembre de 2017) para lograr progresos significativos o, de lo contrario, ir a la Corte Internacional de Justicia. El 30 de enero de 2018, el Secretario General de la ONU, Antonio Guterres, comunicó a los Estados partes en esta controversia que, dado que no se había alcanzado un progreso significativo para llegar a una solución negociada de la misma, había escogido a la Corte Internacional de Justicia como el medio a ser utilizado para su solución; el secretario General le recordó a las partes que, en los términos del artículo IV, párrafo 2, del Acuerdo de Ginebra, se le confería a él la potestad y la responsabilidad de escoger, entre los medios de solución pacífica contemplados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, el medio a ser utilizado para la resolución de la controversia, y que, si el medio así escogido no conducía a una solución, él tenía la responsabilidad de escoger otro medio. El 29 de marzo de 2018, Guyana recurrió formalmente a la Corte Internacional de Justicia, demandando a Venezuela, y pidiendo que se confirme la validez del laudo de París, del 3 de octubre de 1899.

c) El agotamiento del Acuerdo de Ginebra

Llegados a este punto, extenuada la paciencia de cuatro sucesivos Secretarios Generales de la ONU, las fórmulas del Acuerdo de Ginebra también han comenzado a agotarse. Es en estas circunstancias que el caso ha llegado a la Corte Internacional de Justicia.

El Acuerdo de Ginebra fue un importante logro de la diplomacia venezolana; pero no supimos aprovechar las oportunidades que ese tratado nos ofrecía para lograr una solución negociada y mutuamente satisfactoria. No supimos valernos del prestigio moral y político que tenía la Venezuela de antes para llegar a un entendimiento que pusiera fin a esta controversia, y no fuimos capaces de ofrecer a la contraparte soluciones imaginativas y mutuamente satisfactorias. Tampoco Chávez se interesó por lo que calificó como “un legado del imperialismo”, congelando, en 2006, la reclamación del Esequibo, con Maduro como canciller. Ninguna de las concesiones del actual régimen sirvió para resolver este

conflicto²⁶. Haber llegado a este punto, sin haber alcanzado un acuerdo ni siquiera en cuanto al mecanismo de solución, es un estruendoso fracaso de la diplomacia venezolana; pero tampoco es el final del camino.

4. EL REQUISITO DE LA ACEPTACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho interno de los Estados, en el que todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción están igualmente sometidas a la jurisdicción de sus tribunales, en Derecho Internacional, ningún Estado puede ser obligado a litigar en un tribunal internacional si previamente no ha aceptado la competencia del mismo; en el caso de la Corte Internacional de Justicia, su jurisdicción está condiciona al consentimiento de los Estados²⁷, que podrá ser expreso o tácito, pero que no se puede presumir²⁸.

Actualmente, además de la Corte Internacional de Justicia, que es un órgano principal de la Organización de Naciones Unidas, con competencia para conocer de controversias entre Estados, sin contar los tribunales penales ad hoc que ha habido desde el término de la Segunda Guerra Mundial, hay numerosos tribunales internacionales, que no forman parte del sistema de Naciones Unidas, y que tienen competencias especializadas, como el Tribunal de Derecho del Mar, o la Corte Penal Internacional, y tribunales regionales como la Corte Europea de

²⁶ En una visita a Guyana, los días 19 y 20 de febrero de 2004, el Presidente Chávez propuso privilegiar los mecanismos de integración y de intercambio sobre las diferencias territoriales y, en un gesto de solidaridad, dio por cancelada la deuda de Guyana con Venezuela. El 6 de septiembre de 2005, Guyana se incorporó al Acuerdo Energético de Petrocaribe. En un comunicado conjunto, suscritos por los ministros de Relaciones Exteriores de Venezuela (Nicolás Maduro) y Guyana (Carolyn Rodrigues-Birkett), el 30 de septiembre de 2011, se reconoció que la controversia en relación con el laudo de 1899 es “un legado del colonialismo” que debe ser resuelto.

²⁷ En tal sentido, la Corte Internacional de Justicia ha sostenido que debe ser muy cuidadosa para no ir en contra de un principio bien establecido de Derecho Internacional, recogido en su Estatuto, según el cual la Corte sólo puede ejercer su jurisdicción sobre un Estado con el consentimiento de este último. Cfr. International Court of Justice, *Monetary gold removed from Rome in 1943*, (Preliminary question), Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America, Judgment of June 15th, 1954, p. 32.

²⁸ Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning the Aerial Incident of July 27th, 1955*, Israel v. Bulgaria, Preliminary Objections, Judgment of May 26th, 1959, pág. 142.

Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Ninguno de estos tribunales puede ejercer su jurisdicción respecto de un Estado que no haya aceptado su competencia²⁹; pero dicha aceptación, que puede ser formulada en términos generales o para un caso particular, no está sometida a pautas preestablecidas ni a un lenguaje específico.

En el caso de la Corte Internacional de Justicia, los Estados partes en su Estatuto pueden

“declarar, en cualquier momento, que reconocen como obligatoria ipso facto, y sin necesidad de un convenio especial, respecto de cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

- a) la interpretación de un tratado,*
- b) cualquier cuestión de Derecho Internacional,*
- c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría una violación de una obligación internacional, o d) la naturaleza o extensión de las reparaciones que correspondan por el quebrantamiento de una obligación internacional.”*³⁰.

De no haberse formulado dicha declaración general, aceptando la competencia de la Corte respecto de cualquier controversia que pueda surgir en lo futuro, los Estados que sean partes en una controversia pueden convenir, para ese caso particular, que aceptan la competencia de la Corte. Además, ya sea en tratados bilaterales o multilaterales, y respecto de la interpretación o aplicación de dichos tratados, los Estados pueden haber incorporado una cláusula mediante la cual se someten a

²⁹ En el caso de cuatro incidentes aéreos, ocurridos entre el 7 de octubre de 1952 y el 7 de noviembre de 1954, en las demandas presentadas en contra de Hungría, Checoslovaquia y la antigua Unión Soviética, países que no habían aceptado la competencia de la Corte, el Tribunal procedió a remover dichas demandas de su lista de casos, desestimando lo alegado por Estados Unidos en el sentido de que el artículo 36, párrafo 1, del Estatuto le confiere jurisdicción sobre todos los casos que las partes le refieran. Cfr. Resoluciones de la Corte del 12 de julio de 1954 y del 14 de marzo de 1956. Asimismo, en las demandas introducidas por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en contra de Argentina y Chile, países que no habían aceptado la jurisdicción de la Corte y que informaron a ésta de su decisión de no hacerlo, la Corte procedió a removerlas de su lista de casos, mediante resoluciones del 16 de marzo de 1956.

³⁰ Cfr. el artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia; ese es el caso, por ejemplo, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas³¹ que, mediante un Protocolo facultativo, dispone, en su artículo I, que *“Las controversias originadas por la interpretación o aplicación de la Convención se someterán obligatoriamente a la Corte Internacional de Justicia”*; igual cosa ocurre con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares³² y el artículo I de su Protocolo de firma facultativa sobre jurisdicción obligatoria para la resolución de controversias, y con el Tratado Americano de Soluciones pacíficas (Pacto de Bogotá)³³, según lo dispuesto en su artículo XXXI. La posibilidad de un *“convenio especial”*, mencionada por el artículo 36, párrafo 2, del Estatuto, también está referida en el artículo 40 del Estatuto, que señala que los negocios serán incoados ante la Corte, según el caso, *“mediante la notificación del compromiso” o (a falta de dicho compromiso) mediante solicitud escrita dirigida al Secretario; además, el artículo 38.1 del Reglamento de la Corte indica que el procedimiento contencioso se puede iniciar “mediante notificación del compromiso” alcanzado por las partes para recurrir ante ella, o “mediante una solicitud” de un Estado parte en la controversia, para que la Corte entre a conocer de la misma. Si el procedimiento se ha iniciado mediante la solicitud del Estado demandante en contra de un Estado que aún no ha manifestado su consentimiento en someterse a la jurisdicción de la Corte, la demanda se transmitirá a dicho Estado, pero no será inscrita en el registro general ni se efectuará ningún acto procesal hasta que el Estado en contra de quien se presentó la demanda haya aceptado la competencia de la Corte en el asunto objeto de la demanda*³⁴, o no haya objetado a la misma, haciéndose parte en el procedimiento, situación conocida como *forum prorogatum*.

Las declaraciones de aceptación de la competencia de la Corte, ya sea que ellas tienen carácter general o que se han formulado para un caso particular, o los compromisos para someter un caso a la Corte, pueden ser incondicionales, o pueden contener restricciones en cuanto a

³¹ Suscrita en Viena el 18 de abril de 1961, y en vigor desde el 24 de abril de 1964.

³² Suscrita en Viena el 24 de abril de 1963, y en vigor desde el 19 de marzo de 1967.

³³ Suscrito el 30 de abril de 1948, y en vigor desde el 5 de junio de 1949. Venezuela no es parte en el Pacto de Bogotá.

³⁴ Cfr. el artículo 38, párrafo 5, del Reglamento de la Corte.

la materia³⁵, al momento en el que hayan ocurrido los hechos objeto de controversia³⁶ o a un plazo de expiración³⁷, o a los sujetos que son partes en la misma³⁸. Similarmente, de acuerdo con el artículo VI del Pacto de Bogotá, los procedimientos de solución pacífica de controversias allí previstos no se aplicarán a los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, por laudo arbitral, por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigor al momento de celebrarse el Pacto de Bogotá; esos son asuntos concluidos, que no se pueden reabrir.

Ocasionalmente, puede haber dificultades para determinar si, en un caso particular, ha habido un compromiso para someter una disputa a la Corte Internacional de Justicia, o si el mencionado compromiso tiene carácter vinculante³⁹. En el caso de la Plataforma Continental del

³⁵ Por ejemplo, la Declaración de Australia, aceptando la competencia de la Corte excluye, *inter alia*, las disputas relativas a cuestiones que, según el Derecho Internacional, corresponden exclusivamente a la jurisdicción de Australia; lo mismo en el caso de Cambodia, Canadá, Francia, India, Israel y otros. De manera diferente, la Declaración de México excluye de la competencia de la Corte cualquier controversia que, “en opinión de México”, sea de la jurisdicción exclusiva de México, y Estados Unidos excluye las disputas que son esencialmente de la jurisdicción doméstica de los Estados Unidos, en la forma como los Estados Unidos defina su jurisdicción doméstica. La Declaración de Francia excluye, *inter alia*, disputas en relación a las cuales las partes hayan acordado (o puedan acordar) recurrir a otro medio de solución pacífica de controversias, y disputas que deriven de una guerra o de hostilidades internacionales. Kenia, al igual que Malta, excluyen de la competencia de la Corte, *inter alia*, cualquier disputa relacionada con la beligerancia o con la ocupación militar.

³⁶ Por ejemplo, la Declaración de Colombia se extiende sólo a disputas que hayan surgido después del 6 de enero de 1932, y el Reino Unido excluye disputas relacionadas con hechos ocurridos entre el 3 de septiembre de 1939 y el 2 de septiembre de 1945. En cambio, la Declaración de Portugal extiende la aceptación de la competencia de la Corte a disputas que hayan surgido “antes o después” de la declaración de Portugal, hecha el 16 de diciembre de 1920, al hacerse parte del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

³⁷ Por ejemplo, la Declaración de Bélgica fue hecha por un plazo de cinco años, después de lo cual continuaría en efecto hasta que se notificara su terminación.

³⁸ Por ejemplo, la India (al igual que Malta) excluye de la competencia de la Corte disputas con un Estado que haya aceptado la competencia de la Corte exclusivamente en relación con una disputa que sostenga con la India. Israel excluye de la competencia de la Corte controversias con cualquier Estado que no reconozca al Estado de Israel, o que se niegue a mantener relaciones diplomáticas normales con Israel.

³⁹ Cfr., por ejemplo, el caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo, en el que la Corte debió determinar si un comunicado conjunto emitido por los primeros ministros de Grecia y Turquía tenía carácter vinculante, y si constituía un compromiso para someter dicho caso a

Mar Egeo, Grecia recurrió a la CIJ invocando, *inter alia*, un comunicado conjunto emitido por los primeros ministros de Grecia y Turquía, leído en Bruselas el 31 de mayo de 1975, pero sin que fuera evidente si el referido comunicado constituía un tratado o si, por el contrario, era el resultado de un intercambio de ideas en el que se había planteado la mera posibilidad de que dicho asunto se sometiera a la Corte.

En principio, ya sea que haya una declaración general o una declaración especial aceptando la competencia de la Corte, o que haya un compromiso entre las partes en disputa para someter dicha contienda a la Corte, hay un consentimiento inequívoco de los Estados para que ésta pueda conocer de las controversias que los Estados le sometan; pero dicho consentimiento también puede formularse en forma más sofisticada como, por ejemplo, mediante un tratado en el que se conviene que sea un órgano internacional determinado el que determine, de manera vinculante, el medio de solución pacífica al que deberán someterse las partes en una controversia.

En cualquier caso, lo esencial es que, al igual que cualquier otro tribunal que tiene que decidir sobre la base del Derecho, la Corte Internacional de Justicia sólo puede conocer de las “*controversias de orden jurídico*”⁴⁰ que se le sometan. La facultad de la Corte de resolver un litigio *ex aequo et bono* es excepcional, y sólo está prevista para los casos en que las partes así lo convinieren⁴¹. Por el contrario, en el caso del arbitraje, las partes pueden someter a éste diferencias de cualquier naturaleza, sean o no jurídicas, que hayan surgido o puedan surgir entre ellas⁴².

Aunque la Corte Internacional de Justicia es, por su naturaleza, el tribunal que sería apropiado para resolver una disputa como la del Esequibo, Venezuela sostiene que la CIJ carece de competencia para conocer de este asunto, pues nunca ha formulado una declaración aceptando dicha competencia, ya sea en general o para este caso en

la Corte Internacional de Justicia. Cfr. International Court of Justice, *Aegean Sea Continental Shelf Case*, Greece v. Turkey, Jurisdiction of the Court, Judgment of 19 December 1978, párrafos 1 y 12.

⁴⁰ Cfr. el artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁴¹ Cfr. el artículo 38, párrafo 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁴² Cfr. el artículo XXXVIII del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, “Pacto de Bogotá”, suscrito en Bogotá, el 30 de abril de 1948.

particular. Pero alguna base jurídica habrá para que el Secretario General de la ONU haya elegido el recurso a la CIJ como forma de resolver esta controversia (y para que Guyana haya recurrido a dicha Corte), por lo que sería aventurado asumir que la CIJ va a desautorizar tan fácilmente al Secretario General de la ONU, desestimando, sin mayor trámite y por falta de competencia, la demanda intentada por Guyana. Por lo tanto, sería imprudente que el gobierno de Venezuela no hiciera uso de todos los recursos disponibles para defender los intereses de la república. En esta etapa del procedimiento, después de haber manejado este caso con tanta despreocupación, sería imprudente asumir actitudes populistas o chauvinistas, y sería irresponsable pretender descalificar al tribunal, sugiriendo que está al servicio de potencias imaginarias. Lo que corresponde es hacer un esfuerzo serio para demostrar que la CIJ carece de competencia para conocer de este caso, y no dar por sentado que vamos a perder.

El Tribunal internacional deberá determinar el objeto de la controversia y, no existiendo una declaración general, aceptando la competencia de la Corte, ni por parte de Venezuela ni por parte de Guyana, la Corte deberá, asimismo, establecer si, en los términos del artículo IV, párrafo 2, del Acuerdo de Ginebra, en conjunción con lo dispuesto por el artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto, ella puede ejercer su jurisdicción sobre el caso.

5. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS APLICABLES

Venezuela es parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴³, según el cual es a la Corte a quien le corresponde decidir sobre su propia competencia⁴⁴; este principio básico, que también se encuentra recogido en otros tratados⁴⁵, ha sido ampliamente desarrollado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de la Corte. Lamentablemente,

⁴³ El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta de Naciones Unidas, suscrita el 26 de junio de 1945, y en vigor desde el 24 de octubre del mismo año, de la cual Venezuela es un miembro fundador.

⁴⁴ Cfr. el artículo 36, párrafo 6, del Estatuto de la Corte.

⁴⁵ En este sentido, el artículo XXXIII del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, Pacto de Bogotá, suscrito en Bogotá el 30 de abril de 1948, expresa que: "Si las partes no se pusieren de acuerdo acerca de la competencia de la Corte sobre el litigio, la propia Corte decidirá previamente esta cuestión."

Venezuela ha decidido no participar en este procedimiento, aunque sí ha enviado al tribunal un memorándum⁴⁶ que no ayuda a la causa venezolana, pero que sirvió para que los abogados de Guyana se deleitaran mostrando sus errores, sus incongruencias y contradicciones. De acuerdo con lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 53 del Estatuto de la Corte, cuando una de las partes no comparezca o se abstenga de defender su caso, la Corte deberá asegurarse de que tiene competencia para conocer del mismo⁴⁷. Sin embargo, la ausencia de una representación venezolana en esa audiencia, que pudiera haber rebatido los argumentos de Guyana, ha sido perjudicial para la defensa de los intereses venezolanos.

Guyana sostiene que, en el Acuerdo de Ginebra, las partes aceptaron que, de no llegar a una solución amistosa, correspondería al Secretario General de la ONU decidir a qué otro medio de arreglo pacífico, de los mencionados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas⁴⁸, debía recurrirse para resolver esta controversia. Dicha disposición menciona expresamente el arreglo judicial, de manera que no sería manifiestamente desacertado que, sobre esa base, la CIJ desestimara la objeción de incompetencia de la Corte planteada por Venezuela. Lo que sí parece obvio es que el medio a elegir deberá ser un mecanismo flexible, que permita alcanzar el propósito del Acuerdo de Ginebra (encontrar *soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia*). Pero, incluso en un escenario estrictamente judicial, la CIJ no podría admitir la demanda de Guyana en su integridad; la supuesta violación de la soberanía territorial de Guyana, así como la amenaza del uso de la fuerza por parte de Venezuela, forman parte de dicha demanda, y no es evidente que, en el Acuerdo de Ginebra, aunque sólo sea implícitamente,

⁴⁶ Recibido en la Secretaría de la Corte el 28 de noviembre de 2019, siete meses antes de la audiencia sobre la cuestión preliminar de incompetencia de la Corte.

⁴⁷ Cfr. International Court of Justice, *Aegean Sea Continental Shelf Case* (Greece v. Turkey), Jurisdiction of the Court, Judgment of 19 December 1978, I.C.J. Reports, 1978, párrafos 14 y 15.

⁴⁸ Según el artículo 33, párrafo 1, de la Carta de la ONU, dispone que “Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.”

Venezuela haya aceptado someterse a la competencia de la CIJ para examinar y resolver tales asuntos.

6. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

El argumento central de la cancillería venezolana, así como de un grupo numeroso de expertos, gira en torno a la nulidad del laudo arbitral que fijó la frontera entre Guyana y Venezuela. Pero esa es una cuestión que plantea problemas de hecho y de Derecho, y es apropiada para ser decidida por la CIJ; si el laudo es válido o es nulo -por las razones que sea- no es una cuestión que pueda ser decidida por una de las partes en la controversia; eso es algo que tendrá que probarse ante las instancias pertinentes, en el tiempo y forma que determine el Derecho Internacional. En cambio, el Acuerdo de Ginebra plantea un problema diferente, que tiene que ver con la búsqueda de *“soluciones satisfactorias para lograr el arreglo práctico de la controversia”*, y ese no es un problema jurídico, sino político, que no es apropiado para ser resuelto por un tribunal internacional. Esa es una cuestión de fondo, que tiene que ver con la naturaleza de las obligaciones asumidas por las partes en el Acuerdo de Ginebra, al igual que con la competencia del tribunal, y que favorece las pretensiones venezolanas. La existencia de una controversia *“territorial”* es lo que siempre estuvo sobre la mesa en la labor del buen oficiante designado por el Secretario General de la ONU y en las conversaciones entre ambos Estados; en tal sentido, en un comunicado conjunto de los presidentes de Venezuela y Guyana, de julio de 1998, éstos *“evaluaron la marcha del proceso para una solución mutuamente satisfactoria de la controversia territorial existente”* entre ambos Estados, y reafirmaron su decisión de continuar apoyando el procedimiento de buenos oficios, *“a fin de alcanzar un arreglo definitivo, como lo establece el Acuerdo de Ginebra de 1966.”* Pero, mientras Venezuela no participe en el procedimiento ante la Corte, aunque pueda enviar algún documento, se está autoexcluyendo de la posibilidad de presentar alegatos, y no puede fundamentar apropiadamente su objeción de incompetencia de la Corte.

7. EL OBJETO DE LA CONTROVERSIA

Para establecer su competencia, la Corte tendrá que decidir cuál es el objeto de la controversia: a) la nulidad o validez del laudo de París, que es lo que se deduce del artículo I del Acuerdo de Ginebra, y que es el argumento de Guyana, o b) la disputa por el territorio del Esequibo, dando por sentado que el laudo de 1899 es nulo, que es la tesis venezolana. Pero también está en disputa si el Acuerdo de Ginebra constituye un compromiso para remitir el caso a la Corte y, en caso afirmativo, la determinación de si ella es el medio apropiado para encontrar “soluciones satisfactorias” o un “arreglo práctico” de la controversia. En el presente caso, no hay acuerdo entre las partes en cuanto a las circunstancias operativas en que el Secretario General de la ONU puede decidir que esta controversia sea resuelta por la Corte Internacional de Justicia; sobre este particular, el artículo 87 del Reglamento de la Corte dispone que,

1. Cuando de acuerdo con un tratado o una convención en vigor es llevado ante la Corte un asunto contencioso concerniente a una cuestión que ha sido ya objeto de un procedimiento ante otro órgano internacional, se aplicarán las disposiciones del Estatuto y de este Reglamento en materia contenciosa.
2. La solicitud incoando el procedimiento indicará la decisión o el acto del órgano internacional interesado e irá acompañada de copia de la decisión o del acto; *las cuestiones suscitadas con respecto a esa decisión o acto, que serán enunciadas en términos precisos en la solicitud, constituirán el objeto de la controversia ante la Corte.* (Cursivas añadidas)

Siendo que en la demanda se invoca como fundamento de la misma el Acuerdo de Ginebra, es éste el que debería proporcionar un indicio seguro de cuál es el objeto de la controversia. En este sentido, el Reglamento de la CIJ dispone que, cuando el procedimiento sea incoado ante la Corte mediante la notificación de un compromiso, la notificación deberá ir acompañada del original del compromiso o de una copia certificada del mismo, *indicando, si ello no aparece de forma patente en el compromiso, el objeto preciso de la controversia y la identidad de las*

partes⁴⁹ Para este efecto, la regla general de interpretación establecida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, determina que éstos deberán interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de estos, y teniendo en cuenta su objeto y fin⁵⁰. El artículo I del Acuerdo de Ginebra estableció una Comisión Mixta, con el encargo de

“buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia entre Venezuela y el Reino Unido surgida como consecuencia de la contención venezolana de que el Laudo arbitral de 1899 sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica es nulo e irritó.”

Aunque de allí pudiera inferirse que el objeto de la controversia es la nulidad o validez del Laudo de París, esa conclusión no se aviene con el encargo que, en el artículo I de dicho Acuerdo, se hizo a la Comisión Mixta, de *“buscar soluciones para el arreglo práctico de la controversia”*. Si la controversia versa sobre la nulidad o validez del laudo, ésta es una cuestión estrictamente jurídica, que requiere decidir si el laudo es nulo o es válido, y que no admite soluciones intermedias. De ser éste el objeto de la controversia, aquí no hay espacio para buscar *“soluciones satisfactorias”* o para *“arreglos prácticos”* negociados entre las partes, y eso es incompatible con el tenor literal del artículo I del Acuerdo de Ginebra, que excluye fórmulas rígidas y estrictamente jurídicas. Además, ya que de una interpretación literal se trata, debe observarse que, tanto en su texto en castellano como en la versión en inglés, la disposición que comentamos se refiere a *“soluciones satisfactorias”* (o *“satisfactory solutions”*), en plural; una controversia sobre la validez del laudo admite una sola respuesta y una sola *“solución”*: el laudo es nulo, o es válido. No se puede asumir que los avezados negociadores del Acuerdo que comentamos optaran, descuidadamente, por una redacción incompatible con el objeto y fin del tratado.

El título mismo del Acuerdo de Ginebra, “Acuerdo para resolver la controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e

⁴⁹ Cfr. el artículo 39, párrafos 1 y 2, del Reglamento de la CIJ.

⁵⁰ Cfr. el artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Irlanda del Norte *sobre la frontera* entre Venezuela y Guayana Británica”, sugiere que ésta es una controversia fronteriza. Una controversia territorial puede, *en principio*, ser resuelta por cualquier medio de solución pacífica de controversias, incluyendo medios jurisdiccionales; pero, en el presente caso, el Acuerdo de Ginebra, implícitamente, parece haber restringido esos medios de solución pacífica a aquellos que sean idóneos para proporcionar “*soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia*”, que son solamente los medios políticos o diplomáticos. En realidad, en el preámbulo del Acuerdo de Ginebra, las partes se manifestaron convencidas de que cualquier controversia entre ellas debía “*ser amistosamente resuelta en forma que resulte aceptable para ambas partes*”, inclinándose en favor de una negociación directa, u otros medios diplomáticos, y desestimando el arreglo judicial, cuyas soluciones podrán ser ajustadas a Derecho, pero nunca serán flexibles y aceptables para ambas partes; en este sentido, conviene recordar que, en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, se ha hecho una clara distinción entre las circunstancias operativas del arreglo judicial y del arbitraje, reservando el primero para “*las controversias de orden jurídico*”, mientras el segundo está abierto a “*diferencias de cualquier naturaleza, sean o no jurídicas*”, que hayan surgido o puedan surgir entre las partes⁵¹.

Aunque la demanda debe indicar, *inter alia*, la naturaleza precisa de lo demandado⁵², la Corte entiende que es a ella a quien le corresponde determinar, sobre bases objetivas, el objeto de la controversia entre las partes; esto es, examinando las posiciones de ambas partes y prestando especial atención a la forma elegida por el demandante al describir la disputa, atendiendo a los argumentos escritos y orales de las partes, así como a los hechos que sirven de base a la demanda, es el tribunal quien debe identificar el objeto de la reclamación y qué es lo que se le está pidiendo a la Corte que decida⁵³. En su jurisprudencia rei-

⁵¹ Cfr. los artículos XXXI y XXXVIII del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, “Pacto de Bogotá”, suscrito en Bogotá, el 30 de abril de 1948.

⁵² Cfr. el artículo 38, párrafo 2, del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia.

⁵³ Cfr. International Court of Justice, *Nuclear Tests Case*, Australia v. France, Judgment of 20 December 1974, párrafo 29; *Nuclear Tests Case*, New Zealand v. France, Judgment of 20 December 1974, párrafo 30; *Fisheries Jurisdiction Case*, Spain v. Canada, Jurisdiction

terada, la Corte ha omitido considerar como el objeto de la controversia los argumentos presentados por las partes como “*conclusiones*”, sin que éstas fueran una indicación de lo que esa parte estaba pidiéndole a la Corte decidir, sino que formaban parte de las razones para que la Corte decidiera en el sentido de lo alegado⁵⁴.

Determinar cuál es la naturaleza de la controversia es un asunto jurídico apropiado para ser resuelto por la CIJ; pero, una vez decidido ese punto, la Corte tendría que pronunciarse sobre su propia competencia, pues no cualquier controversia puede ser resuelta por un tribunal de justicia. En este sentido, se recuerda que, de acuerdo con el Estatuto de la CIJ, la jurisdicción de la Corte se extiende a “todas las *controversias de orden jurídico*”⁵⁵, y su función “es *decidir conforme al Derecho Internacional*”⁵⁶; su tarea no es buscar “arreglos prácticos” o “soluciones satisfactorias” para las partes, como está previsto en el Acuerdo de Ginebra.

El tribunal deberá establecer si el Acuerdo de Ginebra constituye un compromiso para remitir el caso a la Corte, en caso que el Secretario General de la ONU así lo decidiera. Pero invocar el Acuerdo de Ginebra como compromiso para que, eventualmente, este caso pueda ser remitido a la CIJ sólo podrá considerarse en sintonía con lo previsto por el artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte, que es el que determina su ámbito de jurisdicción *ratione materiae*. Según el referido artículo 36, párrafo 2, del Estatuto, la jurisdicción de la Corte se extiende a:

“todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

- a) la interpretación de un tratado,
- b) cualquier cuestión de Derecho Internacional,

of the Court, Judgment of 4 December 1998, párrafo 30; *Case Concerning the Territorial and Maritime Dispute*, Nicaragua v. Colombia, Preliminary Objections, Judgment of 13 December 2007, párrafo 38.

⁵⁴ Cfr. International Court of Justice, *Fisheries Jurisdiction Case*, Spain v. Canada, Jurisdiction of the Court, Judgment of 4 December 1998, párrafo 32; *Nuclear Tests Case*, Australia v. France, Judgment of 20 December 1974, párrafo 29; *Nuclear Tests Case*, New Zealand v. France, Judgment of 20 December 1974, párrafo 30; *Fisheries Case*, United Kingdom v. Norway, Judgment of December 18th, 1951, pág. 126; *The Minquiers and Ecrehos Case*, France/United Kingdom, Judgment of November 17th, 1953, pág. 52; *Nottebohm Case*, Liechtenstein v. Guatemala, Second Phase, Judgment of April 6th, 1955, p. 16.

⁵⁵ Cfr. el artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁵⁶ Cfr. el artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría una violación de una obligación internacional, o
 d) la naturaleza o extensión de las reparaciones que correspondan por el quebrantamiento de una obligación internacional.”

El Estatuto es explícito al señalar que la Corte sólo puede conocer de controversias jurídicas, con exclusión de controversias puramente políticas o de otra naturaleza⁵⁷, y que sólo puede conocer de controversias que versen sobre las cuestiones de Derecho Internacional específicamente mencionadas por el Estatuto, quedando excluidos los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados⁵⁸, y los que tienen un carácter político o de otro tipo. Para la Corte no han pasado desapercibidas las dificultades que pueden derivar de situaciones complejas, que pueden abarcar diversos aspectos (jurídicos, económicos, ambientales, migratorios, etc.); pero que algunos de ellos no sean de la competencia de la Corte no significa que ésta deba negarse a conocer de los asuntos jurídicos que son de su competencia⁵⁹. En las demandas sometidas a la Corte, es frecuente que ellas presenten una disputa particular, pero que surge en el contexto de desacuerdos más amplios entre las partes⁶⁰, o que se refieren a disputas regidas por más de un sistema jurídico y sujetas a distintos procedimientos de

⁵⁷ Cfr. International Court of Justice, *Aegean Sea Continental Shelf Case* (Greece v. Turkey), Jurisdiction of the Court, Judgment of 19 December 1978, I.C.J. Reports, 1978, párrafo 31.

⁵⁸ Cfr. el artículo 2, párrafo 7, de la Carta de la ONU. En el caso del incidente aéreo de julio de 1955, entre Israel y Bulgaria, Bulgaria sostuvo, como una de sus excepciones preliminares, que la demanda estaba basada en acciones tomadas por la fuerza aérea búlgara en su espacio aéreo, siendo un asunto de su jurisdicción exclusiva; además, Bulgaria invocó una condición (“reserva”) contenida en la declaración de Israel aceptando la competencia de la CIJ, mediante la cual se excluían de su competencia disputas relacionadas con asuntos que son esencialmente de la jurisdicción doméstica de Israel, condición (o “reserva”) que, en virtud del principio de reciprocidad, Bulgaria reclamó se aplicara en su favor. Al haber encontrado la Corte que, por otras razones, carecía de competencia para conocer el caso, no entró a decidir sobre ninguno de estos dos alegatos. Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning the Aerial Incident of July 27th, 1955*, Israel v. Bulgaria, Preliminary Objections, Judgment of May 26th, 1959, p. 133.

⁵⁹ Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, United States v. Iran, 1980, Judgment of 24 May 1980, párrafo 36.

⁶⁰ Cfr. International Court of Justice, *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean*, Bolivia v. Chile, Preliminary Objection, Judgment of 24 September 2015, párrafo 32.

solución⁶¹; ocasionalmente, la Corte ha tenido que distinguir los objetivos (o las aspiraciones) del demandante como algo distinto del objeto de la disputa que éste ha presentado en su demanda⁶². En su jurisprudencia, la Corte ha demostrado estar consciente de que, en cualquier controversia jurídica que se someta a su conocimiento, también puede haber elementos políticos; pero, como órgano judicial, a ella sólo le corresponde establecer, en primer lugar, que la disputa es de carácter jurídico, en el sentido de que es susceptible de ser resuelta mediante la aplicación de principios y reglas de Derecho Internacional, y, en segundo lugar, que la Corte tiene competencia para asumir ese asunto, y que el ejercicio de dicha competencia no esté impedido por ninguna circunstancia que haga que la demanda sea inadmisibles⁶³. Según la Corte, el propósito del recurso a la misma es la solución pacífica de las controversias que se le someten, y su sentencia es un pronunciamiento jurídico, sin que le incumban las motivaciones políticas que puedan haber conducido a un Estado, en un momento o en unas circunstancias particulares, a elegir el arreglo judicial⁶⁴.

Respecto de la competencia de la CIJ para conocer de “*las controversias de orden jurídico*” que se le sometan, la Corte ha dicho que “*ninguna disposición del Estatuto o el Reglamento prevé que la Corte deba negarse a conocer de un aspecto de una controversia, simplemente porque esa controversia tiene otros aspectos, por importantes que éstos sean*”⁶⁵; el punto es que, en el presente caso, no es evidente que el objeto mismo de la controversia sea de naturaleza jurídica.

⁶¹ Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Georgia v. Russian Federation, Preliminary Objections, Judgment of 1 April 2011, párrafo 32.

⁶² Cfr. International Court of Justice, *Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean*, Bolivia vs. Chile, Preliminary Objection, 24 September 2015, párrafo 32.

⁶³ Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning Border and Transborder Armed Actions*, Nicaragua v. Honduras, 1988, Judgment of 20 December 1988, párrafo 52.

⁶⁴ Cfr. *Ibidem*.

⁶⁵ Cfr. International Court of Justice, *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, United States of America v. Iran, I. C.J. Reports 1980, pág. 19, párrafo 36.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN

La CIJ es incompetente para conocer de este caso no porque, según los términos del artículo IV (2) del Acuerdo de Ginebra, Venezuela no haya aceptado la posibilidad de que el Secretario General de la ONU pudiera elegir, entre los mecanismos de solución pacífica de controversias referidos en el artículo 33 de la Carta de la ONU, el que debería utilizarse en este caso. La Corte es incompetente porque la controversia versa sobre una cuestión no judicial, que sólo puede ser resuelta por medios políticos o diplomáticos. Sería lamentable que, por torpeza o ignorancia de quienes tienen la misión de defender los intereses de Venezuela, la CIJ fallara de una manera distinta a la esperada; pero, cualquiera que sea la decisión que adopte la Corte, sería irresponsable que, apelando al sentimiento patriótico, se llamara a desconocerla, como acostumbra a hacer este régimen con las sentencias de tribunales internacionales que no son de su agrado. A menos que alguien tenga otra solución, lo patriótico será seguir defendiendo los derechos de Venezuela, si es necesario, incluso en la fase de fondo ante la Corte, respetando las reglas del juego, y aceptando que, tal vez, no siempre tenemos la razón.

EVOLUCIÓN DEL PENSAMIENTO POLÍTICO DE ALBERT CAMUS RAMÓN ESCOVAR ALVARADO*

SUMARIO

1. Prometeo (Introducción). 2. Evolución. 3. Crítica al comunismo.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Magister en Jurisprudencia Comparada, New York University School of Law; Magister en Derecho Internacional Privado y Comparada, Universidad Central de Venezuela; profesor de la Derecho Internacional Privado, UCAB. Ejerce el Derecho en ESC+G Abogados S.C.

1. PROMETEO (INTRODUCCIÓN)

ALREDEDOR de las ocho de la mañana del 17 de diciembre de 2010, Mohamed Bouazizi, un joven vendedor ambulante en Tunicina, comenzó su jornada de trabajo. Un préstamo de doscientos dólares le había permitido comprar la mercancía que vendería ese día. A pesar de que la venta ambulante no requería autorizaciones en la zona en la que Bouazizi la ejercía. Varios policías intentaron sobornarlo. Bouazizi no pagó. Lo golpearon, escupieron y le decomisaron su peso y mercancía.

El joven acudió a una oficina gubernamental para denunciarlos. No fue escuchado. De forma desesperada preguntó si era necesario prenderse en fuego para que le devolvieran los bienes decomisados. Tampoco le prestaron atención. Sin embargo, Bouazizi cumplió su advertencia: compró gasolina y se prendió en fuego. La llama no sólo acabó con su vida varios meses después, sino despertó la “primavera árabe”, uno de los gritos de libertad más fuertes en la historia de la región.

Grandes pensadores de nuestra época han advertido acerca del carácter envilecedor del nihilismo, es decir, de ese fenómeno de pérdida de valores que afecta los aspectos más importantes del hombre moderno. En un mundo regido por el nihilismo la política pierde su sentido de libertad y no hay distinción entre el bien y el mal. El hombre nihilista carece tanto de identidad propia como de ideales. Es presa fácil del terror. Y cree, incluso, que derrocó su valor más supremo –Dios– y tomó su lugar. La vida en ese sórdido mundo es un absurdo y, por lo tanto, el suicidio y el asesinato son una alternativa.

El nihilismo se contrapone a lo que hace setenta años el escritor francés ALBERT CAMUS en su ensayo *El Hombre Rebelde* llamó “rebeldía”. De acuerdo con CAMUS, la rebeldía es una de las manifestaciones de la lucha del hombre en su dimensión social por reivindicar la dignidad

humana. El sentido del acto rebelde es rechazar la opresión y la injusticia. Implica la afirmación de una línea roja de la cual un opresor no debe pasar y, a la vez, la titularidad de un derecho inviolable. Su esencia es la solidaridad: a través de un acto logramos salir del estado de aislamiento, activamos nuestra dimensión plural e inspiramos a los demás a luchar por un valor común más importante que cada uno de nosotros.

La rebeldía supone la capacidad de pensar, el ejercicio de ver al mundo desde la perspectiva del otro. Es, además, contraria al resentimiento. Mientras el resentimiento siempre es pasivo y de efectos corrosivos, la rebeldía es positiva y nos hace transcender en defensa de la dignidad común de todos los hombres. Para ilustrar el significado de rebeldía, CAMUS utiliza la metáfora de Prometeo, el titán de la mitología griega que les robó el fuego a los dioses para entregárselo a la civilización. El hombre rebelde, consciente de sus derechos y guiado por sus valores, ejerce la libertad e inspira a los demás a iluminar el pasado y transformar el futuro.

Sin embargo, hay casos en los que la línea que divide al nihilismo de la rebeldía se atenúa y se desdobra. La inmolación de Bouazizi es uno de estos casos. ¿Se ubica ésta en el camino envilecedor del nihilismo o, más bien, es una expresión positiva de la rebeldía magistralmente explicada por ALBERT CAMUS?

2. EVOLUCIÓN

ALBERT CAMUS no fue un hombre de dogmas. Su pensamiento acerca de los temas políticos más importantes de nuestra época evolucionó con el tiempo. La mirada del CAMUS de *El Hombre Rebelde* es más crítica y madura que la del CAMUS de *El Mito de Sísifo*, publicado unos años antes. *El Hombre Rebelde* es una reflexión honesta y crítica de un pensador que se deslustra de sus prejuicios para luchar contra el nihilismo de las ideologías utópicas. No es solo un cambio de enfoque de lo individual a lo plural o del suicidio al asesinato. Su mensaje es que la esencia siempre es más importante que la existencia y, en consecuencia, la utopía de la sociedad sin clases jamás puede justificar la violencia y el terror del totalitarismo comunista.

En *el Mito de Sísifo*, CAMUS acepta un postulado nihilista: nuestra existencia carece de significado porque los valores del hombre no se fundamentan en la realidad. La vida no es más que una interminable cadena en círculos de despertar-trabajar-dormir. Es así como en el mito griego de Sísifo, quien por haber engañado a la muerte, fue condenado por los dioses a subir una enorme roca desde el pie de una montaña hasta su empinada cumbre. Al llegar a la cima, la roca se devuelve al punto de inicio y Sísifo debe repetir esta extenuante labor por toda la eternidad.

¿Vale la pena vivir a pesar de que la vida es un absurdo? CAMUS responde que sí. Pero hay que vivirla aquí y ahora. Por eso debemos rechazar cualquier acción que busque acabar con nuestra vida biológica –suicidio físico– o aferrarse a creencias utópicas que no puedan ser explicadas por la razón –suicidio filosófico–. Esta última categoría incluye tanto los dogmas (religiosos, ideológicos, racionales y empíricos) como la renuncia a enfrentar aquello que nos esclaviza. Aunque CAMUS tardaría unos años más en decirlo expresamente, el comunismo es una forma de suicidio filosófico.

El caso de Mohamed Bouazizi es diferente al esclavo que se niega a cumplir los mandatos de su amo porque “prefiere morir de pie que vivir arrodillado”. Para CAMUS, la alternativa válida a lo absurdo es la rebeldía y no el suicidio¹. Su obra nos invita a imaginarnos un Sísifo consciente de sí mismo, fortalecido por empujar día tras día la pesada roca hasta la cima, dueño de su destino y satisfecho por su victoria. La paradoja del caso de la primavera árabe es que un desesperado acto suicida inspiró a millones de personas a rebelarse contra un conglomerado de tiranías. La lucha de las personas inspiradas por el joven comerciante es el de acto de rebeldía que se contrapone al nihilismo político.

3. CRÍTICA AL COMUNISMO

El Hombre Rebelde acabó con la amistad de ALBERT CAMUS y JEAN PAUL SARTRE. La obra advierte que nuestra época es una de “crímenes

¹ Camus rechaza el suicidio porque significa el abandono de la lucha en contra de lo absurdo y no por la santidad de la vida, explicada por SANTO TOMÁS DE AQUINO en *Suma Teológica*, o por la idea kantiana de la dignidad humana (*Fundamentación Metafísica de la Costumbre*).

de lógica” cometidos por intelectuales que convierten a los asesinos en jueces y respaldan “campos de esclavos bajo la bandera de la libertad” y “matanzas justificadas por el amor al hombre”. SARTRE consideró que esta crítica era una afrenta personal hacia él.

El desencuentro entre ALBERT CAMUS y JEAN PAUL SARTRE generó uno de los debates más importantes del pensamiento occidental contemporáneo. La discusión se resume en las visiones antagónicas que cada cual tenía en torno a una misma pregunta: ¿Es justificable la violencia para alcanzar la utopía comunista? CAMUS considera que no: las revoluciones comunistas siempre conducen a la muerte y, por tanto, no son justificables². Rebeldía que él nos propone llevar a cabo no es sinónimo de revolución. El comunismo es, en esencia, una ideología nihilista que traspasa violentamente la dignidad humana. Y siempre será violenta porque pretende aniquilar todos los valores hasta imponer el valor de la sociedad sin clases.

HANNAH ARENDT nos enseña que la violencia es instrumental, siempre busca coaccionar y empieza donde termina el discurso³. Por su parte, WALTER BENJAMIN sostiene el mismo criterio y agrega que una causa se hace violenta cuando incide en las relaciones morales⁴. Si no logra obtener rápidamente su objetivo, la violencia invade la esfera política⁵. La tiranía utiliza la violencia para destruir la dimensión política del hombre. El resultado es la aniquilación violenta de la dignidad humana con el pretexto de luchar contra una utopía comunista.

El nihilismo comunista se entrelaza con el totalitarismo mediante el terror. CAMUS identifica el nihilismo con el poder totalitario de

² Camus distingue entre rebeldía metafísica y rebeldía histórica. La primera representa el fenómeno por el cual el hombre desafía la condición que la ha sido impuesta por un mundo quebrado. Las revoluciones, basadas conjuntamente en las rebeldías históricas y en la rebeldía metafísica, buscan luchar con lo absurdo a través del asesinato. Véase: Enciclopedia de Filosofía de la Universidad de Stanford. En: <https://plato.stanford.edu/entries/camus/>

³ Véase: Hannah ARENDT, *Sobre la Violencia*, Alianza Editorial. Madrid. 2008, p 110

⁴ Véase: Walter, BENJAMIN, *Para una Crítica de la Violencia*. Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1995, p. 13.

⁵ ARENDT propone utilizar cuatro elementos para distinguir política y violencia: el sentido, el fin, la meta y el principio de la acción. El primero se enmarca dentro de la acción; el segundo se origina una vez que ésta concluye; el tercero la orienta; y el último se refiere a la convicción fundamental que la motiva –el honor, la virtud, el miedo, la libertad o la gloria–.

utilizar el terror para reducirnos a un concierto de reflejos de carne y hueso⁶. El terror es la esencia de los totalitarismos. Las dictaduras y autocracias se caracterizan por la falta de Estado de derecho; el totalitarismo, por utilizar el terror como mecanismo de dominación total⁷.

Una vez que llegan al poder, los sistemas totalitarios destruyen todas las instituciones jurídicas, sociales y políticas del Estado: transforman las clases sociales y los partidos políticos en movimientos de masas; impone una ideología elástica y concisa; estructura un centro monolítico de poder; intensifica al máximo el criterio político *schmittiano* “amigo-enemigo”⁸; y politiza todos los aspectos de la vida de los ciudadanos⁹. En el totalitarismo el “poder” es, a la vez, centro de la verdad y fuerza de dominación que —en términos de FOUCAULT— busca crear un “hombre nuevo” y de esta manera controlar por completo a la sociedad¹⁰.

El nihilismo sigue seduciendo al hombre moderno para formar parte de un mundo sin principios y sin Dios, en el que la rebeldía se transforma de desafío a negación y pierde su propósito de inspirar a los demás a luchar por valores transcendentales. ALBERT CAMUS nos invita a no resignarnos, a protestar contra la muerte y, especialmente, a luchar para devolver a la rebeldía su esencia de solidaridad en cadena. Ese es el reto de nuestra época. Sólo si lo cumplimos lograremos un mundo más justo.

⁶ NOVELO, Samantha: *Albert Camus as Political Thinker (Nihilisms and the Concept Politics of Contempt)*. Edit. Plagrave-Macmillan, Londres.

⁷ Véase: ARENDT, Hannah: *The Origins of Totalitarianism*, Harvest. New York, 1976, p. 296.

⁸ Según Carl SCHMITT, lo político se determina por el criterio de distinción amigo-enemigo. Así, mientras lo moral distingue entre bueno y malo, lo económico entre beneficioso y no-beneficioso, lo estético entre belleza y fealdad, lo político se rige por el criterio de distinción amigo-enemigo. Véase, Carl, Schmitt, *El concepto de lo político (texto de 1932)*, p. 56-64. Versión consultada en www.lectulandia.com

⁹ Las características de los regímenes totalitarios han sido explicadas por el politólogo español Juan Linz Véase: LINZ, Juan J: *Totalitarian and Authoritarian Regimes*. Lynne-Rienner Publishers. London, p. 67-71.

¹⁰ Václav HAVEL, escritor y político checo (último presidente de Checoslovaquia y primer presidente de la República Checa), explica en la obra *El Poder de los Sin Poder*, que el totalitarismo impone una ideología elástica y concisa, una especie de religión dogmática que identifica el centro de poder con el centro de la verdad. Véase: HAVEL, Václav: *El poder de los Sin Poder*. Versión consultada en www.lectulandia.com

El pasado cuatro de enero se cumplieron seis décadas del trágico fallecimiento de ALBERT CAMUS. Su legado al pensamiento contemporáneo nos enseña que todo escritor no es más que un artista de reflexiones honestas con un profundo compromiso de colocarse del lado de los hombres que sufren la historia y no de los que la hacen.”¹¹.

RESUMEN

El tema de este ensayo es el pensamiento político del escritor francés Albert Camus, premio Nobel de Literatura en 1957. Explicamos sus ideas sobre lo absurdo, su rechazo del suicidio y su noción de rebeldía. Adicionalmente, abordamos el proceso de reflexión que lo llevó a adoptar una visión crítica del comunismo y de los intelectuales que contribuyeron a justificar crímenes para imponer los dogmas marxistas. En este sentido, nos referimos al debate que Camus tuvo con su antiguo amigo Jean Paul Sartre. Nuestra conclusión es que el tiempo le ha dado la razón a Camus. Su lúcida advertencia del reto del hombre moderno de rebelarse contra la opresión y la injusticia de nuestro mundo nihilista sigue teniendo vigencia a seis décadas de su fallecimiento.

¹¹ Véase discurso de Albert Camus en el banquete de entrega del premio Nobel de Literatura en 1957. En: <https://www.nobelprize.org/prizes/literature/1957/camus/25232-albert-camus-banquet-speech-1957/>

ACUERDOS

**CREACIÓN DE LA ORDEN
ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
"JUAN GERMÁN ROSCIO"**



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CONSIDERANDO

Que de conformidad con el artículo 10 de la Ley sobre Academia de Ciencias Políticas y Sociales del 13 de agosto de 1924, la Academia tiene el deber de honrar la memoria de las personas prominentes que hayan prestado servicios notables en la creación y desenvolvimiento del derecho patrio o de las ciencias políticas y sociales en general.

CONSIDERANDO

Que el Doctor Juan Germán Roscio, como representante del pueblo en el Cabildo que se celebró en Caracas a raíz de los sucesos del 19 de abril de 1810, y posteriormente como Secretario de Relaciones Exteriores de la Junta Conservadora de los derechos de Fernando VII fue el principal redactor del Acta de Independencia del 05 de julio de 1811 para la constitución de la República de Venezuela.

CONSIDERANDO

Que el Doctor Juan Germán Roscio, como diputado electo por Villa de Calabozo en el Congreso Constituyente de Venezuela, fue redactor de la primera Constitución de Venezuela en 1811, cuyo principal propósito fue la independencia absoluta del país y la escogencia de la forma federativa para la organización del Estado en su constitución política.

CONSIDERANDO

Que el Doctor Juan Germán Roscio fue presidente del Congreso de Angostura, en el cual se sancionó la Constitución de 1819, vicepresidente del Departamento de Venezuela y vicepresidente de la Gran Colombia.

CONSIDERANDO

Que el Doctor Juan Germán Roscio fue un defensor de la libertad y de los valores e ideales republicanos de nuestro país consagrados, con su intervención decisiva, en los textos constitucionales de Venezuela de 1811 y 1819, entre los cuales resaltan: la soberanía, la independencia y la insubordinación contra la tiranía.

CONSIDERANDO

Que el Doctor Juan Germán Roscio fue un ilustre jurista y se desempeñó como profesor en la cátedra de instituta en la Universidad de Caracas.

ACUERDA:

- 1°. Crear la Orden Academia de Ciencias Políticas y Sociales "Juan Germán Roscio"
- 2°. La Orden "Juan Germán Roscio" está destinada a honrar y premiar los méritos de las personas, venezolanas o extranjeras, que se destaquen de manera sobresaliente en el ejercicio profesional de las ciencias jurídicas, políticas y sociales, la docencia, la investigación o la vida cívica.
- 3°. La Orden "Juan Germán Roscio" comprende una clase única. Se caracterizará por una medalla dorada de forma ovalada con la efigie del Doctor Juan Germán Roscio, su nombre y la fecha de promulgación del Acuerdo a través de la cual se creó, junto con la inscripción: "Academia de Ciencias Políticas y Sociales". Asimismo, en el reverso tendrá el Escudo de Armas y la inscripción de

la República Bolivariana de Venezuela. Dicha medalla penderá de una cinta roja, con una medida de ancho y largo suficientes para ser prendida al pecho y será entregada conjuntamente con su respectivo botón. La Orden "Juan Germán Roscio" deberá ir acompañada de un Diploma de la Orden en el que se especificará el motivo del otorgamiento y que contendrá las menciones que defina este Acuerdo.

- 4° El presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales podrá, cuando lo estime pertinente, proponer candidato para recibir la Orden "Juan Germán Roscio". La postulación deberá ser presentada ante el Consejo de la Orden a través de comunicación escrita suscrita por el Presidente, en la cual se expresará el nombre, apellido y residencia del candidato y la exposición de los motivos y razones de los méritos que justifican la postulación. La postulación deberá estar acompañada del curriculum vitae de la persona propuesta.
- 5° No podrán ser propuestos para recibir la "Orden" los Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- 6° El Consejo de la Orden "Juan Germán Roscio" estará integrado por todos los ex presidentes de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y el Secretario de la Corporación, quien actuará como Secretario del Consejo y coordinará sus actividades.
- 7° Son atribuciones del Consejo de la Orden:
 - 1) Recibir la propuesta presentada por el presidente de la Academia y analizar las credenciales y méritos del postulado.
 - 2) Elaborar un informe suficientemente motivado y razonado sobre los méritos del postulado, el cual debe ser remitido dentro de los quince días hábiles siguientes al Presidente de la Academia, quien, a su vez, lo presentará en la siguiente sesión ordinaria de la Academia, en la cual se tomará la decisión al respecto.
 - 3) Velar por el cumplimiento de este Acuerdo.
- 8° El Consejo de la Orden sesionará válidamente, previa convocatoria realizada por el Secretario de la Orden, con la presencia de una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros. Los miembros del Consejo de la Orden, a excepción de su Secretario, podrán hacerse presentes, deliberar y votar válidamente, a través de medios

electrónicos. Las decisiones del Consejo de la Orden se tomarán por unanimidad.

- 9° En la sesión ordinaria en la cual se fuere a discutir el otorgamiento de la Orden, el Presidente informará sobre la propuesta realizada y expondrá los motivos y méritos del postulado para recibir la Orden "Juan Germán Roscio. Luego, el Secretario procederá a leer el informe elaborado por el Consejo de la Orden, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de este Acuerdo y, finalmente, se procederá a la votación.
- 10° Una vez escogida la persona que haya de recibir la Orden "Juan Germán Roscio", se le hará la correspondiente participación por escrito y se le convocará a la sesión solemne especialmente convocada para el otorgamiento de la medalla, el botón respectivo y el diploma de la Orden.
- 11° El Diploma de la Orden será firmado por el Presidente y el Secretario de la Academia y estará redactado en los siguientes términos:

**LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
EXPIDE EL SIGUIENTE DIPLOMA**

A _____

Como constancia de habérsele conferido la
ORDEN JUAN GERMÁN ROSCIO
según Acuerdo de fecha ____ de ____ de ____.

Dado en Caracas, a los ____ días del mes de ____ de ____.

El Presidente

El Secretario

- 12° En cada número del Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales se publicará la nómina de las personas a quienes se les hubiere otorgado la Orden "Juan Germán Roscio".

13° Se acuerda divulgar el presente Acuerdo y entregar copia del mismo a los distinguidos académicos.

Dado en el Palacio de las Academias, a los _____ días del mes de _____ de dos mil _____.

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

ACUERDO DE JÚBILO

**POR EL PREMIO OTORGADO DE *BEST SMALL
DELEGATION* A LA DELEGACIÓN
DEL COLEGIO SAN IGNACIO DE LOYOLA,
CHACAO, ESTADO MIRANDA, CON OCASIÓN
DE SU MUY DESTACADA PARTICIPACIÓN
EN LA SEXAGÉSIMA SEXTA (66ª) SESIÓN DEL
HARVARD MODEL UNITED NATIONS (HMUN),
CAMBRIDGE, ESTADO DE MASSACHUSETTS,
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CONSIDERANDO

Que la Delegación del Colegio San Ignacio de Loyola, Chacao, estado Miranda, ha recibido el premio de *Best Small Delegation* con ocasión de su muy destacada participación en la sexagésima séptima sesión del Modelo de las Naciones Unidas de la Universidad de Harvard (HMUN), Cambridge, estado de Massachusetts, Estados Unidos de América, que tuvo lugar entre los días 30 de enero y 2 de febrero de 2020;

CONSIDERANDO

Que la Delegación del Colegio San Ignacio de Loyola recibió el antes mencionado premio que la reconoce como la mejor delegación del mundo en su categoría, comprendiendo un total de más de cuatro mil delegados, correspondientes a 278 colegios, incluidos los del país anfitrión, y provenientes de cincuenta países;

CONSIDERANDO

Que el premio recibido por la Delegación del Colegio San Ignacio de Loyola es un nuevo reconocimiento a los estudiantes de dicho plantel educativo, quienes con su esfuerzo y dedicación, y con el apoyo de sus padres, representantes, asesores, profesores y autoridades, alcanzan una distinción sin precedentes, que honra la capacidad de trabajo y estudio de la juventud venezolana, demostrando que la constancia en el

trabajo y el estudio es el camino más seguro para consolidar un país que busca un mejor destino enmarcado en el respeto y la convivencia democrática en el escenario universal;

ACUERDA

- 1°. Asociarse al inmenso júbilo que embarga al Colegio San Ignacio de Loyola de esta ciudad con ocasión del referido premio recibido por sus estudiantes y asesores;
- 2°. Darle difusión a este Acuerdo, publicarlo en el Boletín de nuestra Academia y entregarles a los representantes de la Delegación del Colegio San Ignacio de Loyola una copia caligrafiada del mismo en acto público que se convocará al respecto.

Dado, firmado y sellado en el Salón de Sesiones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales a los seis días del mes de febrero de dos mil veinte. -

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

**POR EL PREMIO OTORGADO DE MEJOR
DELEGACIÓN INTERNACIONAL
A LA DELEGACIÓN DE LA UNIDAD
EDUCATIVA ACADEMIA MÉRICI,
CON OCASIÓN DE SU PARTICIPACIÓN
EN LA SEXAGÉSIMA SEXTA (66ª) SESIÓN DEL
HARVARD MODEL UNITED NATIONS (HMUN),
CAMBRIDGE, ESTADO DE MASSACHUSETTS,
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CONSIDERANDO

Que la Delegación de la Unidad Educativa Academia Mérici, Chacao, estado Miranda, ha recibido el premio de Best International Delegation con ocasión de su muy destacada participación en la sexagésima séptima sesión del Modelo de las Naciones Unidas de la Universidad de Harvard (HMUN), Cambridge, estado de Massachusetts, Estados Unidos de América, que tuvo lugar entre los días 30 de enero y 2 de febrero de 2020;

CONSIDERANDO

Que la Delegación de la Unidad Educativa Academia Mérici recibió el antes mencionado premio que la reconoce como la mejor delegación del mundo en su categoría, comprendiendo un total de más de cuatro mil delegados, correspondientes a 278 colegios, incluidos los del país anfitrión, y provenientes de cincuenta países;

CONSIDERANDO

Que el premio recibido por la Delegación de la Unidad Educativa Academia Mérici es un nuevo reconocimiento a los estudiantes de dicho plantel educativo, quienes con su esfuerzo y dedicación, y con el apoyo de sus padres, representantes, asesores, profesores y autoridades, alcanzan una distinción muy importante que honra la capacidad de trabajo

y estudio de la juventud venezolana, demostrando que la constancia en el trabajo y el estudio es el camino más seguro para consolidar un país que busca un mejor destino enmarcado en el respeto y la convivencia democrática en el escenario universal;

ACUERDA

- 1°. Asociarse al inmenso júbilo que embarga a la Unidad Educativa Academia Mérici de esta ciudad con ocasión del referido premio recibido por sus estudiantes y asesores;
- 2°. Darle difusión a este Acuerdo, publicarlo en el Boletín de nuestra Academia y entregarle a los representantes de la Delegación de la Unidad Educativa Academia Mérici una copia caligrafiada del mismo en acto público que se convocará al respecto.

Dado, firmado y sellado en el Salón de Sesiones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales a los seis días del mes de febrero de dos mil veinte. -

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

**POR EL PREMIO OTORGADO DE MEJOR
DELEGACIÓN INTERNACIONAL
A LA DELEGACIÓN DE LA UNIVERSIDAD
METROPOLITANA (METROMUN),
EN LA SEXAGÉSIMA SEXTA (66ª) SESIÓN DEL
HARVARD MODEL UNITED NATIONS (HMUN),
CAMBRIDGE, ESTADO DE MASSACHUSETTS,
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CONSIDERANDO

Que el Consejo de Relaciones Internacionales de la Universidad de Harvard celebró, entre el 30 de enero y el 2 de febrero de 2020 en la ciudad de Boston, Massachusetts, la 66ª Sesión del Harvard *Model United Nations*, el evento más antiguo del mundo en su tipo, con la participación de más de tres mil estudiantes de cincuenta y siete países;

CONSIDERANDO

Que en dicho evento, la representación de la Universidad Metropolitana de Caracas obtuvo el premio como Mejor Delegación Internacional, por ser aquella con el mayor número de delegados premiados;

CONSIDERANDO

Qué este reconocimiento al equipo de estudiantes de METRO-MUN de la Universidad Metropolitana de Caracas viene a sumarse a los obtenidos en certámenes anteriores por los de otras universidades nacionales y en este mismo, en su categoría, por los de institutos de educación media, lo cual es un significativo indicador del nivel de formación y preparación, así como del afán de búsqueda de la excelencia en condiciones adversas por parte de nuestros jóvenes;

ACUERDA

1. Expresar el júbilo de esta corporación por este premio obtenido por la delegación de estudiantes de la UNIVERSIDAD METROPOLITANA de Caracas.
2. Felicitar a la mencionada delegación estudiantil, en especial a quienes obtuvieron menciones personales como Elogio Diplomático, Delegado Excepcional y Mención Honorífica y animarlos a que sigan adelante en los estudios, la dedicación y el trabajo en equipo, en la defensa de los valores personales y sociales que cimentan nuestra esperanza en el futuro de Venezuela.
3. Felicitar a la UNIVERSIDAD METROPOLITANA de Caracas por este logro que enorgullece y estimula a toda la comunidad universitaria.

En Caracas, a los 18 días del mes de marzo de 2020

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

**POR CUMPLIRSE, EL DÍA 23 DE MAYO DE 2020,
LOS CIEN AÑOS DEL NACIMIENTO DEL
DR. JOSÉ SANTIAGO NÚÑEZ ARISTIMUÑO,
EN LA CIUDAD DE MATURÍN,
ESTADO MONAGAS**



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CONSIDERANDO

Que es deber de esta Academia honrar la memoria de los hombres prominentes de la República que hayan prestado servicios notables en la creación y desenvolvimientos del Derecho patrio o de las Ciencias Políticas y Sociales en general;

CONSIDERANDO

Que el Doctor José Santiago Núñez Aristimuño fue un venezolano integral, orgulloso de sus orígenes, notable hombre público, correcto magistrado, autor de importante obra jurídica y abogado de merecida fama;

CONSIDERANDO

Que el Doctor José Santiago Núñez Aristimuño fue electo Individuo de Número de esta Academia en sesión del día 31 de mayo de 1985, incorporado el día 29 de octubre de 1986, ocupando con dignidad el Sillón No. 11 de esta Academia hasta la fecha de su sensible fallecimiento, ocurrido en Caracas el día 21 de febrero de 2005;

CONSIDERANDO

Que el próximo día 23 del mes corriente se cumplen cien años de su nacimiento en la ciudad de Maturín, estado Monagas;

ACUERDA

- 1º Declarar motivo de júbilo dicha efeméride;
- 2º Recordar la vida y obra del doctor José Santiago Núñez Aristimuño, en especial su aporte intelectual como servidor público en la defensa del Estado de Derecho en Venezuela, según el programa que fije esta Academia al respecto;
- 3º Dedicarle el próximo número del Boletín de esta Academia, en donde se publicará este Acuerdo de Júbilo y darle difusión a través de los medios de comunicación.

Dado, firmado y sellado en el salón de sesiones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a los 19 días del mes de mayo de 2020

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

**POR CUMPLIRSE, EL 1º DE ABRIL DE 2020,
LOS CIEN AÑOS DEL NACIMIENTO DEL DR.
VÍCTOR MANUEL GIMÉNEZ LANDÍNEZ,
EN EL ESTADO YARACUY**



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CONSIDERANDO

Que el pasado 1° de abril se cumplieron 100 años del nacimiento en el estado Yaracuy del Doctor Víctor Manuel Giménez Landínez;

CONSIDERANDO

Que el Doctor Víctor Manuel Giménez Landínez fue factor fundamental en la elaboración y puesta en vigencia, en 1960, de la novedosa Ley de Reforma Agraria, que incorporó a la justa tenencia de la tierra el derecho al crédito, a la asistencia técnica y a mejores condiciones de vida para el campesinado;

CONSIDERANDO

Que el Doctor Víctor Manuel Giménez Landínez fue profesor titular de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello, instituciones académicas en las cuales fundó la cátedra de Derecho Agrario. Actividad que complementó con su desempeño como profesor contratado de las Universidades de Roma, Florencia y Varsovia;

CONSIDERANDO

Que el Doctor Víctor Manuel Giménez Landínez desarrolló una larga carrera pública, caracterizada por su espíritu democrático, la honestidad en el ejercicio de sus funciones y su esfuerzo por atender a los grupos sociales más necesitados del sector agrario venezolano. Carrera que lo llevó, entre otros cargos, a desempeñarse como Ministro de Agricultura y Cría, Presidente del Instituto Agrario Nacional, Presidente del Fondo de Crédito Agropecuario y Embajador ante la OEA;

CONSIDERANDO

Que el Doctor Víctor Manuel Giménez Landínez dedicó su vida al desarrollo rural integrado del país, habiendo sido factor principal en decisiones cruciales para su crecimiento y consolidación;

CONSIDERANDO

Que el Doctor Víctor Manuel Giménez Landínez tuvo una importante participación en instituciones internacionales consagradas al estudio del desarrollo rural, tales como la oficina regional de la FAO para América Latina y el programa de desarrollo agrícola y reforma agraria de la OEA, del cual fue su director;

CONSIDERANDO

Que el Doctor Víctor Manuel Giménez Landínez fue una figura destacada en el sector académico dedicado al estudio del Derecho Agrario, lo cual fue reconocido con su nombramiento como Individuo de Número del Instituto de Derecho Agrario Internacional Comparado, con sede en Florencia, Italia;

ACUERDA

Primero: Unirse al júbilo nacional por la celebración del centenario del nacimiento del Doctor Víctor Manuel Giménez Landínez, una de las figuras más importantes del Derecho Agrario venezolano.

Segundo: Realizar un evento en la sede de la Academia para exaltar la trayectoria política y jurídica del Doctor Víctor Manuel Giménez Landínez y darla a conocer a las nuevas generaciones de venezolanos.

Tercero: Dar difusión al presente acuerdo y al evento a realizar.

Dado y firmado en sesión virtual de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, del 19 de mayo de 2020

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

**ACUERDO INTERACADÉMICO DE JÚBILO
CON OCASIÓN DE QUE EL SUMO PONTÍFICE
FRANCISCO, EN FECHA 19 DE JUNIO DE 2020,
PROMULGÓ EL DECRETO DE BEATIFICACIÓN
DEL DR. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ**

ACUERDO INTERACADEMICO DE JÚBILO

**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 Nacional de la Ingeniería y el Hábitat**

CONSIDERANDO

Que el Sumo Pontífice Francisco, en fecha 19 de junio de 2020, promulgó el Decreto de Beatificación del Dr. José Gregorio Hernández, en virtud del cual la Iglesia Católica le reconoce la gloria del cielo, siendo digno de culto gracias a las virtudes que este poseía y se proclama que el beato ha llevado una vida virtuosa y santa, paso previo y decisivo en el proceso para su declaratoria de santidad;

CONSIDERANDO

Que el Beato Dr. José Gregorio Hernández fue Individuo de Número fundador de la Academia de la Medicina, ocupando el Sillón XX-VIII en dicha Corporación;

CONSIDERANDO

Que el Beato Académico Dr. José Gregorio Hernández fue un dedicado docente e investigador, egresado de la Universidad Central de

Venezuela, donde se graduó con honores y creó el primer laboratorio científico de Venezuela y el primer laboratorio de fisiología experimental de Caracas; especialista en microbiología, fisiología experimental, histología, bacteriología y microscopía siendo considerado el impulsor y pionero de la docencia científica;

CONSIDERANDO

Que el Beato Académico Dr. José Gregorio Hernández puso al servicio de los más necesitados, con profesionalismo, dedicación y amor, su conocimiento médico y su 2 amplio conocimiento en las artes y los idiomas, dedicando su vida y su profesión para dar vida a los otros, siendo un ejemplo de esfuerzo y servicio;

CONSIDERANDO

Que la beatificación del Dr. José Gregorio Hernández tiene una gran relevancia y significado para la Iglesia Católica, los ciudadanos venezolanos y las Academias Nacionales, por tratarse de un reconocimiento explícito a los valores y virtudes de un ciudadano ejemplar, modelo para la Venezuela del presente y de futuro, todos los cuales estamos llenos de gozo;

ACUERDA

Primero: Manifestar su júbilo por la beatificación del Académico Dr. José Gregorio Hernández, quien es referencia espiritual, moral e intelectual para las Academias y el país, cumpliendo una importante labor que nos enaltece y de la cual nos sentimos orgullosos.

Segundo: Hacerle entrega de este Acuerdo de Júbilo a la Iglesia Católica, por intermedio de su Eminencia Baltazar Cardenal Porras, Administrador Apostólico de la Arquidiócesis de Caracas, en próxima Sesión Conjunta de las Academias, en el Paraninfo del Palacio de las Academias y hacer público el mismo.

En el Palacio de las Academias, a los 19 días del mes de junio de 2020

Dr. Horacio Biord Castillo

Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Dra. Carole Leal Curiel

Directora de la Academia Nacional de la Historia

Dr. Leopoldo Briceño-Iragorri Calcaño

Presidente de la Academia Nacional de Medicina

Dr. Humberto Romero-Muci

Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Dra. Mireya R. Goldwasser

**Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas
y Naturales**

Dr. Luis Mata Molleja

Presidente de las Academia Nacional de Ciencias Económicas

Ing. Eduardo Buróz

Presidente de la Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat

**POR LOS CUARENTA AÑOS
DE ININTERRUMPIDA LABOR EDITORIAL
DE LA REVISTA DE DERECHO PÚBLICO,
PUBLICADA POR LA EDITORIAL JURÍDICA
VENEZOLANA Y CON EL AUSPICIO
DE LA FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO**



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ACUERDO DE JÚBILO

CONSIDERANDO

Que la Revista de Derecho Público, publicada por la Editorial Jurídica Venezolana y con el auspicio de la Fundación de Derecho Público, cumple cuarenta años de interrumpida labor editorial;

CONSIDERANDO

Que la Revista de Derecho Público desde su primera entrega, en el trimestre enero-marzo de 1980, hasta el último trimestre de 2019, ha editado 160 números en los cuales se han publicado innumerables artículos y comentarios monográficos en el ámbito del derecho público, lo que ha contribuido notablemente a la divulgación y al desarrollo del pensamiento doctrinario del País; ha aportado valiosa información y comentarios legislativos y jurisprudenciales y se han reseñado libros, revistas e informes;

CONSIDERANDO

Que la Revista de Derecho Público ha cumplido una labor de suprema utilidad para el estudio y desarrollo del derecho público en Venezuela y ha contribuido a la formación de estudiantes y abogados y constituyéndose en una herramienta indispensable para abogados, juristas y profesores especialista en este ámbito del derecho y para los jueces y magistrados de la jurisdicción constitucional y contenciosa administrativa;

CONSIDERANDO

Los beneficios que ha aportado la Revista de Derecho Público a las ciencias jurídicas, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, las universidades del país y sus facultades de derecho y el foro jurídico en general debe reconocer sus méritos y extraordinaria calidad editorial y promover su difusión;

CONSIDERANDO

Que la Revista de Derecho Público ha sido la lo largo de sus años la obra del arduo y abnegado trabajo de su Director, Académico Allan Brewer-Carías, de su actual Sub Director, Profesor José Ignacio Hernández, de su infatigable y admirable Secretaria de Redacción, Mary Ramos Fernández, y ha contado con la colaboración de los miembros de su Consejo de Redacción, Comité Asesor y Consejo Consultivo, conformado por profesores y académicos de valía nacional e internacional.

ACUERDA

Primero: Manifestar su júbilo por la celebración de los primeros cuarenta años de la Revista de Derecho Público, y reconocer la labor de suprema utilidad e innumerables beneficios que ha aportado al derecho público venezolano y a la ciencia jurídica en general.

Segundo: Hacerle entrega de este Acuerdo de Júbilo a la Revista de Derecho Público por intermedio de su Director, Académico Allan Brewer-Carías, de su Sub Director, Profesor José Ignacio Hernández y de su Secretaria de Redacción, Mary Ramos Fernández, en próxima Sesión de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y hacer público el mismo.

En Caracas, a los 23 días del mes de junio de 2020

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

ACUERDOS DE DUELO

**POR EL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL DR. PEDRO NIKKEN,
EN LA CIUDAD DE CARACAS,
EL DÍA 09 DE DICIEMBRE DE 2019,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE ESTA CORPORACIÓN, SILLÓN N° 9**



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CONSIDERANDO

Que en el día 9 de diciembre de 2019 falleció en la ciudad de Caracas, el ilustre intelectual y jurista venezolano, Doctor Pedro Nikken;

CONSIDERANDO

Que el Doctor Pedro Nikken fue destacado Individuo de Número de esta Corporación desde su incorporación en el año 1997, a la cual prestó entusiasta, permanente y eficaz colaboración en el desarrollo de las actividades que le son propias;

CONSIDERANDO

Que el Doctor Pedro Nikken fue uno de los juristas venezolanos más destacados en el Derecho internacional y en particular en el Derecho internacional de los derechos humanos, habiéndose desempeñado como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual además presidió, contribuyendo notablemente a sentar las bases de la jurisprudencia de dicha Corte, la cual aún sigue vigente; que así mismo, se desempeñó como Presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, habiendo consolidado la proyección hemisférica de dicha institución académica; y que posteriormente se desempeñó como Presidente de la Comisión Internacional de Juristas, siendo decisivo para la consolidación institucional de dicha organización a nivel mundial;

CONSIDERANDO

Que el Doctor Pedro Nikken fue Decano y Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela en pregrado y postgrado en Derecho civil e internacional; y que así mismo fue profesor invitado y dictó diversos cursos, clases y conferencias en universidades y centros académicos tanto en Venezuela como en exterior;

CONSIDERANDO

Que el Doctor Pedro Nikken se destacó internacionalmente en materia de negociación y resolución de conflictos, habiéndose desempeñado como asesor jurídico ad-hoc del Secretario General de las Naciones Unidas para las negociaciones de paz del conflicto armado en El Salvador; fue además Miembro de la Comisión Negociadora Venezolana de áreas marinas y submarinas con Colombia y con Francia; Miembro del Tribunal Arbitral Argentino-Chileno para el caso llamado La Laguna del Desierto; y que también se desempeñó como árbitro internacional en varios Tribunales Arbitrales de CIADI/ICSID (Banco Mundial) y de la CNUDMI/UNCITRAL; y

CONSIDERANDO

Que el Doctor Pedro Nikken destacó en el libre ejercicio de la profesión de abogado en defensa de los derechos humanos, del Derecho internacional público y el Derecho civil, de manera consecuente con los valores morales y los principios de la ética profesional;

ACUERDA

Primero: Declarar motivo de duelo para esta Academia el fallecimiento del Doctor Pedro Nikken;

Segundo: Guardar un minuto de silencio en homenaje a la memoria de tan ilustre venezolano en la sesión de la Academia; y

Tercero: Divulgar el presente acuerdo y entregar copia del mismo a sus distinguidos familiares.

Dado en Caracas, a los 21 días del mes de enero de 2020

Humberto Romero-Muci
Presidente

Julio Rodríguez Berrizbeitia
1er.Vice-presidente

Luciano Lupini Bianchi
2do.Vice-Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

Cecilia Sosa Gómez
Tesorera

Carlos Ayala Corao
Bibliotecario

**POR EL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL ILUSTRE JURISTA VENEZOLANO,
DR. ALÍ JOSÉ VENTURINI VILLAROEL,
EN LA CIUDAD DE CARACAS,
EL DÍA 10 DE DICIEMBRE DE 2019**



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CONSIDERANDO

Que el día 10 de diciembre de 2019 falleció en esta ciudad de Caracas el ilustre jurista venezolano Dr. Alí José Venturini Villaroel;

CONSIDERANDO

Que el Dr. Alí José Venturini Villaroel fue un brillante especialista en derecho agrario y, en derecho procesal civil, no solo por su formación en dichas materias, sino también por los múltiples textos publicados al respecto, destacando entre ellas el emblemático libro intitulado “*Derecho Agrario Venezolano*”;

CONSIDERANDO

Que el Dr. Alí José Venturini Villaroel cumplió una elevada función pedagógica como profesor universitario en las Universidades Central de Venezuela, Católica Andrés Bello y Santa María y, también, en las Universidades de Los Andes, Mérida; Unellez, en Barinas; y en las de San José de Costa Rica y Politécnica de Madrid;

CONSIDERANDO

Que Dr. Alí José Venturini Villaroel cumplió una acertada función periodística siendo el fundador del Diario Judicial de Caracas y

colaborador asiduo y constante de los periodicos El Universal, El Diario de Caracas, El Globo y La Razón;

CONSIDERANDO

Que Dr. Alí José Venturini Villaroel fue un ciudadano digno, que contribuyó incansablemente al desarrollo y progreso de las ciencias sociales, al fortalecimiento de los valores democráticos y de los derechos humanos en la sociedad venezolana;

CONSIDERANDO

Que el Dr. Alí José Venturini Villaroel construyó con su esposa Neysa Amarylis González un hogar ejemplar integrado por sus hijos Fernando José, Alí José y María Auxiliadora Venturini Gonzalez;

ACUERDA

Primero: Lamentar profundamente el fallecimiento del Dr. Alí José Venturini Villarroel.

Segundo: Guardar un minuto de silencio en su memoria en la sesión de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales que tenga lugar una vez publicado el presente Acuerdo.

Tecero: Designar a la académica Hildegard Rondon de Sanso para que en la sesión de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales que tenga lugar una vez publicado el presente Acuerdo pronuncie unas palabras en memoria del Dr. Ali Jose Venturini Villaroel

Cuarto: Entregar el presente Acuerdo a su esposa Neysa González de Venturini y a sus hijos Fernando José, Alí José y María Auxiliadora.

Dado en Caracas, en la Sala de Sesiones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 21 de enero de 2020

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

**POR EL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL DR. ASDRÚBAL BAPTISTA TROCONIS,
MIEMBRO FUNDADOR,
INDIVIDUO DE NÚMERO Y EX PRESIDENTE
DE LA ACADEMIA NACIONAL
DE CIENCIAS ECONÓMICAS**



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

CONSIDERANDO

Que el día 25 de junio del presente año falleció el Doctor Asdrúbal Baptista Troconis, miembro fundador, individuo de número y ex presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas;

CONSIDERANDO

Que el Académico Asdrúbal Baptista Troconis fue un destacado intelectual, economista y abogado, profesor titular en la Universidad de Los Andes y en el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA);

CONSIDERANDO

Que el Académico Asdrúbal Baptista Troconis tuvo una muy relevante actividad académica fuera de Venezuela, como profesor en la Universidad de Harvard, y en las Universidades de Oxford y Cambridge en el Reino Unido, donde ocupó las cátedras “Andrés Bello” y “Simón Bolívar”, respectivamente;

CONSIDERANDO

Que el Académico Asdrúbal Baptista Troconis fue autor de una valiosa obra en las ciencias económicas y, en particular, en temas de trascendental importancia para el país en materia Petrolera y de historia de las finanzas públicas;

CONSIDERANDO

Que el Académico Asdrúbal Baptista Troconis ocupó importantes cargos en el servicio público, como Ministro de Estado para la Reforma de la Economía Venezolana y Director del Banco Central de Venezuela, donde fue también Editor Jefe de su Revista;

CONSIDERANDO

Que la labor realizada en las aulas por el profesor Baptista es recordada con respeto y admiración por las varias generaciones de venezolanos que tuvieron la oportunidad de contar en su formación con su sólido apoyo académico;

CONSIDERANDO

Que el Académico Asdrúbal Baptista Troconis fue un intelectual venezolano de renombre internacional y también un sabio humanista integral preocupado por las inquietudes e interrogantes del ser humano actual;

CONSIDERANDO

Que el Académico Asdrúbal Baptista Troconis fue una persona de valores éticos, familiares y ciudadanos que practicó íntegramente durante su vida, siendo un profesional, un intelectual, un padre de familia y un ciudadano virtuoso y ejemplar;

ACUERDA

Primero: Manifestar su más profundo pesar por el fallecimiento del Académico Asdrúbal Baptista Troconis, una gran figura de la Academia venezolana y un ciudadano ejemplar.

Segundo: Manifestar a la Academia Nacional de Ciencias Económicas su pesar por la pérdida de uno de sus más ilustres miembros.

Tercero: Manifestar a la familia del Académico Asdrúbal Baptista Troconis el sentimiento de esta Corporación por tan sensible pérdida y entregarle copia de este acuerdo.

Cuarto: Hacer público el presente acuerdo de duelo.

Dado en Caracas, en la Sala de Sesiones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 25 de junio de 2020

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

IN MEMORIAM

**PALABRAS PRONUNCIADAS
POR EL ACADÉMICO
PROF. CARLOS AYALA CORAO,
EN LA SESIÓN ORDINARIA DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
EL DÍA 21 DE FEBRERO DE 2020,
CON MOTIVO DEL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL ACADÉMICO DR. PEDRO NIKKEN**

PALABRAS DEL ACADÉMICO CARLOS AYALA CORAO CON OCASIÓN DEL FALLECIMIENTO DEL ACADÉMICO *PEDRO NIKKEN*

Siempre es difícil despedir a un jurista ejemplar, a uno de nuestros académicos, pero aún más difícil es despedir a un amigo como Pedro Nikken, quien falleció el pasado día 9 de diciembre de 2019 en la ciudad de Caracas. Desde su incorporación a esta Academia, el Dr. Pedro Nikken le dio brillo y prestancia a esta Corporación, siendo un académico entusiasta y eficaz colaborador en el desarrollo de sus actividades. (En adelante me referiré a la persona del Dr. Pedro Nikken, como Pedro Nikken o simplemente Nikken. En un foro más informal me habría referido a él sencillamente como Pedro).

Pedro Nikken fue un hombre de bien, un hombre de los derechos humanos y un hombre de paz. Consecuente con ello, quiero recordar las palabras con las que el doctor Pedro Nikken inició su discurso de incorporación como Individuo de Número de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 18 de noviembre de 1997, habiendo presentado su trabajo de incorporación sobre *“La construcción de la paz sobre los derechos humanos y las lecciones que pueden recibirse de la acción creativa y novedosa de las Naciones Unidas, en pos de la terminación de conflictos armados que asolaron América Central, particularmente en El Salvador y Guatemala”*. Sus palabras iniciales fueron las siguientes:

“Vengo a hablar sobre la paz. Sobre la paz resultante de la guerra. Sobre la paz que no es apaciguamiento sino genuina conquista de la esperanza; y cuando esa conquista se edifica sobre un propósito mancomunado de recuperar para un pueblo la justicia, la libertad y, sobre todo, la dignidad, la paz es paradigma de la política”.

Esa dedicación a la negociación de la paz para lograr la convivencia, el respeto de los derechos humanos, la democracia, la justicia y el Estado de Derecho, ocupó a Pedro Nikken buena parte de su vida. Su aproximación al tema fue tanto de la dimensión teórica de la elaboración de los fundamentos filosóficos, jurídicos y deontológicos de la paz; como en la dimensión práctica de la negociación con los actores en el terreno.

Pedro Nikken fue asesor jurídico ad-hoc del Secretario General de las Naciones Unidas para las negociaciones de paz del conflicto armado en El Salvador y, posteriormente, entre 1992-1995, fue designado Experto Independiente de las Naciones Unidas para asistir en los temas sobre derechos humanos en El Salvador. Nikken se maravillaba y, nos maravillaba a todos, al contarnos sus hazañas en ese proceso de paz, y de cómo, los acuerdos políticos que iban logrando en la mesa entre las partes (el gobierno y la guerrilla salvadoreña), él los elaboraba y transcribía en su computador portátil, luego eran suscritos y enviados a San Salvador y de inmediato eran aprobados por el Congreso y el Presidente de esa República, a través de modificaciones constitucionales, leyes y decretos. Ese proceso de paz exitoso, después de cientos de miles de muertos en la guerra, había dejado convencido a Nikken de que la negociación política es la mejor alternativa frente a los conflictos armados; por lo que, siempre debía negociarse un acuerdo antes y no después de la tragedia de los muertos del conflicto. Pero al mismo tiempo, Nikken advertía que la negociación sólo es viable, cuando se hace *bona fide* entre las partes y, cuenta con los mecanismos que permitan garantizar la ejecución fiel de los acuerdos alcanzados.

Pedro Nikken fue uno de los juristas venezolanos más destacados -si no el que más- en el Derecho internacional de los derechos humanos, habiéndose desempeñado como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre los años 1980-1989, la cual además presidió entre los años 1983 a 1985, contribuyendo notablemente a sentar las bases de su jurisprudencia. Entre esta jurisprudencia, vale la pena destacar, su activa participación y liderazgo, junto con el juez Buerghental, en la elaboración de las primeras sentencias de un caso contencioso ante esa Corte, como lo fue el caso “Velásquez Rodríguez vs Honduras”. Tanto la sentencia sobre excepciones preliminares, relativa al agotamiento de

los recursos internos idóneos; como las sentencias de fondo y reparaciones en dicho caso, aún permanecen al día de hoy, como las sentencias líder más citadas, no sólo en el sistema interamericano sino en las cortes regionales del sistema europeo y africano. Lo mismo podemos decir respecto al rol del juez Nikken en la elaboración de las primeras Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana, especialmente la OC-5, relativa a la inconvencionalidad de “La colegiación obligatoria de periodistas”.

Posteriormente, entre 1992-2001, Pedro Nikken se desempeñó como Presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, habiendo consolidado la proyección hemisférica de dicha institución académica en la formación y promoción de los derechos humanos.

Pedro Nikken nunca se desvinculó del sistema interamericano por el resto de su vida, permaneció estudiando, investigando, publicando, dando conferencias y charlas sobre el mismo; y lo más importante, defendiendo al sistema frente a las arremetidas de los gobiernos autoritarios, incluido el de Venezuela. Además, Pedro Nikken accionó en diversas ocasiones ante dicho sistema, para afirmar la defensa de la persona humana frente a los atropellos a sus derechos. En este sentido, a partir del año 2001, Pedro Nikken y yo acudimos juntos y con diversas Ong's, a varias audiencias ante la Comisión Interamericana para documentar los abusos del régimen venezolano contra los derechos humanos, llevamos casos juntos, solicitamos medidas cautelares y provisionales de protección de personas en situación de riesgo grave de daños irreparables y, litigamos juntos diversos casos ante la Comisión y la Corte, varios de los cuales incluso se encuentran aún pendientes de ejecución e incluso de decisión. Y es que debemos resaltar que, aunque no aparezca en su curriculum profesional, Pedro Nikken fue también un miembro activo de la sociedad civil, en particular de organizaciones no gubernamentales, como Provea en materia de derechos humanos y Ojo Electoral en materia de observación de elecciones.

El compromiso de Pedro Nikken con los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho como principios universales irrenunciables, lo llevaron a que fuera nombrado Miembro de la Comisión Internacional de Juristas en 1996, luego en 2008 fue nombrado como Miembro de su Comité Ejecutivo, en 2009 fue electo Vicepresidente y

entre los años 2011-2013 se desempeñó como su Presidente. En su paso por esta prestigiosa organización internacional, Pedro Nikken fue decisivo en su consolidación institucional, habiendo sido luego designado miembro honorario de por vida de la misma.

La condición de Pedro Nikken como sólido y respetado jurista internacional, lo llevó en su momento a ser Miembro de la Comisión Negociadora Venezolana de áreas marinas y submarinas tanto con Colombia en 1979-1980, como con Francia en 1980. Fue además, Miembro del Tribunal Arbitral Argentino-Chileno para el caso llamado La Laguna del Desierto entre 1991-1995. Pedro Nikken no sólo fue Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya entre 1996-2006, sino que también se desempeñó como árbitro internacional en varios Tribunales Arbitrales de CIADI/ICSID (Banco Mundial) y de la CNUDMI/UNCITRAL.

Pedro Nikken también prestó una serie de servicios al Estado venezolano, como asesor del Ministro de Relaciones Exteriores (1979-84); Consultor Jurídico del Consejo Nacional de Universidades (1982-1987); Asesor de la Comisión Legislativa del Congreso de la República (1984-1989) y Juez Suplente de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1986-1989).

En el ámbito académico, era abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello en 1968, con una especialización en Derecho Privado en la Universidad de París II en 1973 y doctor en Derecho por la Universidad de Carabobo en 1977. Pedro Nikken fue Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela en pregrado y postgrado en Derecho civil e internacional, de la cual fue Director de la Escuela de Derecho (1975-76), luego Director General (1976-78) y posteriormente su Decano (1978-81), -destacando el hecho de haber sido el primer y único decano electo de esa Facultad siendo un egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Pedro Nikken fue así mismo profesor invitado y dictó diversos cursos, clases y conferencias en universidades y centros académicos tanto en Venezuela como en exterior, entre los cuales destaca su condición de profesor en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1995. En el año 2017, Pedro Nikken fue designado Doctor Honoris Causa por la Universidad de Buenos Aires.

La obra jurídica de Pedro Nikken, vasta y profunda, representa un verdadero aporte innovador a nivel mundial, especialmente en materia de derechos humanos: 6 libros propios; 3 en colaboración (de los cuales destaco uno conmigo sobre la protección internacional de la democracia); y más de 65 artículos. Nikken dejó prácticamente listo un nuevo libro suyo sobre el Concepto de los Derechos Humanos, que verá su luz de manera póstuma. De todos sus libros publicados, me atrevo a decir que el que tuvo mayor impacto en la ciencia jurídica universal fue: *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, publicado en 1987 por editorial Civitas en Madrid.

Pedro Nikken también destacó en el libre ejercicio de la profesión de abogado, siempre en defensa de los derechos humanos, del Derecho internacional público y el Derecho civil, de manera consecuente con los valores morales y los principios de la ética profesional. Nikken comenzó el ejercicio liberal de la profesión de manera permanente y continua con una vocación tardía en 1990, cuando se inició como socio de la firma de abogados/consultores Baumeister & Brewer. Desde allí llevó a cabo un ejercicio serio, honroso y además exitoso de la profesión. Pero no todo fue lucrativo, me consta que Nikken patrocinó un sin número de causas y asuntos de manera pro bono, dedicándoles todo el tiempo y la prioridad requeridas, como expresión de su compromiso con los más pobres y con las causas nobles.

Pedro Nikken fue además un hombre de profundos valores humanos y cristianos de perdón y reconciliación; un hombre de familia, además de un padre ejemplar de Pedro Antonio y Claudia y, también un abuelo ejemplar. Adriana Pulido, su querida esposa y su compañera insigne en sus últimos años y capítulos vitales, es también una testigo de honor de la grandeza de ese ser humano que fue Pedro Nikken.

Yo conocí a Pedro Nikken por primera vez en 1976 cuando él era Director de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV y yo era un joven estudiante de segundo año de Derecho en la UCAB. Como integrante de la Comisión de Reforma del pensum de estudios de la Facultad de Derecho de la UCAB que presidía el padre Luis María Olasso, sj, fui a la UCV para entrevistarle sobre su visión y perspectiva sobre el tema. Recuerdo haber intercambiado una conversación por segunda vez con Nikken en 1978, cuando yo era el representante estudiantil de las

universidades privadas ante el Consejo Nacional de Universidades y él acudió como Decano con el Dr. Miguel Layrisse, entonces rector de la UCV. En los años ochenta, en concreto, a partir de 1984 comenzamos a tratarnos esporádicamente en encuentros académicos y de sociedad civil en torno a los temas de derechos humanos. Dicha relación se fue incrementando progresivamente, hasta que en 1990 cuando entró como socio en Baumeister & Brewer, donde yo ya lo era desde 1984. Fue allí cuando comenzó el desarrollo de una verdadera relación progresiva e incremental de compañerismo, amistad, maestro y colega, la cual nunca se interrumpió.

Con Pedro Nikken me unió una relación mutua de aprecio, amistad y hasta hermandad. Así es, Pedro Nikken fue mi hermano y maestro, en lo personal, intelectual y profesional, amén de las luchas que dimos juntos por los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho.

Nikken era un excelente consejero. Un cable a tierra, cuando era necesario imprimir sentido común a las decisiones difíciles o controvertidas; y al mismo tiempo, un cable al cielo cuando de emprender nuevas ideas y proyectos se trataba. Nikken sabía mucho de Derecho, pero era de la tesis de que, *el que sólo sabe de Derecho, ni de Derecho sabe*. Nikken era un académico de saber universal, lo mismo impresionaba por sus conocimientos de música clásica, que de historia, filosofía y hasta teología; pero al mismo tiempo podía variar con la geografía y los lugares especiales de viaje, su gente y la gastronomía. Si era propicio que estuviera de por medio un espacio para fumar un tabaco (puro), entonces la conversación con Nikken se tornaba aún más amena y prolongada.

Nikken siempre me expresó su gratitud y admiración personal, intelectual y profesional. Y aunque por su sencillez Nikken no estaría de acuerdo, reconozco que en nuestra relación siempre recibí mucho más de él. De Pedro Nikken recibí mis grandes líneas maestras en el campo del Derecho internacional y específicamente del Derecho internacional de los derechos humanos. Me transmitió sus enseñanzas y convicciones sobre la dignidad de la persona como alfa y omega de los derechos. Sus consejos sobre el sentido común y la ponderación; pero al mismo tiempo, su pasión por los ideales.

Algunas de las coincidencias de vida y actuación de Pedro Nikken conmigo, me sorprenden, como lo fueron las de él con su maestro el Dr. Andrés Aguilar Mawdsley (Andrés Aguilar). En efecto, Nikken sucedió a Aguilar en la Comisión Andina de Juristas y, luego yo sucedí a Nikken en esa misma organización regional; Nikken continuó de alguna manera a Aguilar en el sistema interamericano de derechos humanos (Aguilar en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Nikken en la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y, posteriormente yo lo hice en la Comisión Interamericana, con lo cual, de alguna manera, sucedí a Nikken en dicho sistema; y así mismo, Nikken sucedió a Aguilar en la Comisión Internacional de Juristas y, luego yo sucedí a Nikken en dicha organización. Las coincidencias entre los Ayala, Nikken y Aguilar aumentan más aun, al hacer mención a el sillón número 9 de esta Academia, que ocupaba mi tío abuelo José Ramón Ayala Duarte, el cual luego fue ocupado por Andrés Aguilar y posteriormente por Pedro Nikken; y, finalmente, fue a Nikken a quien le correspondió dar el discurso de contestación a mi incorporación como individuo de número en esta Corporación.

Termino, haciendo mías para referirme ahora a Pedro Nikken, las palabras que pronunció el académico Gustavo Planchart Manrique en la oportunidad de dar contestación al discurso de incorporación del Dr. Pedro Nikken a esta Academia, quien refiriéndose al fallecimiento del académico Dr. Andrés Aguilar, dijo: *no puedo más que dirigir un recuerdo lleno de tristeza y nostalgia, pero esa es la ley de la vida, renovación constante, corsi e ricorsi del que no se escapa.*

Que Dios lo tenga en su gloria a Pedro Nikken. Gracias a Dios por habernos regalado ese ser tan especial; ese jurista tan excelente; ese maestro incansable; ese caminante que hacía camino al andar; esa buena y bella persona; ese amigo a toda prueba; ese compañero de ruta; en fin, ¡ese hermano mayor, que fue Pedro Nikken! ¡Adiós querido Pedro!

**PALABRAS PRONUNCIADAS
POR LA ACADÉMICA
DRA. HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ,
CON MOTIVO DEL ACUERDO DE DUELO
POR EL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL JURISTA
DR. ALÍ JOSÉ VENTURINI VILLAROEL**

ACTO HOMENAJE A ALÍ JOSÉ VENTURINI

Hildegard Rondón de Sansó

La figura de Alí José Venturini, objeto de este homenaje póstumo, es la representación de la cultura en general y, específicamente, de lo que tiene como objeto el campo jurídico.

La cultura, ha de entenderse como el conjunto de los conocimientos adquiridos, que permite desarrollar el sentido crítico, el gusto o apreciación de las cosas valiosas y, la posibilidad de emitir juicios sobre los variados elementos que nos circundan. Cultura es así sinónimo de conocimientos, de educación, de civilización y de formación específica, a través de la cual, se puedan entender cabalmente los temas que nos ofrece nuestro mundo circundante.

Tuve que utilizar el concepto de cultura en este acto para calificar con él la memoria de Alí José Venturini, quien fue esencialmente un hombre culto. El hombre culto de la Venezuela culta que, sin pedantería, sin jactancia alguna, entendía, divulgaba y amaba las cosas correctas, bien elaboradas y hermosas, cualquiera que fuese su ámbito de figuración. Es así por ello que, su casa estaba llena de los cuadros de los mejores pintores venezolanos de nuestro tiempo; que, sus lecturas eran refinadas y de elevado contenido; que su obra, fue un modelo, sustancial y formal, de criterios correctamente expresados.

Las esferas de interés colectivo en las cuales, Alí José se destacó, corresponden a los siguientes ámbitos: A la Judicatura; a la Doctrina Jurídica; a la Docencia Universitaria; y, al Periodismo.

En el **campo de la Judicatura**, su experiencia se desarrolló inicialmente en su actuación como Juez en los juzgados de primera instancia y, más tarde, como Magistrado, en carácter de Juez Superior Agrario Nacional, donde asentaría los principios esenciales de dicha disciplina.

En la **Doctrina Jurídica** se reveló como un maestro, en sus variadísimas obras escritas, recursos, sentencias, comentarios y, sobre todo, en su emblemático libro *“Derecho Agrario Venezolano”*.

En el **campo de la Docencia Universitaria** puede ubicársele como el profesor brillante, muy querido de sus estudiantes, en las Universidades Central de Venezuela, Católica Andrés Bello y Santa María. Lo anterior fue intercalado con sus estadías en las Universidades de Los Andes, Mérida; en la Unellez, Barinas; y en las de San José de Costa Rica y Politécnica de Madrid.

En el **periodismo** su vocación por esta actividad lo llevó a ser el fundador del “Diario Judicial de Caracas” y el colaborador con asiduidad y constancia de los periódicos “El Universal”, “El Diario de Caracas”, “El Globo” y “La Razón”.

No existe en la obra jurídica de exposición y evaluación de Alí José, así como en su análisis de la actualidad, o de los hechos políticos, ninguna expresión que no sea de **justicia**, de **nacionalismo**, de **interés social**, de **patriotismo** y de **profunda originalidad**, tanto en el **fondo** como en la **forma** de expresar sus criterios.

Es por todo lo anterior que, Alí José Venturini, contribuyó incansablemente al desarrollo y progreso de las Ciencias Sociales, y al mismo tiempo, al fortalecimiento en la sociedad venezolana, de los valores democráticos y de los derechos humanos.

A su viuda, aquí presente, la brillante Doctora, especialista en Oftalmología, Neysa Amarilis González y a sus tres hijos: Fernando José, Alí José y María Auxiliadora, así como a sus nietos, hacemos llegar el sentir de los miembros de esta Academia, en el sentido de que Venezuela ha perdido a uno de sus más preclaros intelectuales que, dotado de altísimas cualidades culturales y humanas, las puso al servicio y ejemplo de su país y de la colectividad en general.

BOLETINES DIGITALES

BOLETÍN DIGITAL N° 1 ACIENPOL - ENERO 2020

Boletín Digital N° 1
 Enero - 2020



Martes 21 de enero de 2020

Visita del Prof. Rainer Grote (investigador del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Constitucional de la Universidad de Heidelberg) y el académico Dr. Jesús María Casal.

El Prof. Grote se refirió a la importancia de la Constitución de Weimar, a propósito de la celebración de su centenario.



Martes 21 de enero de 2020

Con ocasión del lamentable fallecimiento del académico Dr. Pedro Nikken, el 09 de diciembre de 2019, se efectuó un reconocimiento póstumo en el que el académico Prof. Carlos Ayala Corao pronunció palabras sobre la vida y obra del Dr. Nikken. Se entregó a los familiares el correspondiente Acuerdo de duelo.



Se aprobó la creación de la Orden Academia de Ciencias Políticas y Sociales "Juan Germán Roscio", destinada a honrar y premiar los méritos de las personas, venezolanas o extranjeras, que se destaquen de manera sobresaliente en el ejercicio profesional de las ciencias jurídicas, políticas y sociales, la docencia, la investigación o la vida cívica.



ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES



Martes 21 de enero de 2020

Entrega de acuerdo de duelo de la Acienpol a los familiares del Dr. Ali José Venturini Villarroel. Palabras de la Académica Dra. Hildegard Rondón de Sanso.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL INFORME DE LA COMISIÓN DE ENCUESTA OIT (REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA) DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha analizado y difundido el Informe que -el 17 de septiembre de 2019- emitió la Comisión de Encuesta designada por el Consejo de Administración de la (OIT), con ocasión de la queja interpuesta por delegados empleadores. El Informe describe el severo déficit que registra el diálogo social y las gravísimas violaciones a la libertad sindical que han caracterizado las relaciones laborales en Venezuela durante los últimos veinte años.

<https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/01/Pronunciamento-sobre-Informe-Comisi%C3%B3n-de-Encuesta-OIT-1.pdf>

**Junta Directiva
 Período 2019-2020**

Humberto Romero-Muci - Presidente
 Julio Rodríguez Berrizbeitia - 1er. Vice-Presidente
 Luciano Lupini Bianchi - 2do. Vice-Presidente
 Rafael Badell Madrid - Secretario
 Cecilia Sosa Gómez - Tesorero
 Carlos Ayala Corao - Bibliotecario

BOLETÍN DIGITAL N° 2 ACIENPOL - FEBRERO 2020

Boletín Digital N° 02
Febrero 2020

El martes 18 de febrero de 2020 se realizó el acto de entrega del premio Acienpol 2018-2019, en las menciones:

Profesionales "Dr. Gustavo Planchart Manrique", al trabajo: "La Derrota china en el BID. Impacto de la Crisis Venezolana en el Marco de la Banca Multilateral de Desarrollo", autores Natalia Boza Scotto y Emilio Spósito Contreras; y Mención de Honor al trabajo: "De la Crisis a la Traición. Post-Chavismo y Sistema Político Venezolano", autor Carlos Fernando Calatrava Piñerúa; Tesis de Post-gradado y Trabajos de Ascenso en el Escalafón Universitario "Dr. Tomás Polanco Alcántara", al trabajo: "La Eficacia de las Sentencias Extranjeras y el Derecho de Acceso a la Justicia, una Mirada desde la Gobernanza Global", autor Prof. Javier L. Ochoa Muñoz; y Estudiantes "Abog. Andrés Eloy Blanco," al trabajo: "Análisis de los aspectos bioéticos y jurídicos del reconocimiento de la ciudadanía saudí a la inteligencia artificial Sophia", autoras Katherine Mendoza y Mariangelina Socorro.



El 04 de febrero se efectuó la exposición del Prof. Rafael Chavero Gazdik, sobre su libro "El control Constitucional de las decisiones judiciales".

Publicación de las Bases **Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, año 2020-2021**

Menciones: Profesionales "Dr. José S. Núñez Aristimuño", Tesis de post-gradado y trabajos de ascenso "Dr. Aristides Rengel Romberg" y Estudiantes "Padre Luis María Olaso S.J."

Se aprobó el premio especial "Dr. Pedro Tinoco (h)", que versará sobre su obra hacendística.

Video institucional de la Fundación Palacio de las Academias contentivo de un mensaje importante para tratar de adelantar iniciativas y sensibilizar a todos para que realicen pequeñas aportaciones para la reparación y mantenimiento del Palacio de las Academias.

<https://youtu.be/VEyv4GuQzqo>

Boletín Acienpol N° 158 enero-junio 2019, disponible digitalizado en www.acienpol.org.ve



ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

En sesión ordinaria del 18 de febrero de 2020 fue electa la Junta Directiva de Acienpol para el período 2020-2021

Humberto Romero-Muci - Presidente
Julio Rodríguez Berrizbeitia - 1er. Vice-Presidente
Luciano Lupini Bianchi - 2do. Vice-Presidente
Rafael Badell Madrid - Secretario
Cecilia Sosa Gómez - Tesorero
Carlos Ayala Corao - Bibliotecario



Palacio de las Academias - Avenida Universidad, www.acienpol.org.ve - email : academiadecienciaspoliticas@gmail.com

Caracas / Venezuela - Instagram y Twitter @acienpol

BOLETÍN DIGITAL N° 3 ACIENPOL - MARZO 2020

Boletín Digital N° 3
Marzo 2020



Martes 03 de marzo de 2020
Conferencia del profesor Luis Daniel Perrone sobre "Los Gobiernos del pueblo en el pensamiento político de la independencia (1810-1830)".
<https://bit.ly/2WZ0U59>

Pronunciamento de Aciempol sobre el Estado de Alarma decretado por el coronavirus Covid -19.
<https://bit.ly/33vMIIE>

Acuerdo de júbilo de Aciempol a la Delegación del Colegio San Ignacio de Loyola, Chacao, Estado Miranda, por el premio de *Best Small Delegation* con ocasión de su muy destacada participación en la 66ª sesión del *Harvard Model United Nations*
<https://bit.ly/5skT58d>

Acuerdo de júbilo de Aciempol a la Delegación de la Unidad Educativa Academia Mérida, por el premio de Mejor Delegación Internacional en la 66ª sesión del *Harvard Model United Nations*
<https://bit.ly/2X0zL1A>

Acuerdo de júbilo de Aciempol a la Delegación de la Universidad Metropolitana por el premio como Mejor Delegación Internacional en la 66ª sesión del *Harvard Model United Nations*
<https://bit.ly/2w3970y>

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES



Foro: El Petro, aspectos jurídicos, económicos y contables

Aciempol y el IESA realizaron evento en el auditorio Vollmer del IESA, el 11 de marzo de 2020

Temario:

Naturaleza del Petro y sus implicaciones en la economía venezolana

Prof. Aarón Olmos

La instrumentación del Petro y la idea de derecho

Prof. Roberto Hung Cavalieri

Contabilidad en Petros

Dr. Humberto Romero-Muci

El Petro y la tributación

Dr. Juan Cristóbal Carmona Borjas

El Petro y la actividad comercial

Prof. Miguel Mónaco

El Petro y las obligaciones patronales

Dr. César Carballo Mena

Moderador: Prof. Gerardo Fernández Villegas



NOT@S

Aciempol aprobó coauspicio institucional al proyecto *Aula Virtual* en Derecho Penal, que lleva a cabo el Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara con la Fundación Universitaria

Se juramentó la Junta Directiva de Aciempol
Período 2020-2021

Humberto Romero-Muci - Presidente
Julio Rodríguez Berrizbeitia - 1er. Vice-Presidente
Luciano Lupini Bianchi - 2do. Vice-Presidente
Rafael Badell Madrid - Secretario
Cecilia Sosa Gómez - Tesorero
Carlos Ayala Corao - Bibliotecario

Aciempol conjuntamente con la Academia Nacional de Ciencias Económicas y la Universidad Católica Andrés Bello coauspician la instalación de la Asociación Venezolana de análisis económico del derecho

Canal Youtube Academia de Ciencias Políticas y Sociales
https://www.youtube.com/channel/UCN_n6kn_U9x_uRTAJwMCQ

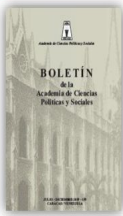
Palacio de las Academias - Avenida Universidad. www.aciempol.org.ve - email: academiadecienciaspoliticas@gmail.com
Caracas / Venezuela - Instagram y Twitter @aciempol

BOLETÍN DIGITAL N° 4 ACIENPOL - ABRIL 2020

Boletín Digital N° 4
Abril 2020



ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES



Disponibles a texto completo
los Boletines de Aciempol:

N° 158 Enero-Junio 2019
<https://bit.ly/2K7m1Dp>

N° 159 Julio-Diciembre 2019
<https://bit.ly/2XTW9dt>

EL DECRETO DEL ESTADO DE ALARMA EN
VENEZUELA CON OCASIÓN DE LA
PANDEMIA DEL CORONAVIRUS:
INCONSTITUCIONAL, MAL CONCEBIDO,
MAL REDACTADO, FRAUDULENTO
Y BIEN INEFECTIVO
Allan R. Brewer Carías
<https://bit.ly/3ePzYJE>

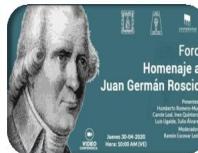


RETOS DE LA PANDEMIA DEL COVID-19
PARA EL ESTADO DE DERECHO, LA
DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS
HUMANOS
Carlos Ayala Corao
<https://bit.ly/3aRWmRr>

¿CUÁNTO VALE EL PETRO?
Juan Cristóbal Camano Borjas
<https://bit.ly/2W6G473>



La Academia de Ciencias Políticas y Sociales
la Academia Nacional de la Historia
y la Fundación Universitas



Video
Conferencia
"Foro
homenaje al
pensamiento
jurídico y
político de
Juan Germán
Roscio"
30 de abril de
2020

Presentación a cargo del Dr. Humberto Romero-
Muci, Presidente de Aciempol

Ponentes:

Carole Leal – Directora de la Academia Nacional de la
Historia

Inés Quintero – Miembro de la Academia Nacional
de la Historia

Luis Ugalde – Individuo de Número de Aciempol
Tulio Álvarez – Jefe de la Cátedra de Dcho.

Constitucional de la UCY

Moderador: Ramón Escovar León - Individuo de
Número de Aciempol



NOT@S



Durante el período de emergencia por el
COVID-19, Aciempol realizó sus sesiones
ordinarias vía telemática

Se firmó Acuerdo de alianza estratégica entre la
Fundación Juan Germán Roscio y la Fundación
Universitas

Bases Premio especial Dr. Pedro R. Tinoco (h)
<https://bit.ly/2K6mC6x>

Junta Directiva de Aciempol
Período 2020-2021

Humberto Romero-Muci – Presidente
Julio Rodríguez Bermúdez – 1.º er. Vice-Presidente
Luciano Lupini Bianchi – 2do. Vice-Presidente
Rafael Badell Madrid – Secretario
Cecilia Sosa Gómez – Tesorero
Carlos Ayala Corao – Bibliotecario

Canal Youtube
Academia de Ciencias Políticas y Sociales
https://www.youtube.com/channel/UCN_n6kn_U9x_ukRTAJwaMCQ

Palacio de las Academias - Avenida Universidad. www.aciempol.org.ve - email : academiadecienciaspoliticas@gmail.com
Caracas / Venezuela - Instagram y Twitter @aciempol

BOLETÍN DIGITAL N° 5 ACIENPOL - MAYO 2020

Boletín Digital N° 5
Mayo 2020



ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Las Academias Nacionales
con el apoyo tecnológico de Universitas Fundación

Impacto de la COVID-19 visión de las Academias

15 de mayo de 2020



Disponible en Canal
YouTube Academia de
Ciencias Políticas y Sociales
<https://www.youtube.com/watch?v=2m4j3e3p088>
<https://www.facebook.com/ACIENPOL>
<https://www.instagram.com/ACIENPOL>

NOT@S

Pronunciamento interacadémico nacional contra el
institucional control de la investigación científica sobre el
COVID-19

<https://bit.ly/2ZwMoFm>

Pronunciamento interacadémico ante la amenaza a la
Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales por
emitir una opinión científica sobre la pandemia de la COVID-19

<https://bit.ly/2Up02Qa>

Acuerdo de júbilo de Aciempol con ocasión del centenario
del nacimiento del Dr. José S. Núñez Aristimuño

<https://bit.ly/3s081ZF>

Acuerdo de júbilo con ocasión del centenario del
nacimiento del Dr. Víctor Gómeñez Landínez

<https://bit.ly/2WZ83da>

Obras: ¿QUÉ HACER CON LA JUSTICIA? EL CASO VENEZOLANO?



La Academia de Ciencias Políticas y
Sociales y el Centro para la Integración y el
Derecho Público (CIDEPA) con el patrocinio
de la Fundación Konrad Adenauer
publicaron la obra colectiva "¿Qué hacer
con la justicia? El caso venezolano",
coordinada por los Individuos de Número
Cecilia Sosa Gómez y Jesús María Casali.
Se abordan temas de Derecho
Constitucional, el sistema de justicia, la
justicia tributaria, la justicia internacional y la
justicia transicional. Disponible
en amazon.com (versión Kindle y física) y
próximamente en la librería de la Academia
de Ciencias Políticas y Sociales. El índice
completo puede consultarse en la página
web (<https://www.acienpol.org.ve>).



Las Academias Nacionales
con el apoyo tecnológico de Universitas Fundación

Videokonferencia

Beatificación de José Gregorio Hernández
07 de mayo de 2020



<https://www.youtube.com/watch?v=2m4j3e3p088>
<https://www.facebook.com/ACIENPOL>
<https://www.instagram.com/ACIENPOL>



Dr. Humberto
Romero-Muci



S.E. Baltazar
Cardenal Porras



Dr. Rafael
Baeli-Mendoza



P. Gerardo
Barrachini

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales
con el apoyo tecnológico de Universitas Fundación

Videokonferencia Aspectos Jurídicos de la pandemia COVID-19

26 de mayo de 2020



Humberto
Romero-Muci



S.E. Baltazar
Cardenal Porras



Dr. Rafael
Baeli-Mendoza



P. Gerardo
Barrachini

Disponible en Canal
YouTube Academia
de Ciencias
Políticas y Sociales

Sesiones ordinarias del mes de mayo de 2020

05 de mayo de 2020



19 de mayo de 2020



Junta Directiva de Aciempol
Período 2020-2021
Humberto Romero-Muci - Presidente
Luciano Lupini Bianchi - 1er. Vice-Presidente
Rafael Baeli Madrid - 2do. Vice-Presidente
Cecilia Sosa Gómez - Secretario
Carlos Ayala Corao - Tesorero

Palacio de las Academias - Avenida Universidad. www.acienpol.org.ve - email :
academiadecienciaspoliticasysociales@gmail.com
Caracas / Venezuela - Instagram y Twitter @acienpol

BOLETÍN DIGITAL N° 6 ACIENPOL - JUNIO 2020

105° aniversario de Aciempol - 16 de junio de 1915 / 20° aniversario Biblioteca Andrés Aguilar Mawsley - 16 de junio de 2000

Boletín Digital N° 6
Junio 2020



ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales
con el apoyo tecnológico de Universitas Fundación

Videokonferencia

Teoría de la imprevisión por causa del COVID-19
04 de junio de 2020

NOT@S

Acuerdo Interacadémico de júbilo por la
Bentificación del Dr. José Gregorio Hernández
<https://bit.ly/3R777Zx>

**Commemoración del 105° aniversario de la
Academia de Ciencias Políticas y Sociales**
El 16 de junio de 1915 fue creada la Academia y
su primer Presidente fue el
Dr. Pedro Manuel Arcaya (1917)

02 de junio de 2020

D. Santiago Muñoz Machado, Director
de la Real Academia Española de la
Lengua, hizo una exposición sobre 'Los
'pandemismos' en el español y otros
abusos en el lenguaje jurídico por
causa del COVID 19' y sobre 'El
Diccionario Jurídico peninsular y su
contribución al conocimiento de la
lengua. Método, estructura y
resultados de una investigación sobre
el español jurídico'.



**Teoría de la imprevisión
por causa del COVID-19**

VIDEO
Jueves 04 de junio
Hora: 03:00 PM (VE)

Presenta en:
<https://youtu.be/905ayYUEGE>

Presentador: Humberto Romero - Maci
Moderador: Ramón Escovar León



Pronunciamento de @acienpol con relación a las
sentencias de la Sala Constitucional que designó a
los integrantes del Consejo Nacional Electoral y los
órganos electorales subalternos y que intervino
varios partidos políticos.
<https://bit.ly/2UNqB5n>

Pronunciamento interacadémico en vista de las
sentencias dictadas por la Sala Constitucional
designando los rectores del Consejo Nacional
Electoral y los órganos electorales subalternos e
interviniendo varios partidos políticos.
<https://bit.ly/3hNOBY7>

Comunicado de @acienpol sobre las agresiones
por funcionarios militares contra la abogada
Brya Sofia Leal
<https://bit.ly/2B10A9r>

Acuerdo de duelo de @acienpol por el sensible
fallecimiento del Dr. Asdrúbal Baptista Troconis
<https://bit.ly/38394wC>

Acuerdo de júbilo de @acienpol con ocasión del
40° aniversario de la Revista de Derecho Público
<https://bit.ly/29y4tU7>

Sesiones ordinarias del mes de junio de 2020
02 de junio de 2020 16 de junio de 2020



Palacio de las Academias - Avenida Universidad.
www.acienpol.org.ve

email: academiadecienciaspoliticas@gmail.com
Caracas / Venezuela - Instagram y Twitter @acienpol

16 de junio de 2020



Presentación de la Obra:
**Régimen Jurídico del Trabajo.
La otra mirada.**
Coordinada por el académico
Dr. César Augusto Carballo Mena

Ponencia del Dr. Pablo
Aréllano (Especialista en
Derecho del Trabajo OT,
Ginebra) ¿Existe en
crisis la subordinación y
dependencia en el
Derecho del Trabajo?



Ponencia del Dr. César
A. Carballo Mena,
Individuo de Número de
Aciempol: *Índices de la
relación de trabajo y
plataformas
tecnológicas.*



La Academia de Ciencias Políticas y Sociales
con el apoyo tecnológico de Universitas Fundación
Videokonferencia
Alcances de la jurisdicción arbitral
18 de junio de 2020

**Alcances de la
jurisdicción arbitral**

VIDEO
Jueves 18 de junio
Hora: 03:00 PM (VE)

Presenta en:
<https://youtu.be/905ayYUEGE>

Presentador: Humberto Romero - Maci
Moderador: Rafael Biedt Madrid



**LEY SOBRE ACADEMIA
DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES**

LEY SOBRE ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

Gaceta Oficial N° 15.361 de fecha 13 de agosto de 1924

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA

Decreta

la siguiente,

LEY SOBRE ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

Artículo 1º. - La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, creada por la Ley de 16 de junio de 1915, constará de treinta y cinco individuos de Número, así: treinta que son los que componen hoy dicho Cuerpo, comprendiéndose en ellos a los cuatro miembros elegidos por la misma Academia a quienes se declaran incorporados; y cinco que serán nombrados por la Corporación a la promulgación de esta Ley. Las vacantes que ocurran serán provistas de conformidad con lo que prescriben los Estatutos de la Academia.

UNICO: La elección de miembros de la Academia se hará entre Abogados o Doctores de Ciencias Políticas o sabios venezolanos que reúnan las condiciones siguientes:

Haber escrito alguna obra, bien reputada generalmente, sobre Ciencias Políticas y Sociales, o haber desempeñado por más de cuatro años en alguna de las Universidades de la República o en cualquier plantel autorizado para ello, alguna cátedra sobre tales materias, o haber sido codificador o miembro revisor de las Comisiones de Códigos

creados por el Gobierno Nacional, y poseer reconocida e incontestable competencia en el dominio de las Ciencias Políticas.

Artículo 2º. - La Academia tendrá un Presidente, dos Vicepresidentes, un Secretario, un Tesorero y un Bibliotecario, nombrados por ella y en su propio seno y que durarán un año en sus funciones, y un Portero de libre elección del Presidente.

Artículo 3º. - Son atribuciones de la Academia:

1. Propender al desarrollo y progreso de las Ciencias Políticas y Sociales en general.
2. Cooperar al progreso y mejora de la legislación venezolana, ya por medio de estudios sobre puntos determinados, que se publicarán en el órgano oficial de la Corporación, o promoviendo certámenes de acuerdo con sus Estatutos.
3. Redactar y revisar los proyectos de Códigos y demás leyes de carácter general que el Ejecutivo Federal crea conveniente someter a su estudio con el fin de presentarlos oportunamente a las Cámaras Legislativas.
4. Redactar y revisar los Proyectos de Leyes de carácter local que el Ejecutivo de algún Estado creyere conveniente a someter a su estudio con el fin de presentarlos oportunamente a su Legislatura.
5. Cumplir cualquier otro encargo relativo a Leyes o a disposiciones reglamentarias que le confíe el Ejecutivo Federal o el de algún Estado de la República.
6. Informar igualmente sobre cualesquiera otras materias que sometan a su estudio el Ejecutivo Federal.
7. Formar una biblioteca en la cual figuren las mejores obras de Ciencias Políticas y Sociales, de autores nacionales y extranjeros, y la legislación universal de todos los países cultos.
8. Recomendar al Ministro de Instrucción Pública las mejores obras de texto para la enseñanza en la República, de las Ciencias Políticas y Sociales.
9. Establecer relaciones con todas las Academias y Cuerpos de igual índole del mundo.
10. Ocuparse en todo lo demás que sea propio de la naturaleza y carácter de la Corporación.

Artículo 4°. - La Academia nombrará miembros Correspondientes nacionales y extranjeros a individuos que juzgue acreedores a dicho honor, conforme a los requisitos que se establecen y dentro del número siguiente: dos por cada uno de los actuales Estados de la República y treinta de fuera del país.

Artículo 5°. - Para ser admitido como miembro activo de la Academia, se requiere:

1. Ser venezolano y llenar las condiciones establecidas en el Parágrafo Único del artículo 1°.

2. Estar domiciliado en la capital de la República.

Ser propuesto por tres miembros activos y aceptado por la Academia en sesión ordinaria.

4. Presentar un trabajo sobre Ciencias Políticas y Sociales, sobre un tema de libre elección y una relación de los trabajos practicados sobre tales materias o indicación de los servicios prestados en obsequio de la legislación patria o de las Ciencias Políticas y Sociales en general.

Artículo 6°. - Para ser miembro Correspondiente nacional se requiere:

Llenar las condiciones establecidas en el Parágrafo Único del artículo 1°; residir en algunos de los Estados de la Unión; y ser propuesto por tres miembros activos y aceptado por la Academia en sesión ordinaria.

Artículo 7°. - Para ser miembro Correspondiente extranjero, es preciso: Residir en territorio extranjero, ser profesor o haberlo sido en una Universidad de su país por más de seis años en cualquiera de las ramas de las Ciencias Políticas y Sociales, o ser autor de obras sobre tales de incontestable mérito; ser propuesto por cinco miembros activos y aceptado por la Academia en sesión especial.

Artículo 8°. - Tanto los miembros Correspondientes nacionales como los extranjeros están en el deber de aceptar y cumplir las comisiones científicas que se les confíen, y procurarán contribuir con trabajos propios o ajenos al progreso y mejora de la Institución.

Artículo 9°. - En el reglamento de la Academia se determinarán los deberes de los funcionarios, los demás deberes de los socios y la renta y destinos de ella. Los sillones serán numerados.

Artículo 10.- La Academia honrará la memoria de los hombres prominentes de la República que hayan prestado servicios notables en la creación y desenvolvimientos del Derecho patrio o de las Ciencias Políticas y Sociales en general.

Artículo 11.- La Academia en su organización interna constituirá comisiones permanentes de tres miembros por lo menos, que se ocuparán de estudiar y suministrar a la Academia los informes de materias que sean sometidas a su competencia.

Estas comisiones se dividen así:

1. Derecho Romano, Principios de Legislación, Sociología y Legislación Comparada.
2. Derecho Público Eclesiástico, Derecho Español y Derecho Administrativo
3. Economía Política, Leyes de Hacienda y Leyes Especiales.
4. Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público y Privado.

Derecho Civil y Mercantil.

6. Derecho Penal, Procedimiento Civil, Enjuiciamiento Criminal, Medicina Legal y Antropología.

Para cualquiera otra materia, la Academia dispondrá lo conveniente y su Reglamento fijará las demás atribuciones especiales de cada una de las Comisiones.

Artículo 12.- En la Ley de Presupuesto se fijará la cantidad mensual para el sostenimiento de la Corporación, la cual como Institución Oficial y de utilidad pública, gozará de las franquicias necesarias para su correspondencia oficial, por el correo o telegráficamente, además del apoyo que le prestará la Nación, a los altos fines de su creación.

Artículo 13.- Se deroga la Ley del 16 de junio de 1915, que creó la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Dada en el Palacio Federal Legislativo, en Caracas, a los veintiún días del mes de junio de mil novecientos veinticuatro. Años 115° de la Independencia y 66° de la Federación.

El Presidente, (L. S.)
Carlos F. Grisanti.

El Vicepresidente,
Samuel E. Niño.

Los Secretarios,
Carlos Sardi.
Pedro J. Araujo.

Palacio Federal, en Caracas, a los treinta días del mes de junio de mil novecientos veinticuatro. Años 115° de la Independencia y 66° de la Federación.

Cúidese de su ejecución.

Ejecútese y cúidese de su ejecución.

(L. S.)

JUAN VICENTE GOMEZ.

**REFORMA PARCIAL DEL REGLAMENTO
DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
(APROBADO EL 19 DE MAYO 2020)**

REFORMA PARCIAL DEL REGLAMENTO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES (aprobado el 19 de mayo 2020)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Se plantea la necesidad de reformar el Reglamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en virtud de los recientes acontecimientos que han impedido realizar las reuniones con la presencia física de los individuos de Número en la sede de la Academia, lo que ha puesto de relieve la importancia del uso de los medios de comunicación virtual como mecanismo para realizar reuniones telemáticas, a fin de permitir a los órganos colegiados el desarrollo normal de sus funciones y el cumplimiento efectivo de sus objetivos.

En tal sentido, resulta conveniente realizar ajustes a las normas reglamentarias de la Academia para adaptarlas a estas nuevas realidades y regular este tipo de instrumentos para facilitar el funcionamiento de la Corporación. En tal virtud, se considera que las diversas expresiones a que alude el Reglamento vigente: individuos de número presentes, asistentes, participantes, concurrentes, pueden todas interpretarse en el sentido de que se puede estar presente, asistir, participar o concurrir de forma física o de manera virtual o telemática. Se tiene en cuenta que esa forma de interpretar las diversas expresiones del Reglamento coincide con lo que están haciendo a nivel mundial los órganos colegiados que requieren reunirse para deliberar y tomar sus decisiones, como es el caso de parlamentos o congresos, organismos internacionales, cortes o juzgados, universidades, academias, entre otros.

En consecuencia, esta reforma tiene la importancia de permitir o facilitar la participación de los miembros de la Academia, cuando de forma excepcional circunstancias de cualquier orden impidan o dificulten su traslado a la sede física. En la modificación parcial se establece como regla, tal y como es la tradición, que las sesiones ordinarias y extraordinarias se lleven a cabo en la sede la Academia, con la presencia física de sus miembros; sólo de manera excepcional, la Junta Directiva podrá convocar a sesiones ordinarias o extraordinarias, utilizando los medios virtuales o telemáticos, siempre que garanticen el derecho de participación de los miembros de la Corporación.

Para el caso de sesiones en las que corresponda realizar elecciones de Individuos de Número, la Junta Directiva requerirá la autorización previa de la mayoría absoluta de los Individuos de Número participantes en la sesión en la que se decida dar la autorización. En estos casos, la Junta Directiva deberá establecer un mecanismo especial que garantice el carácter directo y secreto del voto.

La reforma del reglamento incorpora la posibilidad de flexibilizar el día de la semana previsto para la celebración de las reuniones ordinarias de la Academia, al autorizar a la Junta Directiva para convocarlas para un día diferente al primer y tercer martes del mes, cuando las circunstancias así lo exijan de lo que se dejará constancia en la convocatoria.

REFORMA PARCIAL DEL REGLAMENTO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ARTÍCULO 1.- Se reforma el artículo 8, el cual queda redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 8.- Se declarará electo para llenar la vacante de que se trate, el candidato que obtenga mayoría absoluta, y se entenderá por ésta un número de votos que represente, por lo menos, el número entero inmediato superior al de la mitad de los Individuos de Número que participen, conforme a lo previsto en el artículo 43 de este Reglamento.

ARTÍCULO 2.- Se reforma el artículo 22, el cual queda redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 22.- Las sesiones de la Academia pueden ser ordinarias o extraordinarias. Estas últimas podrán ser especiales o solemnes en los casos previstos por este Reglamento.

De manera excepcional, cuando las circunstancias así lo impongan y con la finalidad de dar cumplimiento efectivo a los fines y objeto de la Academia, la Junta Directiva podrá convocar sesiones ordinarias o extraordinarias de manera virtual o telemática. A tal efecto, la Junta Directiva implementará los mecanismos idóneos que aseguren la participación efectiva de los Miembros de la Corporación.

ARTÍCULO 3.- Se reforma el artículo 23, el cual queda redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 23.- Las sesiones ordinarias se celebrarán el primer y tercer martes de cada mes, a las 10:30 de la mañana, sin necesidad de convocatoria. Si el día en el cual deba celebrarse la reunión fuere feriado, se la realizará en el día hábil inmediato siguiente.

Parágrafo Único: Cuando existan circunstancias que así lo exijan, la Junta Directiva podrá convocar la sesión para un día de la semana distinto al previsto en esta norma, y fijar la hora que estime pertinente, lo cual deberá hacer con por lo menos 48 horas de antelación, dejando constancia en la convocatoria de las circunstancias, lugar y hora de la sesión.

ARTÍCULO 4.- Se reforma el artículo 26, el cual queda redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 26.- Es obligatoria la participación de los Individuos de Número en las sesiones de la Academia, sean éstas presenciales, o telemáticas en los casos en que sean procedentes, y en las solemnes, éstos deberán lucir la medalla que les sirve de distintivo.

ARTÍCULO 5.- Se reforma el artículo 27, el cual queda redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 27.- Las sesiones de la Academia serán presididas por el Presidente y en defecto de éste, por uno de los Vicepresidentes, según

el orden de su elección. Si ninguno de los nombrados estuviere participando, el acto será presidido por el Individuo de Número que al efecto escojan los participantes en la reunión.

De no estar participando el Secretario, el Presidente designará a uno de los Individuos de Número participantes para que desempeñe accidentalmente sus funciones.

ARTÍCULO 6.- Se reforma el artículo 29, el cual queda redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 29.- Los Miembros Correspondientes Extranjeros podrán participar en las sesiones de la Academia, y tendrán el derecho de palabra, con sujeción a las normas establecidas al efecto en este Reglamento, pero no tendrán derecho a voto.

ARTÍCULO 7.- Se reforma el artículo 30, el cual queda redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 30.- De cada sesión celebrada por la Academia se levantará Acta, que se asentará en el Libro respectivo, estará autorizada por las firmas del Presidente y del Secretario y en ella se dejará constancia de los nombres de los Individuos de Número que hayan participado y de una síntesis de los asuntos considerados y de las decisiones adoptadas.

ARTÍCULO 8.- Se reforma el artículo 31, el cual queda redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 31.- El quórum para las sesiones ordinarias o extraordinarias, será de cinco (5) Individuos de Número, por lo menos.

Para la validez de la elección de un Individuo de Número o Miembro Correspondiente Extranjero se requerirá la participación de no menos de quince (15) Individuos de Número y el número de votos favorables a que se refiere el artículo 8º, con la excepción prevista en el Parágrafo Único del artículo 3, ambos de este Reglamento.

Para las sesiones en las cuales hayan de ser electos Miembros de la Junta Directiva de la Academia, así como también para aquellas en las cuales se propongan reformas a este Reglamento el quórum no podrá ser menor de diez (10) Individuos de Número.

ARTÍCULO 9.- Se reforma el artículo 40, el cual queda redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 40.- Las decisiones se tomarán por el voto de la mayoría absoluta de los participantes en la reunión, a menos que la Ley o este Reglamento exijan una mayoría diferente.

ARTÍCULO 10.- Se reforma el artículo 41, el cual queda redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 41.- El levantamiento de sanción a cualquier decisión deberá ser solicitado por no menos de dos (2) Individuos de Número en la sesión ordinaria o extraordinaria inmediata a aquella en la cual hubiera sido adoptada. El levantamiento de sanción requerirá el voto favorable de no menos de las dos terceras partes de los Individuos de Número participantes en la sesión.

ARTÍCULO 11.- Se reforma el artículo 43, el cual queda redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 43.- Las elecciones que hayan de practicarse conforme a este Reglamento se harán siempre por votación directa y secreta. El Presidente nombrará una Comisión escrutadora, integrada por dos (2) Individuos de Número, quienes recibirán y verificarán los votos depositados y anunciarán el resultado de la elección en voz alta.

Se declararán nulas las boletas de votación que sean depositadas en blanco y también las que contengan votos emitidos a favor de personas distintas de quienes estén siendo objeto de la votación respectiva.

PARÁGRAFO ÚNICO: De manera excepcional y cuando las circunstancias así lo impongan, la Academia, por la mayoría absoluta de los participantes en la sesión, podrá autorizar a la Junta Directiva para que convoque a la elección correspondiente en una sesión posterior de carácter telemático. En este caso, la Junta Directiva implementará un mecanismo seguro y confiable que permita la participación efectiva y garantice la votación directa y secreta. Dicho mecanismo deberá ser previa y suficientemente informado a los Académicos, a los fines de que éstos tengan el conocimiento necesario para ejercer su derecho a voto.

ARTÍCULO 12.- Se añade una Disposición Derogatoria, redactada en los siguientes términos:

Disposición Derogatoria.- Se deroga parcialmente el Reglamento sancionado el 21 de julio de 2009 y todo lo no reformado queda vigente. Se ordena refundir en un solo texto el Reglamento de 2009 junto con su reforma parcial.

**TEXTO REFUNDIDO DEL REGLAMENTO
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

DE LA ACADEMIA

ARTÍCULO 1.- La Academia de Ciencias Políticas y Sociales es una Corporación de carácter científico cuyo objeto está determinado por la Ley que la rige.

La Academia por su Ley de creación estará integrada por treinticinco Individuos de Número y treinta Miembros Correspondientes Extranjeros.

DE LA ELECCION DE LOS ACADÉMICOS

ARTÍCULO 2.- Cuando ocurra alguna vacante entre los Individuos de Número, el Presidente la declarará en la sesión ordinaria siguiente a la fecha en la cual se haya tenido conocimiento de haberse producido aquella, y dispondrá hacer el anuncio correspondiente en la “Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”.

A partir de la publicación en la “Gaceta Oficial”, empezará a contarse un lapso de treinta (30) días continuos, durante el cual podrán proponerse candidatos para llenar la vacante.

En la primera sesión ordinaria siguiente a la expiración de dicho lapso, se dará cuenta de todas las postulaciones presentadas, y a partir de la fecha de dicha sesión, se dejará transcurrir otro lapso de treinta (30) días continuos, para permitir a los Individuos de Número informarse acerca de los merecimientos de los candidatos propuestos.

La elección del nuevo Individuo de Número se llevará a efecto en la sesión ordinaria siguiente al vencimiento del último de los lapsos arriba indicados.

ARTÍCULO 3.- En caso de haberse producido vacante entre los miembros correspondientes extranjeros, el Presidente la declarará en la sesión ordinaria siguiente a la fecha en la cual se haya tenido conocimiento de haber ocurrido aquella.

A partir de la fecha de la publicación, empezará a contarse un lapso de quince (15) días continuos, durante el cual podrán proponerse candidatos para llenar la vacante en referencia.

En la primera sesión ordinaria siguiente a la expiración del lapso antes indicado, se procederá a la elección de la persona que habrá de llenar la vacante.

PARÁGRAFO ÚNICO.- Caso de existir alguna vacante y de que se hallare de visita en Venezuela la persona que posea sobresalientes méritos científicos y que reúna los requisitos exigidos por la ley para ser Miembro Correspondiente Extranjero, un mínimo de cinco (5) Individuos de Número podrán proponer su elección. Una vez recibida la postulación, se convocará a término muy breve, sesión especial para cuya validez se requerirá la presencia, por lo menos, diez (10) Individuos de Número. Para la elección del candidato propuesto se requerirá el voto favorable de no menos de tres cuartas partes de los concurrentes a dicha sesión.

ARTÍCULO 4.- En los lapsos a que se contrae el artículo precedente, sólo dejarán de computarse los días que este Reglamento destina a vacaciones. Si no se hubiere recibido ninguna postulación dentro de los lapsos ordinarios, éstos se considerarán prorrogados hasta tanto sea presentado algún candidato.

Cuando por cualquier circunstancia la elección no hubiera podido llevarse a cabo en la oportunidad prevista, se realizará en la primera sesión ordinaria a la que concurra el indicado número mínimo de Individuos de Número, fijado en el artículo 31.

ARTÍCULO 5.- La postulación de candidatos para llenar vacantes ocurridas entre los Individuos de Número y Miembros Correspondientes extranjeros deberá hacerse mediante escrito dirigido al Presidente de la Corporación, o motu proprio, o a través de instituciones públicas o privadas de reconocido prestigio académico. En dicho escrito se expresará el nombre, apellido y residencia del candidato y la concurrencia

de los requisitos exigidos por la Ley para ser admitido en la clase de Miembro para la cual se le proponga.

Al escrito de postulación deberá acompañarse el curriculum vitae de la persona propuesta, con los respectivos soportes.

ARTÍCULO 6.- Las postulaciones se someterán a una Comisión Revisora nombrada Ad-hoc por la sesión ordinaria de la Academia e integrada por tres (3) Individuos de Número. Dicha Comisión analizará las credenciales y meritos de los postulados y entregará, en un lapso no mayor quince días, su opinión al Presidente, quien, a su vez, la presentará en la sesión ordinaria de la Academia, que tomará la decisión final al respecto. Los miembros de la Comisión Ad-hoc, serán elegidos por el órgano antes mencionado.

ARTICULO 7.- Para comprobar la reconocida e incontestable competencia del postulado en el dominio del derecho o la ciencia política, la Comisión tomará en cuenta, además de lo exigido por la ley, aquellos méritos que permitan determinar la condición de jurista o sabio venezolano y que serán las siguientes, entre otras:

1. Ser venezolano.
2. Poseer título de Doctor en Ciencias Políticas y Sociales o en Derecho.
3. Ser profesor universitario en la categoría de asociado, por lo menos, y haber ejercido la docencia universitaria por los menos diez años.
4. Haber escrito no menos de tres obras de su autoría, que constituyan logros significativos para el Derecho o las ciencias políticas y aportes sustanciales para el mejor conocimiento de estas áreas en Venezuela.
5. Tener intachable conducta ciudadana.

PARÁGRAFO ÚNICO.- En la sesión en que el Presidente de cuenta de las postulaciones de candidatos, se harán circular entre los Individuos de Número asistentes a la misma, los correspondientes curricula vitae de cada una de las personas propuestas y el informe de la Comisión Revisora. El Secretario de la Academia dispondrá que el respectivo curriculum vitae y el informe se haga llegar oportunamente a los Individuos de Número que no hayan asistido.

ARTÍCULO 8.- Se declarará electo para llenar la vacante de que se trate, el candidato que obtenga mayoría absoluta, y se entenderá por ésta un número de votos que represente, por lo menos, el número entero inmediato superior al de la mitad de los Individuos de Número que participen, conforme a lo previsto en el artículo 43 de este Reglamento.

ARTÍCULO 9.- Si fueren sólo dos los candidatos propuestos y ninguno de ellos obtuviere mayoría absoluta de votos, se procederá a repetir la votación. Si fueren más de dos los propuestos se la repetirá, concretándola a los dos candidatos que en la primera votación hubiesen obtenido mayor número de votos.

ARTÍCULO 10.- Cuando el único candidato propuesto no obtuviera mayoría absoluta de votos, ni tampoco la obtuviera ninguno de los candidatos respecto de los cuales se haya realizado la segunda votación prevista en el artículo precedente, se procederá a declarar nuevamente vacante el sillón y, con la repetición de las formalidades referidas en los artículos 2º y 3º, se volverá a recibir postulaciones.

No será óbice para la admisión de un candidato la circunstancia de haber sido aspirante en elecciones anteriores, cualquiera sea el número de estas.

ARTÍCULO 11.- Una vez elegida la persona que haya de llenar la vacante ocurrida entre los Individuos de Número y Miembros Correspondientes Extranjeros, se le hará la correspondiente participación por escrito y se le remitirá un ejemplar de la Ley y otro del Reglamento de la Academia, a fin de que quede debidamente impuesto del régimen de la misma y de los deberes que se imponen a sus integrantes de acuerdo con sus diversas categorías.

ARTÍCULO 12.- Quien resultare electo Individuo de Número estará en el deber de consignar en Secretaría, dentro de los ocho (8) meses siguientes al de la fecha de la participación de su elección, el trabajo de incorporación exigido por el ordinal 4º del Artículo 5º de la Ley. Dicho trabajo deberá ser precedido de un panegirico del inmediato antecesor.

Antes del vencimiento del plazo establecido en el acápite precedente, el interesado podrá solicitar por escrito, que se le conceda prórroga, por una sola vez y hasta por un año, para cumplir la obligación indicada.

Por el solo hecho de haberse vencido el plazo o la prórroga en sus casos, sin haberse consignado el trabajo de incorporación, el sillón respectivo quedará vacante de pleno derecho, y se procederá, sin más, a dar cumplimiento a las formalidades previstas en este Reglamento para llenar la vacante ocurrida, sin que pueda proponerse nuevamente a la misma persona contra quien operó la abrogación de la elección anterior.

ARTÍCULO 13.- Consignado oportunamente el trabajo de incorporación, se dará cuenta de ello en la sesión ordinaria inmediatamente siguiente y el Presidente designará uno de los Individuos de Número para que elabore el discurso de contestación, que ha de contener juicio crítico sobre el tema desarrollado en aquel trabajo y que deberá ser consignado en Secretaría dentro de los cuatro (4) meses siguientes, a menos que se solicite, por escrito, prórroga por una sola vez y hasta por dos (2) meses, so pena de considerarse declinado el cometido y de que el Presidente proceda a designar otro Individuo de Número para cumplirlo. Consignados el trabajo de incorporación y su contestación, se pondrá a la orden de todos los Individuos de Número. Transcurrido un lapso de quince días de la consignación, el Presidente lo llevará a la más próxima sesión ordinaria en la cual se decidirá respecto a la admisión o rechazo de los mismos. En el primer caso, se fijará la fecha para el acto de incorporación.

ARTÍCULO 14.- La incorporación de quien haya sido elegido Individuo de Número deberá hacerse en sesión solemne, y en ésta el recipiendario leerá personalmente su trabajo, el cual será contestado por el Individuo de Número designado al efecto. Seguidamente se tomará al recipiendario el juramento de cumplir la Ley, el Reglamento y demás disposiciones de la Academia, se le colocará la medalla y se le hará entrega del diploma correspondiente. **ARTÍCULO 15.-** La incorporación de Individuos de Número podrá también efectuarse, con las respectivas formalidades, en otra clase de sesión, siempre que así lo disponga la Academia, a solicitud escrita del recipiendario y por causa debidamente justificada.

ARTÍCULO 16.- La incorporación de quien haya sido Miembro Correspondiente Extranjero quedará consumada por el solo hecho de haberse recibido contestación escrita de aquel en la cual manifieste su aceptación. Una vez recibida ésta, se le hará llegar al incorporado el diploma correspondiente.

PARÁGRAFO ÚNICO.- Será potestativo de quien resultare electo Miembro Correspondiente Extranjero, el envío de un trabajo de características similares al exigido a los Individuos de Número por el ordinal 4º del Artículo 5º de la Ley. De ser entregado y aprobado dicho trabajo, se publicará en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

ARTÍCULO 17.- La Academia podrá tener colaboradores especiales en todos los Estados de la República, salvo en el Distrito Capital, quienes deberán suministrar informaciones relacionadas con la actividad jurídica en sus respectivos estados, organizar eventos, tales como jornadas y foros sobre tópicos de interés para su entidad, elaborar trabajos y enviarlos a la Academia, a los fines de su posible publicación.

Para ser colaborador especial es necesario cumplir concurrentemente con los siguientes requisitos:

- 1.- Ser venezolano.
- 2.- Poseer título de cuarto nivel.
- 3.- Haber sido profesor universitario por lo menos cuatro años.
- 4.- Poseer conocimiento comprobado en el ámbito jurídico o de ciencias políticas.
- 5.- Haber publicado, al menos, una obra en derecho o ciencias políticas.
- 6.- Tener intachable conducta ciudadana.

DE LA MATRICULA DE LOS ACADÉMICOS

ARTÍCULO 18.- La matrícula de los Individuos de Número se llevará en un Libro, empastado y foliado, en el cual se inscribirán los nombres de aquellos, en el orden numérico que corresponda a sus respectivos sillones y con indicación de la fecha de incorporación de cada uno.

ARTÍCULO 19.- La matrícula de los colaboradores especiales y de los Miembros Correspondientes Extranjeros se llevará en un libro, empastado y foliado, en el cual se inscribirán los nombres de aquellos, ordenándolos alfabéticamente por el nombre del Estado de la República que representen o del país al cual pertenezcan, según sea el caso, con indicación de la fecha de incorporación de cada uno.

ARTÍCULO 20.- En el Salón de Actos de la Academia se mantendrán sendos cuadros debidamente calografiados con las respectivas nóminas de los Miembros Fundadores, de los Individuos de Número y de los Miembros Correspondientes Extranjeros.

En cada número del Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales se publicará la nómina de los Individuos de Número desde la fecha de la fundación de la Academia, por orden de sucesión. Igualmente se publicará la lista de los Miembros Correspondientes Extranjeros existentes para la fecha.

DE LAS SESIONES DE LA ACADEMIA

ARTÍCULO 21.- La máxima autoridad de la Academia está constituida por sus Individuos de Número reunidos en sesión.

ARTÍCULO 22.- Las sesiones de la Academia pueden ser ordinarias o extraordinarias. Estas últimas podrán ser especiales o solemnes en los casos previstos por este Reglamento.

De manera excepcional, cuando las circunstancias así lo impongan y con la finalidad de dar cumplimiento efectivo a los fines y objeto de la Academia, la Junta Directiva podrá convocar sesiones ordinarias o extraordinarias de manera virtual o telemática. A tal efecto, la Junta Directiva implementará los mecanismos idóneos que aseguren la participación efectiva de los Miembros de la Corporación.

ARTÍCULO 23.- Las sesiones ordinarias se celebrarán el primer y tercer martes de cada mes, a las 10:30 de la mañana, sin necesidad de convocatoria. Si el día en el cual deba celebrarse la reunión fuere feriado, se la realizará en el día hábil inmediato siguiente.

PARÁGRAFO ÚNICO: Cuando existan circunstancias que así lo exijan, la Junta Directiva podrá convocar la sesión para un día de la semana distinto al previsto en esta norma, y fijar la hora que estime pertinente, lo cual deberá hacer con por lo menos 48 horas de antelación, dejando constancia en la convocatoria de las circunstancias, lugar y hora de la sesión.

ARTÍCULO 24.- Las sesiones extraordinarias podrán celebrarse cada vez que lo requieran las circunstancias, ya por iniciativa del Presidente, bien por solicitud de no menos de tres (3) de sus Individuos de

Número. En ellas se tratarán sólo aquellos asuntos para los cuales se las convoque. La convocatoria se publicará en un Diario de la ciudad de Caracas, con no menos de tres (3) días de antelación, y, en caso de urgencia calificada por el Presidente, podrá hacérsela mediante notificación individual y con la anticipación que permitan las circunstancias.

ARTÍCULO 25.- Las sesiones solemnes serán las celebradas con motivos o en oportunidades que justifiquen solemnidad, como en el caso de honrar la memoria de alguna persona que haya contribuido notablemente al progreso de las Ciencias Políticas y Sociales; conmemorar sucesos de trascendencia para dichas ciencias; realizar el acto de incorporación de alguna persona que haya sido electa Individuo de Número, o cualesquiera otros similares.

Para cada sesión solemne se elaborará un programa, que incluirá un orador de orden, designado expresamente para pronunciar discurso alusivo a su objeto.

En las sesiones solemnes que se celebren para recibir a quienes hayan sido electos Individuos de Número, se leerán los discursos de incorporación del nuevo Académico y el de contestación al mismo.

ARTÍCULO 26.- Es obligatoria la participación de los Individuos de Número en las sesiones de la Academia, sean éstas presenciales, o telemáticas en los casos en que sean procedentes, y en las solemnes, éstos deberán lucir la medalla que les sirve de distintivo.

ARTÍCULO 27.- Las sesiones de la Academia serán presididas por el Presidente y en defecto de éste, por uno de los Vicepresidentes, según el orden de su elección. Si ninguno de los nombrados estuviere participando, el acto será presidido por el Individuo de Número que al efecto escojan los participantes en la reunión.

De no estar participando el Secretario, el Presidente designará a uno de los Individuos de Número participantes para que desempeñe accidentalmente sus funciones.

ARTÍCULO 28.- Las sesiones de la Asamblea serán públicas, a menos que el Cuerpo disponga hacer privada cualquiera de ellas; cuando lo disponga este Reglamento o cuando las circunstancias así lo exijan.

ARTÍCULO 29.- Los Miembros Correspondientes Extranjeros podrán participar en las sesiones de la Academia, y tendrán el derecho

de palabra, con sujeción a las normas establecidas al efecto en este Reglamento, pero no tendrán derecho a voto.

ARTÍCULO 30.- De cada sesión celebrada por la Academia se levantará Acta, que se asentará en el Libro respectivo, estará autorizada por las firmas del Presidente y del Secretario y en ella se dejará constancia de los nombres de los Individuos de Número que hayan participado y de una síntesis de los asuntos considerados y de las decisiones adoptadas

DEL RÉGIMEN PARLAMENTARIO Y DE LAS VOTACIONES

ARTÍCULO 31.- El quórum para las sesiones ordinarias o extraordinarias, será de cinco (5) Individuos de Número, por lo menos.

Para la validez de la elección de un Individuo de Número o Miembro Correspondiente Extranjero se requerirá la participación física o telemática de no menos de quince (15) Individuos de Número y el número de votos favorables a que se refiere el artículo 8º, con la excepción prevista en el Parágrafo Único del Artículo 3, ambos de este Reglamento.

Para las sesiones en las cuales hayan de ser electos Miembros de la Junta Directiva de la Academia, así como también para aquellas en las cuales se propongan reformas a este Reglamento el quórum no podrá ser menor de diez (10) Individuos de Número.

ARTÍCULO 32.- La dirección del debate estará a cargo del Presidente o de quien haga sus veces.

ARTÍCULO 33.- Se concederá el derecho de palabra a quien primero lo solicite y si dos o más lo solicitaren simultáneamente, le será concedido a quien esté más cercano a la derecha del Presidente. Cuando entre quienes soliciten el derecho de palabra hubiere alguno que lo haga por primera vez, se preferirá a éste.

ARTÍCULO 34.- Ningún Individuo de Número podrá hacer uso del derecho de palabra por más de tres (3) veces en la discusión de un mismo asunto, salvo el caso en que desee responder a alguna alusión.

ARTÍCULO 35.- De las decisiones de la dirección del debate, podrá apelarse al Cuerpo, y tanto quien esté dirigiendo aquel como el apelante tendrán derecho de palabra, por una sola vez, para ilustrar el asunto controvertido, y deberán abstenerse de votar respecto al mismo.

ARTÍCULO 36.- Sólo podrán ser sometidas a discusión aquellas proposiciones o adiciones a éstas que sean apoyadas por uno, al menos, de los Individuos de Número.

ARTÍCULO 37.- El debate se concretará, simultáneamente, a las proposiciones y adiciones a éstas que estén apoyadas, así como también a las modificaciones que se formulen respecto a unas y otras. Antes que todo, se votarán las modificaciones, luego las adiciones y finalmente la proposición original. Las votaciones se llevarán a cabo, en sus respectivas clases, en orden inverso a aquel en el cual hayan sido hechas las propuestas. Aprobada que sea una modificación o adición, no habrá lugar a considerar aquellas anteriores que se le opongan.

ARTÍCULO 38.- El proponente podrá retirar su proposición con el voto favorable de la mayoría de los presentes.

ARTÍCULO 39.- Ninguna materia o asunto podrá ser preferido a otro que se encuentre en discusión, excepto materias en el caso previsto en el artículo precedente, o cuando se trate de alguna moción de diferir, o si el asunto fuere calificado urgente por el Cuerpo.

ARTÍCULO 40.- Las decisiones se tomarán por el voto de la mayoría absoluta de los participantes en la reunión, a menos que la Ley o este Reglamento exijan una mayoría diferente.

ARTÍCULO 41.- El levantamiento de sanción a cualquier decisión deberá ser solicitado por no menos de dos (2) Individuos de Número en la sesión ordinaria o extraordinaria inmediata a aquella en la cual hubiera sido adoptada. El levantamiento de sanción requerirá el voto favorable de no menos de las dos terceras partes de los Individuos de Número participantes en la sesión.

ARTÍCULO 42.- Cualquier Individuo de Número podrá solicitar que se deje constancia de su voto negativo respecto a los asuntos aprobados por la mayoría y así se hará constar en el acta correspondiente. Igualmente tendrá derecho a salvar su voto, caso en el cual podrá razonarlo por escrito y consignarlo en Secretaría, para que se le de lectura en la primera sesión ordinaria que sea celebrada después de la consignación.

ARTÍCULO 43.- Las elecciones que hayan de practicarse conforme a este Reglamento se harán siempre por votación directa y secreta. El Presidente nombrará una Comisión escrutadora, integrada por dos

(2) Individuos de Número, quienes recibirán y verificarán los votos depositados y anunciarán el resultado de la elección en voz alta.

Se declararán nulas las boletas de votación que sean depositadas en blanco y también las que contengan votos emitidos a favor de personas distintas de quienes estén siendo objeto de la votación respectiva.

PARÁGRAFO ÚNICO: De manera excepcional y cuando las circunstancias así lo impongan, la Academia, por la mayoría absoluta de los participantes en la sesión, podrá autorizar a la Junta Directiva para que convoque a la elección correspondiente en una sesión posterior de carácter telemático. En este caso, la Junta Directiva implementará un mecanismo seguro y confiable que permita la participación efectiva y garantice la votación directa y secreta. Dicho mecanismo deberá ser previa y suficientemente informado a los Académicos, a los fines de que éstos tengan el conocimiento necesario para ejercer su derecho a voto.

ARTÍCULO 44.- En los casos de coincidencias de lapsos y fechas para la elección de nuevos Individuos de Número para ocupar sillones vacantes, se realizaran los procesos de forma paralela y separada, pudiendo los aspirantes postularse para los sillones, de manera independiente.

DEL CEREMONIAL

ARTÍCULO 45.- Cada vez que el Presidente de la República haya de concurrir a algún acto de la Academia, el Presidente de ésta designará a dos de los Individuos de Número, para que reciban a aquel a las puertas del Palacio de las Academias y le conduzcan a la Presidencia de Honor.

Si quien hubiere de concurrir al acto fuere el Ministro de Educación, se designará a uno de los Individuos de Número para que le reciba y conduzca al sitial antes mencionado.

ARTÍCULO 46.- Los representantes de los Poderes públicos, dignatarios, personalidades y Miembros de otras Academias nacionales, tendrán los puestos que sean asignados.

ARTÍCULO 47.- Los Individuos de Número que sean Miembros de la Junta Directiva de la Academia, ocuparán los sillones correspondientes a sus respectivos cargos, y los demás tomarán posición en

el orden determinado por la numeración de los sillones que les estén asignados.

ARTÍCULO 48.- El Presidente designará a dos (2) Individuos de Número, para que conduzcan a la tribuna a los oradores que hayan de participar en determinado acto solemne.

ARTÍCULO 49.- La Academia declarará duelo por fallecimiento de cualquiera de sus Individuos de Número, y una copia del Acuerdo respectivo, se hará llegar a los deudos del extinto.

DE LA ELECCIÓN Y DE LA TOMA DE POSESIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA

ARTÍCULO 50.- Cuando en la elección de algún Miembro de la Junta Directiva de la Academia, ningún candidato alcanzare mayoría absoluta de votos, se repetirá la votación, concretándola a los dos que hayan obtenido mayor número de votos, y en caso de empate, se decidirá por la suerte.

ARTÍCULO 51.- Los Miembros de la Junta Directiva de la Academia tomarán posesión de sus cargos el día 17 de marzo, fecha aniversario de la instalación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y deberán ser elegidos con un mes de anticipación, por lo menos, a dicha fecha.

Si el día fijado para la instalación fuere feriado, el acto se llevará a efecto el día hábil inmediato siguiente.

ARTÍCULO 52.- La vacante absoluta de algún cargo deberá ser suplida dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en la cual se haya producido, según el procedimiento establecido en el artículo anterior.

ARTÍCULO 53.- El Presidente de la Academia prestará ante ésta el juramento de ley, y, seguidamente, lo tomará a los demás Miembros de la Junta Directiva.

DEL PRESIDENTE

ARTÍCULO 54.- Son atribuciones del Presidente:

1. Ejercer la representación de la Academia en todo cuanto con ella se relacione, a menos que aquella designe representantes especiales;

2. Presidir las sesiones de la Academia;
3. Establecer el orden de la Cuenta, determinar el destino de los asuntos que la integren y dirigir los debates;
4. Dirigir los trabajos de la Academia;
5. Suscribir la correspondencia y delegar en el Secretario la firma de aquellos asuntos que, a su juicio, así lo permitan;
6. Designar los integrantes de las Comisiones especiales u ocasionales creadas por la Academia, cuando tal designación no esté reservada a otro de sus órganos;
7. Velar porque las Comisiones permanentes, especiales u ocasionales, cumplan oportunamente el cometido que les corresponda;
8. Disponer lo que considere conveniente a la economía de la Academia y el mejor cuidado del local y mobiliario de la misma;
9. Suscribir la orden de pago de las erogaciones dispuestas por la Academia;
10. Presentar al Ministerio de Educación, en unión del Secretario, la Memoria anual relativa a los trabajos realizados por la Academia;
11. Suscribir, en unión del Secretario, las Actas aprobadas de las sesiones, los Acuerdos, Diplomas, los informes sobre asuntos que sean sometidos a la consideración de la Academia, y, en general, todo escrito o documento previsto en este Reglamento u ordenado por la Academia en sus sesiones;
12. Resolver cuanto considere urgente ejecutar, y dar cuenta a la Academia, en la sesión más inmediata, de lo que al respecto hubiere decidido;
13. Velar por el mejor cumplimiento de la Ley, de este Reglamento, de los Acuerdos y de las demás disposiciones de la Academia;
14. Ejercer todas aquellas otras atribuciones que no correspondan privativamente a la Academia o a determinado funcionario de ésta.

DE LOS VICEPRESIDENTES

ARTÍCULO 55.- Corresponderá al Primer o Segundo Vicepresidente, suplir las faltas temporales del Presidente.

DEL SECRETARIO

ARTÍCULO 56.- Son atribuciones del Secretario:

1. Llevar los Libros de Actas y de Acuerdos de la Academia, los de matrícula de los Académicos, y cualquier otro que se juzgue conveniente;
2. Redactar las Actas de las sesiones, la Memoria que debe presentarse anualmente al Ministerio de Educación y los informes que sean de su competencia, y firmar tales documentos en unión del Presidente;
3. Dar cuenta de la correspondencia que se reciba y redactar la que se despache;
4. Redactar aquellos Acuerdos que no sean particularmente encomendados a los Miembros de la Junta Directiva o comisiones;
5. Redactar las notificaciones y avisos que fueren necesarios;
6. Conservar bajo inventario el archivo y procurar que se mantengan en el mejor orden los expedientes, documentos, memorias y demás papeles de la Academia;
7. Conservar los ejemplares del curriculum vitae acompañados al escrito de postulación de los Académicos que resulten electos como tales, a fin de hacerlos compilar en libros que se harán empastar;
8. Expedir las copias certificadas que la Academia o el Presidente ordenen;
9. En general, las demás que sean propias de sus funciones.

DEL TESORERO

ARTÍCULO 57.- Son atribuciones del Tesorero:

1. Recaudar las cantidades de dinero pertenecientes a la Academia;
2. Recibir cualquier donativo hecho a la Academia y aceptado por ésta y otorgar el recibo correspondiente;

3. Proponer las medidas que juzgue convenientes para incrementar los ingresos de la Academia;
4. Hacer los pagos ordinarios y extraordinarios, previa orden del Presidente;
5. Llevar en debida forma las cuentas y custodiar los comprobantes de los egresos de la Academia;
6. Presentar al Presidente un estado mensual de Caja y a la Academia un Balance anual, este último para ser examinado por una Comisión de (2) Individuos de Número designados al efecto por el Presidente entrante;
7. En general cualquier otra facultad que la Ley o este Reglamento le confieran o que sea cónsona con las funciones propias de su cargo.

DEL BIBLIOTECARIO

ARTÍCULO 58.- Son atribuciones del Bibliotecario:

1. Custodiar los libros y demás publicaciones pertenecientes a la Academia;
2. Sugerir la adquisición de libros y adquirir aquellos que la Academia disponga; 3. Recabar de cada Individuo de Número, la entrega de dos (2) obras científicas, con las cuales aquéllos deben contribuir al fomento de la Biblioteca en la oportunidad de su incorporación.
4. Obtener la suscripción de las publicaciones científicas que disponga la Academia;
5. Informar al Secretario respecto de las publicaciones recibidas, a fin de que dé cuenta a la Academia;
6. Elaborar un proyecto de Reglamento interno de la Biblioteca y someterlo a consideración de la Academia;
7. Informar a la Academia sobre los trabajos que realice en organización de la Biblioteca y sugerir cuanto considere conveniente para el incremento y mejoramiento de la misma;
8. Ejercer cualquier otra atribución propia de su cargo.

DE LAS COMISIONES

ARTÍCULO 59.- Las Comisiones permanentes a que se contrae el Artículo 11 de la Ley, estarán integradas por tres (3) Individuos de Número cada una, y tendrán la obligación de estudiar las materias o asuntos que la Academia les confíe y de informar sobre las conclusiones que obtengan en sus estudios.

Corresponde, además, a dichas Comisiones, mantenerse informadas de los adelantos operados en aquellas ramas de las Ciencias Políticas y Sociales que les estén específicamente encomendadas, e informar anualmente, a su vez, a la Academia, respecto de tales adelantos científicos.

ARTÍCULO 60.- La Academia puede crear también cuantas Comisiones especiales, accidentales o permanentes, considere convenientes, y determinar el número de sus integrantes y el alcance de su cometido.

ARTÍCULO 61.- Los miembros de las Comisiones permanentes serán designados, de común acuerdo, por los Miembros de la Junta Directiva de la Academia, en la oportunidad más inmediata posible a su respectiva instalación. Los de las Comisiones especiales serán designados por el Presidente, a menos que la Academia haga reserva expresa de tal designación.

ARTÍCULO 62.- Cada Comisión será presidida por el Individuo de Número que sea designado en primer lugar, a quien corresponderá dirigir el trabajo de aquella.

ARTÍCULO 63.- Los Miembros de las Comisiones podrán solicitar de la Secretaría, todos los libros, documentos y datos que consideren necesarios para el mejor cumplimiento del cometido que se les haya confiado.

ARTÍCULO 64.- Las Comisiones se reunirán en el local de la Academia por convocatoria que les hagan sus respectivos Presidentes.

ARTÍCULO 65.- Los informes de las comisiones se consignarán por escrito, firmados por todos aquellos de sus miembros que hayan concurrido a la reunión en la cual se les apruebe. Quienes estén en desacuerdo con la opinión de la mayoría, pueden salvar su voto. Copias de los informes recibidos se harán llegar a todos los Individuos de Número, con indicación de la oportunidad en la cual habrán de ser

considerados por la Academia. La aprobación de los informes resultará del voto favorable de las dos terceras partes de los Individuos de Número que concurran a la sesión en la cual sean considerados aquellos.

DE LAS PUBLICACIONES

ARTÍCULO 66.- Los aspectos organizativos y técnicos de publicaciones de la Academia estarán a cargo de la Comisión de Publicaciones, integrada por el Secretario y dos (2) Individuos de Número, nombrados cada año en la primera sesión ordinaria siguiente a la fecha de instalación de la nueva Junta Directiva.

ARTÍCULO 67.- Las obras que publique la Academia deberán versar sobre temas relacionados con sus objetivos y serán originales e inéditas, salvo cuando se trate de reediciones u obras de reconocida importancia.

ARTÍCULO 68.- En ningún caso la Academia pagará ni reconocerá pago o compensación alguna por derecho de autor a los Individuos de Número por los libros de su autoría que edite la Corporación y se limitará, en cada edición, a hacer entrega gratuita al autor del número de ejemplares convenido para cada tipo de edición.

ARTÍCULO 69.- Cuando se trate de obras de quienes no fueren Individuos de Número, la Academia le hará entrega gratuita, por concepto de derecho de autor, del diez por ciento del número de ejemplares de la respectiva edición.

ARTÍCULO 70.- La Academia podrá celebrar acuerdos de coedición con otras Academias, con instituciones oficiales, con organismos privados o empresas comerciales, con el objeto de reducir sus costos de edición, facilitar la distribución de las obras editadas o contribuir a la difusión de libros que estime de interés para los estudios jurídicos o políticos. En tales acuerdos se deberá procurar que la Academia obtenga las compensaciones y beneficios que correspondan a la índole de los compromisos que hubiere asumido.

ARTÍCULO 71.- La Academia tendrá un órgano de divulgación denominado Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el cual estará bajo la dirección de la Comisión de Publicaciones.

ARTÍCULO 72.- En el Boletín de La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, se publicarán los trabajos de los académicos, que tendrán preferencia, y cualquier colaboración que sea solicitada

expresamente por la Comisión o enviada espontáneamente por cualquier particular, si se dan las condiciones previstas en este Reglamento.

ARTÍCULO 73.- Corresponde a la Comisión juzgar respecto a la conveniencia y oportunidad de toda publicación que sea enviada por particulares. Cuando esa publicación estuviere recomendada por tres (3) Individuos de Número, por lo menos, y la Comisión la rechazare, podrá apelarse de esta decisión que se resolverá en la sesión ordinaria.

En ningún caso se devolverán los originales de los trabajos y será indispensable que éstos contengan la firma autógrafa de su autor.

ARTÍCULO 74.- La publicación de cualquier tipo de trabajo por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, no implica solidaridad de la Corporación con los conceptos expresados por el autor.

ARTÍCULO 75.- Se admitirán solamente los trabajos de interés académico. No se admitirán los que sean sólo de interés profesional o aquellos sobre los asuntos que estén ventilándose judicialmente.

DEL SELLO, LA MEDALLA Y EL DIPLOMA

ARTÍCULO 76.- El Sello de la Academia será de forma circular, tendrá treinta y cinco milímetros de diámetro, llevará en el centro el Escudo Nacional, debajo de éste la inscripción “Presidencia” o “Secretaría”, según sea el caso; luego, en semicírculo interno y debajo de aquella de las precedentes palabras que corresponda, llevará la inscripción “Caracas” y tendrá una orla que en la parte superior dirá “República de Bolivariana de Venezuela” y en la inferior “Academia de Ciencias Políticas y Sociales”.

ARTÍCULO 77.- La Medalla que servirá de distintivo a los Individuos de Número será color de Oro, en forma de trapecio isósceles, alargado en sentido vertical, con una altura de cinco (5) centímetros. Su base mayor será de tres (3) centímetros y su base menor de uno y medio (1 1/2) centímetros. La placa será pulida en su contorno, como formando marco a la parte interior, que será repujada y se encontrará en un plano más bajo. En el centro de la Medalla aparecerá una antorcha como símbolo de la justicia y la ciencia. Sobre la antorcha, entres (3) líneas de arriba abajo, aparecerán las siguientes leyendas: Verdad-Humanidad-Leyes Sociales. También en tres (3) líneas, debajo de la antorcha, aparecerá: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

La Medalla penderá por su base menor de un cordón color rojo, que será colocado alrededor del cuello de su titular.

ARTÍCULO 78.- El Diploma que se extenderá a los Académicos, llevará en la parte superior el Escudo Nacional y tendrá el texto siguiente: “República Bolivariana de Venezuela. - La Academia de Ciencias Políticas y Sociales. - Por cuanto en el ciudadano _____ concurren las cualidades que requiere el artículo _____ de la Ley que rige esta Corporación, se ha tenido a bien elegirlo _____. En fe de lo cual, se le expide el presente Diploma en Caracas, a _____.

El Presidente.

El Secretario.

DISPOSICIONES VARIAS

ARTÍCULO 79.- La Academia promoverá certámenes científicos y a tal efecto determinará el tema sobre el cual habrán de versar, los requisitos del concurso, y, en general todo cuanto al mismo concierna.

Los premios que hayan de otorgarse en los certámenes deberán llevar el nombre de alguna persona que haya contribuido notablemente al desarrollo de las Ciencias Políticas y Sociales en Venezuela.

ARTÍCULO 80.- Serán días hábiles para las actividades académicas, todos los del año, con excepción de los comprendidos entre el 15 de agosto y 15 de septiembre, ambos inclusive, y el 24 de diciembre y el 6 de enero, ambos también inclusive, todos los cuales serán de vacaciones. En tales días sólo podrá actuarse en asuntos calificados de urgentes por el voto favorable de la mitad más uno de los Miembros de la Junta Directiva de la Academia.

Disposición final:

ARTÍCULO 81.- A los efectos de este reglamento los Miembros Correspondientes Nacionales Incorporados por Sentencia N° 1986 del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 23-10-2007, tendrán los derechos y obligaciones de los Individuos de Número.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

ARTÍCULO 82.- Se deroga parcialmente el Reglamento sancionado el 21 de julio de 2009 y todo lo no reformado queda vigente. Se ordena refundir en un solo texto el Reglamento del 2009 junto con su reforma parcial.

Aprobado en la sesión ordinaria del día diecinueve (19) de mayo de dos mil veinte (2020).

El Presidente,
Humberto Romero-Muci

El Secretario,
Rafael Badell Madrid

NÓMINAS

MIEMBROS FUNDADORES DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Sillón N°

Sillón N°

1. Dr. Alejandro Urbaneja	16. Dr. Juvenal Anzola
2. Dr. Francisco A. Guzmán Alfaro	17. Dr. José Loreto Arismendi
3. Dr. Domingo Antonio Coronil	18. Dr. Raúl Crespo Vivas
4. Dr. Diego Bautista Urbaneja	19. Dr. Pedro Miguel Reyes
5. Dr. Pedro M. Brito González	20. Dr. Arminio Borjas
6. Dr. Francisco Gerardo Yanes	21. Dr. Juan José Mendoza
7. Dr. Alejandro Pietri hijo	22. Dr. Jesús Rojas Fernández
8. Dr. Carlos F. Grisanti	23. Dr. José Gil Fortoul
9. Dr. Juan Francisco Bustillos	24. Dr. Guillermo Tell Villegas
10. Dr. Cristóbal L. Mendoza	25. Dr. Pedro Hermoso Tellería
11. Dr. José Santiago Rodríguez	26. Dr. Pedro Manuel Arcaya
12. Dr. Esteban Gil Borges	27. Dr. Pedro Itriago Chacín
13. Dr. Carlos Jiménez Rebolledo	28. Dr. Emilio Constantino Guerrero
14. Dr. Manuel Alfredo Vargas	29. Dr. Lorenzo Herrera Mendoza
15. Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza	30. Dr. Carlos Alberto Urbaneja

INDIVIDUOS DE NÚMERO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Sillón N° 1

Dr. Luis Ugalde, S.J.

Sillón N° 2

Dr. José Guillermo Andueza

Sillón N° 3

Dr. Aristides Rengel Romberg (+)

Sillón N° 4

Dr. José Muci-Abraham

Sillón N° 5

Prof. Enrique Urdaneta Fontiveros

Sillón N° 6

Prof. Luciano Lupini Bianchi

Sillón N° 7

Dr. Alberto Arteaga Sánchez

Sillón N° 8

Dr. Jesús María Casal

Sillón N° 9

Dr. Pedro Nikken (+)

Sillón N° 10

Dr. Allan Randolph Brewer-Carías

Sillón N° 11

Dr. Eugenio Hernández-Bretón

Sillón N° 12

Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre

Sillón N° 13

Dr. Luis Cova Arria

Sillón N° 14

Dr. Humberto Romero-Muci

Sillón N° 15

Prof. Ramón Guillermo Aveledo

Sillón N° 16

Dra. Hildegard Rondón de Sansó

Sillón N° 17

Dr. Rafael Badell Madrid

Sillón N° 18

Prof. Henrique Iribarren Monteverde

Sillón N° 19

Dra. Josefina Calcaño de Temeltas

Sillón N° 20

Prof. Guillermo Gorrín Falcón

Sillón N° 21

Prof. Gerardo Fernández Villegas

Sillón N° 22

Dr. 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 Mena

Sillón N° 30

Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas

Sillón N° 31

Prof. Salvador Yannuzzi Rodríguez

Sillón N° 32

Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia

Sillón N° 33

Dr. Alfredo Morles Hernández

Sillón N° 34

Dr. Héctor Faúndez Ledesma

Sillón N° 35

Dr. Carlos Leañez Sievert

Dr. Luis Guillermo Govea U., h

Dr. Oscar Hernández Álvarez

Dr. Fortunato González Cruz

Dr. Luis Napoleón Goizueta H.

COLABORADORES ESPECIALES

Dr. José Getulio Salaverría - Estado Anzoátegui

Dr. Gilberto Guerrero Quintero - Estado Aragua

Dr. Egberto Abdón Sánchez Noguera - Estado Mérida

Dr. Jorge Rosell Senhem - Estado Lara

Dr. Jorge L. Lozada González - Estado Aragua

Dr. Rodrigo Rivera Morales - Estado Táchira

Dr. Pedro Rondón Haaz - Estado Carabobo

Dr. Jesús Esparza - Estado Zulia

INDIVIDUOS DE NÚMERO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES POR ORDEN DE SUCESIÓN

SILLÓN N° 1

Dr. Alejandro Urbaneja

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 6 de abril de 1944.

Dr. Alonso Calatrava

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1944. Se incorporó el 16 de noviembre de 1949. Murió el 9 de enero de 1966.

Dr. Efraín Schacht Aristeguieta

Electo en sesión ordinaria del 30 de marzo de 1966. Se incorporó el 24 de mayo de 1968. Murió el 6 de febrero de 2007.

Dr. Luis Ugalde, S.J.

Electo en sesión ordinaria del 7 de agosto de 2007. Se incorporó el 8 de julio de 2008.

SILLÓN N° 2

Dr. Francisco A. Guzmán Alfaro

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 5 de septiembre de 1932.

Dr. Tomás Liscano

Electo en sesión ordinaria de 31 de julio de 1933. Se incorporó el 3 de julio de 1935. Murió el 10 de marzo de 1951.

Dr. Rafael Caldera

Electo en sesión ordinaria del 30 de abril de 1951. Se incorporó el 6 de agosto de 1953. Murió el 24 de diciembre de 2009.

Dr. José Guillermo Andueza

Electo en sesión ordinaria del 6 de abril de 2010. Se incorporó el 19 de junio de 2011.

SILLÓN N° 3

Dr. Domingo Antonio Coronil

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 27 de marzo de 1925.

Dr. Pablo Godoy Fonseca

Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre de 1925. Se incorporó el 29 de octubre de 1926. Murió el 21 de febrero de 1937.

Dr. Carlos Morales

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1937. Se incorporó el 23 de enero de 1954. Murió el 11 de marzo de 1971.

Dr. Luis Felipe Urbaneja Blanco

Electo en sesión ordinaria de 15 de julio de 1971. Se incorporó el 27 de octubre de 1972. Murió el 9 de agosto de 1994.

Dr. Aristides Rengel Romberg

Electo en sesión ordinaria del 17 de enero de 1995. Se incorporó el 6 de junio de 1995. Murió el 22 de julio de 2019.

SILLÓN N° 4

Dr. Diego Bautista Urbaneja

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 6 de abril de 1946.

Dr. Ángel Francisco Brice

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1946. Se incorporó el 27 de diciembre de 1946. Murió el 18 de junio de 1969.

Dr. René Lepervanche Parpacén

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1969. No se incorporó. Murió el 7 de diciembre de 1969.

Dr. José Muci-Abraham

Electo en sesión ordinaria del 15 de abril de 1970. Se incorporó el 22 de septiembre de 1971.

SILLÓN N° 5

Dr. Pedro M. Brito González

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 22 de julio de 1922.

Dr. Francisco Arroyo Parejo

Electo en sesión ordinaria de 15 de noviembre de 1922. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria del 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 30 de junio de 1924. Murió el 4 de abril de 1950.

Dr. Arturo Uslar Pietri

Electo en sesión ordinaria del 16 de octubre de 1950. Se incorporó el 22 de septiembre de 1955. Murió el 26 de febrero de 2001.

Dra. Tatiana B. de Maekelt

Electa en sesión ordinaria del 19 de junio de 2001. Se incorporó el 18 de junio de 2002. Murió el 17 de agosto de 2009.

Prof. Enrique Urdaneta Fontiveros

Electo en sesión ordinaria del 6 de abril de 2010. Se incorporó el 1° de diciembre de 2010.

SILLÓN N° 6

Dr. Francisco Gerardo Yanes

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 3 de agosto de 1946.

Dr. Pablo Ruggieri Parra

Electo en sesión ordinaria del 15 de enero de 1947. Se incorporó el 11 de abril de 1957. Murió el 25 de marzo de 1963.

Dr. Luis Gerónimo Pietri

Electo en sesión ordinaria del 17 de junio de 1963. Se incorporó el 15 de noviembre de 1968. Murió el 4 de julio de 1969.

Dr. Julio Díez

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. Murió el 09 de diciembre de 2019.

SILLÓN N° 10

Dr. Cristóbal L. Mendoza

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 26 de febrero de 1978.

Dr. Allan Randolph Brewer-Carías

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1978. Se incorporó el 3 de noviembre de 1978.

SILLÓN N° 11

Dr. José Santiago Rodríguez

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 9 de mayo de 1945.

Dr. Rafael Caldera

Electo en sesión ordinaria del 16 de julio de 1945, no ocupó este Sillón, sino el N° 2, por haberlo acordado así la Academia en sesión ordinaria del 30 de abril de 1951.

Dr. Francisco Manuel Mármol

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1951. Se incorporó el 29 de noviembre de 1957. Murió el 25 de marzo de 1985.

Dr. José Santiago Núñez Aristimuño

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1985. Se incorporó el 29 de octubre de 1986. Murió el 21 de febrero de 2005.

Dr. Eugenio Hernández-Bretón

Electo en sesión ordinaria del 4 de octubre de 2005. Se incorporó el 15 de mayo de 2007.

SILLÓN N° 12

Dr. Esteban Gil Borges

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 3 de agosto de 1942.

Dr. Néstor Luis Pérez

Electo en sesión ordinaria del 2 de diciembre de 1942. Se incorporó el 15 de marzo de 1944. Murió el 5 de febrero de 1949.

Dr. Manuel Maldonado

Electo en sesión ordinaria del 30 de junio de 1949. Se incorporó el 23 de febrero de 1951. Murió el 14 de septiembre de 1966.

Dr. Tomás Enrique Carrillo Batalla

Electo en sesión ordinaria del 16 de enero de 1967. Se incorporó el 7 de diciembre de 1972. Murió el 13 de octubre de 2015.

Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre

Electo en sesión ordinaria del 7 de junio de 2016. Se incorporó el 23 de marzo de 2017.

SILLÓN N° 13

Dr. Carlos Jiménez Rebolledo

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 11 de enero de 1951.

Dr. Silvestre Tovar Lange

Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1951. No se incorporó. Murió el 5 de octubre de 1957.

Dr. Héctor Cuenca

Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1958. No se incorporó. Murió el 14 de abril de 1961.

Dr. Ezequiel Monsalve Casado

Electo en sesión ordinaria del 17 de julio de 1961. Se incorporó el 9 de junio de 1965. Murió el 11 de septiembre de 1999.

Dr. Luis Cova Arria

Electo en sesión ordinaria del 21 de marzo de 2000. Se incorporó el 20 de junio de 2000.

SILLÓN N° 14

Dr. Manuel Alfredo Vargas

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 21 de junio de 1936.

Dr. Félix Montes

Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1936. No se reincorporó. Murió el 26 de octubre de 1942.

Dr. Luis I. Bastidas

Electo en sesión ordinaria del 18 de enero de 1943. Se incorporó el 29 de abril de 1944. Murió el 3 de enero de 1950.

Dr. Pedro Pablo Guzmán, hijo

Electo en sesión ordinaria del 15 de mayo de 1950. Se incorporó el 30 de mayo de 1953. Murió el 24 de diciembre de 1981.

Dr. Isidro Morales Paúl

Electo en sesión ordinaria del 30 de abril de 1982. Se incorporó el 2 de agosto de 1982. Murió el 18 de junio de 2005.

Dr. Humberto Romero-Muci

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 2005. Se incorporó el 27 de junio de 2006.

SILLÓN N° 15

Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 25 de abril de 1941.

Dr. Gustavo Herrera

Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre de 1941. No se incorporó. Murió el 1° de febrero de 1953.

Dr. Carlos Siso

Electo en sesión ordinaria del 15 de abril de 1953. No se incorporó. Murió el 9 de mayo de 1954.

Dr. Pascual Venegas Filardo

Electo en sesión ordinaria del 1° de julio de 1954. Se incorporó el 5 de marzo de 1969. Murió el 4 de junio de 2003.

Dr. Humberto Njaim

Electo en sesión ordinaria del 7 de octubre de 2003. Se incorporó el 29 de marzo de 2005. Murió el 5 de abril de 2018.

Prof. Ramón Guillermo Avelado

Electo en sesión ordinaria el 17 de julio de 2018. Se incorporó el 6 de diciembre de 2018.

SILLÓN N° 16

Dr. Juvenal Anzola

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 14 de junio de 1928.

Dr. Cristóbal Benítez

Electo en sesión de 30 de septiembre de 1933. Se incorporó el 30 de diciembre de 1933. Murió el 31 de octubre de 1945.

Dr. Alejandro Urbaneja Achelpohl

Electo en sesión ordinaria del 16 de enero de 1946. Se incorporó el 18 de septiembre de 1951. Murió el 1° de febrero de 1988.

Dra. Hildegard Rondón de Sansó

Electa en sesión ordinaria del 7 de junio de 1988. Se incorporó el 14 de marzo de 1989.

SILLÓN N° 17

Dr. José Loreto Arismendi

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 24 de mayo de 1925.

Dr. Juan B. Bance

Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre de 1925. Se incorporó el 29 de octubre de 1926. Murió el 15 de julio de 1965.

Dr. Jesús Leopoldo Sánchez

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1965. Se incorporó el 23 de octubre de 1971. Murió el 26 de marzo de 1991.

Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez

Electo en sesión ordinaria del 16 de julio de 1991. Se incorporó el 22 de octubre de 1991. Murió el 13 de noviembre de 1996.

Dr. Gonzalo Pérez Luciani

Electo en sesión ordinaria del 6 de mayo de 1997. Se incorporó el 1° de diciembre de 1998. Murió el 23 de marzo de 2013.

Dr. Rafael Badell Madrid

Electo en sesión ordinaria del 2 de julio de 2013. Se incorporó el 1° de julio de 2014.

SILLÓN N° 18

Dr. Raúl Crespo Vivas

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 10 de abril de 1920.

Dr. Enrique Urdaneta Maya

Electo en sesión ordinaria de 31 de enero de 1921. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria de 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 30 de junio de 1924. Murió el 19 de enero de 1928.

Dr. José Antonio Tagliaferro

Electo en sesión ordinaria del 16 de abril de 1928. No se incorporó. Murió el 21 de enero de 1932.

Dr. Francisco Vetancourt Aristiguieta

Electo en sesión ordinaria de 16 de junio de 1932. Se incorporó el 15 de enero de 1935. Murió el 3 de diciembre de 1953.

Dr. José Loreto Arismendi, hijo

Electo en sesión ordinaria de 15 de marzo de 1954. Se incorporó el 28 de junio de 1954. Murió el 20 de diciembre de 1979.

Dr. José Luis Aguilar Gorrondona

Electo en sesión ordinaria del 30 de abril de 1980. Se incorporó el 30 de abril de 1982. Murió el 20 de abril de 2011.

Prof. Henrique Iribarren Monteverde

Electo en sesión de 20 de septiembre de 2011. Se incorporó el 7 de mayo de 2013.

SILLÓN N° 19

Dr. Pedro Miguel Reyes

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 7 de junio de 1949.

Dr. Héctor Parra Márquez

Electo en sesión ordinaria del 15 de mayo de 1950. Se incorporó el 16 de enero de 1951. Murió el 24 de mayo de 1978.

Dr. Carlos Mendoza Goiticoa

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1978. No se incorporó. Murió el 15 de febrero de 1980.

Dr. Rafael Pizani

Electo en sesión ordinaria del 31 de julio de 1980. Se incorporó el 15 de junio de 1982. Murió el 16 de diciembre de 1997.

Dra. Josefina Calcaño de Temeltas

Electa en sesión ordinaria del 21 de abril de 1998. Se incorporó el 16 de marzo de 2000.

SILLÓN N° 20

Dr. Arminio Borjas

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 2 de noviembre de 1942.

Dr. Edgar Sanabria

Electo en sesión ordinaria del 15 de febrero de 1943. Se incorporó el 31 de octubre de 1946. Murió el 24 de abril de 1989.

Dr. Enrique Tejera París

Electo en sesión ordinaria del 1° de agosto de 1989. Se incorporó el 21 de noviembre de 1989. Murió el 11 de noviembre de 2015.

Prof. Guillermo Gorrín Falcón

Electo en sesión ordinaria del 7 de junio de 2016. Se incorporó el 16 de octubre de 2018.

SILLÓN N° 21

Dr. Juan José Mendoza

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 28 de abril de 1959.

Dr. René De Sola

Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre 1959. Se incorporó el 27 de octubre de 1966. Murió el 19 de enero de 2018.

Prof. Gerardo Fernández Villegas

Electo en sesión ordinaria el 2 de octubre de 2018. Se incorporó el 2 de abril de 2019.

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 Lamedá

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. Murió el 24 de enero de 2017.

Prof. José Antonio Muci Borjas

Electo en sesión ordinaria el 19 de septiembre de 2017. Se incorporó el 6 de febrero de 2018.

SILLÓN N° 28

Dr. Emilio Constantino Guerrero

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 9 de octubre de 1920.

Dr. Rafael Cabrera Malo

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1922. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria del 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del 30 de junio de 1924. Murió el 3 de julio de 1935.

Dr. Ezequiel Urdaneta Braschi

Electo en sesión ordinaria del 30 de octubre de 1935. No se incorporó. Murió el 12 de mayo de 1959.

Dr. Carlos Montiel Molero

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1949. Se incorporó el 12 de febrero de 1954. Murió el 6 de marzo de 1981.

Dr. Leopoldo A. Borjas Hernández

Electo en sesión ordinaria del 15 de julio de 1981. Se incorporó el 31 de mayo de 1982. Murió el 29 de septiembre de 2001.

Dr. José Andrés Octavio

Electo en sesión ordinaria de 19 de febrero de 2002. Se incorporó el 30 de julio de 2002. Murió el 23 de enero de 2009.

Dr. Juan Francisco Porras Rengel

Electo en sesión ordinaria del 6 de octubre de 2009. No se incorporó. Murió el 12 de agosto de 2010.

Prof. Carlos Ayala Corao

Electo en sesión ordinaria de 18 de enero de 2011. Se incorporó el 8 de mayo de 2012.

SILLÓN N° 29

Dr. Lorenzo Herrera Mendoza

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 20 de septiembre de 1966.

Dr. Gonzalo Parra-Aranguren

Electo en sesión ordinaria del 31 de enero de 1967. Se incorporó el 16 de octubre de 1968. Murió el 3 de diciembre de 2016.

Dr. Cesar Augusto Carballo Mena

Electo en sesión ordinaria del 16 de mayo de 2017. Se incorporó el 5 de diciembre de 2017.

SILLÓN N° 30

Dr. Carlos Alberto Urbaneja

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 16 de agosto de 1917.

Dr. Victorino Márquez Bustillos

Electo en sesión ordinaria del 15 de enero de 1918. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria del 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 30 de junio de 1924. Murió el 10 de enero de 1941.

Dr. José Manuel Hernández Ron

Electo en sesión ordinaria del 15 de abril de 1941. Se incorporó el 30 de mayo de 1942. Murió el 28 de agosto de 1957.

Dr. Darío Parra

Electo en sesión del 16 de diciembre de 1957. Se incorporó el 17 de abril de 1964. Murió el 26 de septiembre de 1997.

Dr. Boris Bunimov Parra

Electo en sesión ordinaria del 20 de enero de 1998. Se incorporó el 16 de noviembre de 1999. Murió el 21 de junio de 2004.

Prof. Alberto Baumeister Toledo

Electo en sesión ordinaria del 2 de noviembre de 2004. Se incorporó el 23 de junio de 2005. Murió el 26 de enero de 2018.

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.

Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas

Electo en sesión ordinaria el 5 de junio de 2018. Se incorporó el 6 de noviembre de 2018.

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.

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.

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. 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. 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. 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.

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.

Prof. Salvador Yannuzzi Rodríguez

Electo en sesión ordinaria el 17 de abril de 2018. Se incorporó el 05 de febrero de 2019.

Dr. José Joaquín González Gorrondona

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1973. Se incorporó el 14 de agosto de 1975. Murió el 15 de agosto de 1988.

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. Alfredo Morles Hernández

Electo en sesión ordinaria del 21 de febrero de 1989. Se incorporó el 30 de abril de 1991.

SILLÓN N° 34

Dr. Pedro Arismendi Lairet

Electo en sesión ordinaria del 31 de julio de 1939. Se incorporó el 15 de marzo de 1956. Murió el 30 de abril de 1961.

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. 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 Villalba Villalba

Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1961. Se incorporó el 25 de marzo de 1963. Murió el 24 de enero de 1999.

Dr. Enrique Lagrange

Electo en sesión ordinaria del 20 de abril de 1999. Se incorporó el 6 de marzo de 2001. Murió el 9 de octubre de 2018.

Dr. Héctor Faúndez Ledesma

Electo en sesión ordinaria el 07 de mayo de 2019. Se incorporó el 01 de octubre de 2019.

SILLÓN N° 35

Don Laureano Vallenilla Lanz

Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión extraordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 16 de noviembre de 1936.

Dr. Simón Planas Suárez

Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1937. Se incorporó el 15 de julio de 1938. Murió el 3 de marzo de 1967.

Dr. Numa Quevedo

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1967. Se incorporó el 3 de octubre de 1968. Murió el 6 de febrero de 1981.

Dr. Carlos Sosa Rodríguez

Electo en sesión ordinaria del 15 de julio de 1981. Se incorporó el 15 de julio de 1982. Murió el 30 de junio de 1997.

Dr. Carlos Leáñez Sievert

Electo en sesión ordinaria del 18 de noviembre de 1997. Se incorporó el 5 de octubre de 1999.

INDIVIDUOS DE NÚMERO FALLECIDOS

A

Dr. Juvenal Anzola
Dr. Francisco Arroyo Parejo
Dr. José Ramón Ayala
Dr. Carlos Álamo Ybarra
Dr. Pedro Arismendi 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
Dr. Alberto Baumeister Toledo

C

Dr. Rafael Cabrera Malo
Dr. Alonso Calatrava
Dr. Domingo Antonio Coronil
Dr. Raúl Crespo Vivas
Dr. Tulio Chiossone
Dr. Rafael Caldera
Dr. Tomás Enrique Carrillo Batalla

D

Dr. Julio Diez
Dr. José Román Duque Sánchez
Dr. René De Sola

E

Dr. Ramón Escovar Salom
Dr. Alfonso Espinoza

F

Dr. Celestino Farrera
Dr. Luis H. Farías Mata

G

Dr. Pablo Godoy Fonseca
Dr. Tito Gutiérrez Alfaro
Dr. Pedro Pablo Guzmán, h.
Dr. José Joaquín González Gorrondona
Dr. Oscar García Velutini
Dr. Esteban Gil Borges
Dr. José Gil Fortoul
Dr. Carlos F. Grisanti
Dr. Emilio Constantino Guerrero
Dr. Francisco Guzmán Alfaro

H

Dr. José Manuel Hernández Ron
Dr. Pedro Hermoso Tellería
Dr. Gustavo Herrera
Dr. Lorenzo Herrera Mendoza

I

Dr. Pedro Itriago Chacín

J

Dr. Carlos Jiménez Rebolledo

L

Dr. Tomás Liscano
Dr. José Antonio López Borges
Dr. Luis Loreto Hernández
Dr. René Lepervanche Parpacén
Dr. Pedro José Lara Peña
Dr. Eloy Lares Martínez
Dr. Francisco López Herrera
Dr. Enrique Lagrange

M

Dr. Félix Montes
Dr. Rafael Marcano Rodríguez
Dr. Gustavo Manrique Pacanins
Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza
Dr. Juan José Mendoza
Don Rafael Martínez Mendoza
Dr. Manuel Maldonado
Dr. Carlos Morales
Dr. Cristóbal L. Mendoza
Prof. Augusto Mijares
Dr. Carlos Mendoza Goiticoa
Dr. Carlos Montiel Molero
Dr. Francisco Manuel Mármol
Dr. Victorino Márquez Bustillos
Dr. Ezequiel Monsalve Casado
Dr. Isidro Morales Paúl
Dra. Tatiana de Maekelt
Dr. José Mélich Orsini
Dr. Luis I. Mendoza

N

Monseñor Nicolás E. Navarro
Dr. José S. Núñez Aristimuño
Dr. Humberto Njaim
Dr. Pedro Nikken

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
Dr. Arístides Rengel Romberg

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. René De Sola
Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido	Dr. Héctor Parra Márquez
Dr. José Gil Fortoul	Dr. Tito Gutiérrez Alfaro
Dr. Arminio Borjas	Dr. Efraín Schacht Aristeguieta
Dr. José Gil Fortoul	Dr. Eloy Lares Martínez
Dr. Juan Bautista Bance	Dr. Julio Diez
Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido	Dr. Oscar García-Velutini
Dr. Francisco Arroyo Parejo	Dr. Tomás Enrique Carrillo Batalla
Dr. Celestino Farrera	Dr. Pascual Venegas Filardo
Dr. Juan Bautista Bance	Dr. Andrés Aguilar Mawdsley
Dr. José Gil Fortoul	Dr. José Muci-Abraham
Dr. Juan Bautista Bance	Dr. Tomás Polanco Alcántara
Dr. Francisco Arroyo Parejo	Dr. Isidro Morales Paúl
Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido	Dr. Leopoldo Borjas Hernández
Dr. J.J. Mendoza	Dr. Víctor M. Álvarez
Dr. Néstor Luis Pérez	Dr. Gonzalo Parra Aranguren
Dr. Tomás Liscano	Dra. Hildegard Rondón de Sansó
Dr. José Manuel Hernández Ron	Dr. Allan R. Brewer-Carías
Dr. Simón Planas Suárez	Dr. José Luis Aguilar Gorrondona
Dr. Tulio Chiossone	Dr. José Mélich Orsini
Dr. Héctor Parra Márquez	Dr. Gustavo Planchart Manrique
Dr. Alejandro Urbaneja Achelpohl	Dr. Alfredo Morles Hernández
Dr. Eduardo Arroyo Lameda	Dra. Tatiana B. de Maekelt
Dr. Francisco Manuel Mármol	Dr. Román J. Duque Corredor
Dr. Ángel Francisco Brice	Dr. Enrique Lagrange
Dr. José Loreto Arismendi, h.	Dr. Luis Cova Arria
	Dr. Eugenio Hernández-Bretón
	Prof. Gabriel Ruan Santos
	Dr. Humberto Romero-Muci

SECRETARIOS DE LA ACADEMIA DESDE SU FUNDACIÓN

Dr. Cristóbal L. Mendoza
Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza
Dr. Diego Bautista Urbaneja
Dr. Juvenal Anzola
Dr. Francisco Vetancourt Aristeguieta
Don Rafael Martínez Mendoza
Prof. Augusto Mijares
Dr. Carlos Montiel Molero
Dr. Víctor M. Álvarez
Dra. Hildegard Rondón de Sansó
Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez

Dr. Gustavo Planchart Manrique
Dr. Gonzalo Pérez Luciani
Dr. Boris Bunimov Parra
Dr. Luis Cova Arria
Prof. Alberto Baumeister Toledo
Dr. Eugenio Hernández-Bretón
Prof. Gabriel Ruan Santos
Dr. Humberto Romero-Muci
Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia
Dr. Luciano Lupini Bianchi
Dr. Rafael Badell Madrid

MIEMBROS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ALEMANIA

Dr. Erik Jayme

ARGENTINA

Dr. Diego Fernández Arroyo

Prof. José Claudio Escribano

Dr. Juan Carlos Cassagne

Prof. Eduardo Sambrizzi

BRASIL

Dr. José Manuel Arruda Alvim

Dra. Claudia Lima Marques

COLOMBIA

Prof. Jorge Vélez García

Prof. Guillermo Sarmiento Rodríguez

Dr. Mauricio Plazas Vega

Prof. Fernando Sarmiento Cifuentes

Prof. Cesáreo Rocha Ochoa

Prof. Gilberto Álvarez

CHILE

Prof. Alejandro Guzmán Brito

Prof. José Luis Cea Egaña

ECUADOR

Dr. Juan Yepes del Pozo

EE. UU. DE AMERICA

Dr. Symeon Symeonides

ESPAÑA

Dr. Juan Velarde Fuertes

Dr. Rafael Navarro-Valls

Dr. César García Novoa

Prof. Miguel Herrero Miñón

FRANCIA

Prof. Pierre Michel Eisemann

ITALIA

Prof. Sandro Schipani

Prof. Francesco Berlingieri (+)

Prof. Natalino Irti

JAPÓN

Dra. Yuko Nishitani

MÉXICO

Dr. Leonel Pereznieta Castro

PERÚ

Prof. Carlos Soto Coaguila

Prof. Augusto Ferrero

REPUBLICA DOMINICANA

Dr. Manuel Morales Lama

URUGUAY

Dr. Didier Opertti Badán

COMISIONES PERMANENTES DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Derecho Civil y Mercantil

Luis Cova Arria
José Muci-Abraham
Luis Guillermo Govea U.
Julio Rodríguez Berrizbeitía
Carlos Eduardo Acedo Sucre

Enrique Urdaneta Fontiveros
Alfredo Morles Hernández
James-Otis Rodner
Luciano Lupini Bianchi

Derecho Público Eclesiástico, Derecho Español y Derecho Administrativo

Rafael Badell Madrid
Allan R. Brewer-Carías
Josefina Calcaño de Temeltas
Carlos Ayala Corao

Henrique Iribarren Monteverde
Hildegard Rondón de Sansó
Gabriel Ruan Santos
Luis Ugalde

Derecho Romano, Principios de Legislación, Sociología y Legislación Comparada

Eugenio Hernández-Bretón
Carlos Leáñez Sievert

Luciano Lupini Bianchi

Economía Política, Leyes de Hacienda y Leyes Especiales

Humberto Romero-Muci
James-Otis Rodner

Gabriel Ruan Santos

Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público y Privado

Eugenio Hernández Bretón
José Guillermo Andueza
Carlos Ayala Corao
Fortunato González Cruz

Carlos Leáñez Sievert
José Muci-Abraham
Allan R. Brewer-Carías
Rafael Badell Madrid

Derecho Penal, Procedimiento Civil, Enjuiciamiento Criminal, Medicina Legal y Antropología

Alberto Arteaga Sánchez
Julio Rodríguez Berrizbeitía
Eugenio Hernández-Bretón

Román J. Duque Corredor
Ramón Escovar León

Derecho Laboral

Román J. Duque Corredor
Ramón Escovar León

Luis Napoléon Goizueta
Oscar Hernández Álvarez



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS A SER PUBLICADOS EN EL BOLETÍN Y EN LA PÁGINA WEB DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha considerado conveniente adoptar normas destinadas a uniformar el contenido de los trabajos y artículos presentados tanto para su publicación en el Boletín de la Academia, como para la página web, así como los trabajos expuestos en los foros, conferencias, concursos y cualquiera otros eventos coauspiciados por la ACIENPOL.

Las normas que ha acogido la ACIENPOL son las que corresponden al Manual de Estilo de Chicago, dictadas por la *University of Chicago* con el objetivo estandarizar los métodos de investigación, referidos a la documentación y referencias bibliográficas, y que se considera una de las guías de estilo, uso y gramática más aceptadas y accesibles. El Manual de Estilo de Chicago fue publicado, por primera vez, en el año 1906 y en la actualidad se encuentra en su décimo séptima edición (2017), y se ha convertido en una referencia fundamental para editores, escritores, redactores y diseñadores. Hemos efectuado algunas adaptaciones respecto de la forma de citar bibliografía, para facilitar el método.

Las referidas normas se han adoptado con el propósito de dar al cuerpo del Boletín, a la página web de la ACIENPOL y a cualquiera

otra de sus publicaciones, una apariencia uniforme y una presentación acorde con las funciones académicas de la Corporación, así como para facilitar y agilizar el proceso de compilación, revisión, corrección y publicación del Boletín de la ACIENPOL.

En el sentido anterior, estas normas deberán ser cumplidas por todos los que deseen realizar algún aporte documental para su incorporación en el Boletín de la ACIENPOL, así como por las ponencias que consignen los participantes en los Foros y demás eventos que realiza la Corporación, incluidos los trabajos de incorporación de los académicos y demás conferencias, estudios o investigaciones de interés académico que se pretendan publicar en el Boletín de la ACIENPOL, o presentar en los certámenes científicos organizados por la Corporación. Se aplicarán también a todo el material que se publique en la página web de la Academia.

1. Criterios tipográficos (Tipo y tamaño de letra)

1.1. Título

La primera línea del documento contendrá el título en formato centrado, en letra Times New Roman, tamaño 12 y en negritas.

1.2. Identificación del autor

Inmediatamente después del título, aparecerán los nombres y apellidos del autor, alineado a la derecha del documento. Igualmente en letra Times New Roman, tamaño 12 y en cursivas (sin negritas).

Se utilizará llamado a pie de página (*) junto a la identificación del autor para incluir un breve currículum del autor (no superior a 5 líneas), en el cual figurará grado académico, afiliación institucional, entre otros.

1.3. Del cuerpo del documento

El texto contentivo del cuerpo del documento deberá presentarse en letra Times New Roman, tamaño 12 y en formato justificado.

Los diferentes apartados de la publicación irán en negrita, en mayúscula sólo la primera letra con el mismo tipo y tamaño de fuente que el cuerpo del texto.

Los párrafos llevarán sangría en la primera línea.

Las palabras en idioma diferente al original del trabajo deben ir en cursiva.

1.4. De las notas al pie de página

El texto contentivo de las notas al pie de página deberá presentarse en letra Times New Roman, tamaño 10.

Las notas de pie de página deberán ser insertadas en la página correspondiente al llamado de pie de página (no al final de todo el documento) y en formato de número (1, 2, 3...).

1.5. Interlineado

El interlineado del texto del cuerpo del documento, como de las notas al pie de página, será el mínimo (1 punto).

2. Número y tamaño de páginas

Los trabajos a ser publicados en el Boletín deberán ser presentados en formato Word, hoja tamaño carta y no deberán exceder de cuarenta (40) páginas. Este límite máximo de 40 páginas no se aplicará a los trabajos de incorporación de los académicos y a las respuestas de los beneficiarios de los trabajos de incorporación; Tampoco se aplicará a los trabajos de investigación presentados por los académicos que se consideren de relevancia fundamental ni a los trabajos de investigación presentados para participar en los certámenes científicos realizados por la ACIENPOL y en cualquier otro caso en que así sea decidido por la Comisión de Publicaciones de la ACIENPOL.

3. Referencias bibliográficas

3.1. Incluidas en notas al pie de página

Las notas bibliográficas incluidas en pie de página deberán tener el siguiente formato:

3.1.1. Para libros:

Nombres y apellidos del autor o los autores, título de la obra (en formato cursiva), volumen o tomo, edición, editorial, lugar de publicación, fecha de publicación. Número de página(s).

Ej.: José Guillermo Andueza, *El Congreso. Estudio jurídico*, tercera edición, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1975. p. 17.

3.1.2. Para revistas u obras colectivas:

Nombres y apellidos del autor o los autores, título del trabajo (entre comillas), nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra cursiva), volumen o tomo, edición, editorial, lugar de publicación fecha de publicación. Número de página(s).

Ej.: Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la naturaleza y alcance de la intervención del Procurador General de la República en juicios en los que esta tenga interés”, en *Revista de Derecho Público*, Nro. 21, enero-marzo 1985, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1985. pp. 44-61.

Ej.: Luis Cova Arria, “El arbitraje marítimo”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 153, enero-diciembre 2014, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2014. pp. 117-132.

- Nota: Cuando en notas siguientes se cite la misma obra de un autor, se utilizará la abreviatura ob. cit. (Obra citada), luego del nombre del autor, y, si se han citado más de dos obras del mismo autor, será necesario repetir el nombre de la obra.

Ej.: Allan R. Brewer-Carías, ob.cit., p. 50.

- Nota 2: Se utilizará la abreviatura Ibíd. o Ibídem, si en la nota inmediatamente siguiente se cita el mismo libro pero distinto pasaje.

Ej.: ¹ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, XIII Edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2010. p.39.

²*Ibíd.* p. 318.

- Nota 3: Se utilizará la abreviatura Ídem, si en la nota inmediatamente siguiente se cita el mismo libro, distinto pasaje pero misma página.

Ej.: ¹ Arístides Rengel Romberg, *Tratado de derecho procesal civil venezolano*, Tomo I: Teoría General del Proceso, XIII Edición, Ediciones Paredes, Caracas, 2013. p.63.

²Ídem.

3.2. Incluidas en la bibliografía

Las referencias bibliográficas incluidas en la bibliografía deberán limitarse a las fuentes citadas en el texto, deberán ser colocadas al final del trabajo, en orden alfabético y tener el siguiente formato:

3.2.1. Para libros:

Apellidos (en mayúsculas), nombres del autor o los autores, título de la obra (en formato cursiva), volumen o tomo, edición, editorial, lugar de publicación, fecha de publicación.

Ej.: MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Curso de derecho mercantil*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1986.

3.2.2. Para revistas u obras colectivas:

Apellidos (en mayúsculas), nombres del autor o los autores, título del trabajo (entre comillas), nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra cursiva), volumen o tomo, edición, editorial, lugar de publicación fecha de publicación.

Ej.: FARÍAS MATA, Luis H., “Acto administrativo, materia del recurso contencioso de anulación”, en *XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Tomo II, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 1993.

4. Referencias jurisprudenciales

Identificación de la Sala/Tribunal/Juzgado/Corte, número de sentencia, fecha de la sentencia. Lugar de consulta, fecha de consulta (en caso de consulta en línea).

Ej.: Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 207 del 31 de marzo de 2014. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/162546-207-31314-2014-14-0286.HTML> , consultado en fecha 12 de julio de 2019.

Ej.: Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de noviembre de 1982, caso “Depositaria judicial”, consultada en *XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela*, Tomo III, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto 1993. Pp. 70-93.

5. Legislación

Los documentos normativos deberán ser identificados en el siguiente orden: País. *Título*. Publicación, fecha de publicación.

Ej.: Venezuela. *Ley Constitucional sobre la Creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria*, publicada en Gaceta Oficial No. 41.305, del 21 de diciembre de 2017.

6. Referencias electrónicas

En el caso de libros o artículos consultados en línea (página web), es preciso citar como se indica en los puntos anteriores (3.1 y 3.2), e incluir, al final de la cita: Disponible en: (dirección web), consultado en fecha: ...

Ej.: Gabriel Ruan Santos, “La presunción de legitimidad de los actos administrativos”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 152, enero-diciembre 2013, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2013. pp. 117-132. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Noticias/Boletin%20152.pdf>; consultado en fecha 17 de julio de 2014.

Ej.: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “*Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ante la “Ley Constitucional contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia”, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente*”, Caracas, diciembre, 2017. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20Ley%20Contra%20el%20Odio.%20Acienpol.pdf>, consultado en fecha 8 de mayo de 2018.

7. De la publicación de estas normas

Las presentes normas se publicarán en el Boletín de la ACIENPOL y en la página web de la Academia.

